

Crítica al dominio funcional o colectivo del hecho

La coautoría como expresión mancomunada de sentido

Andrés Falcone

Universidad de Buenos Aires

Abstract*

El presente artículo propone un debate con la comprensión de la coautoría en el marco de la teoría del dominio del hecho, esto es, del dominio funcional o colectivo del hecho. En efecto, aquí se exponen las dificultades que tiene esta teoría para arribar a los dos principales resultados perseguidos: la representación recíproca de los aportes de coautoría y la diferenciación entre éstos y los de complicidad. De esta manera, se pone de manifiesto que ni el acuerdo de voluntades ni la intervención en el estadio de ejecución pueden ser determinantes para ambos. Entonces, para superar estos déficits se propone comprender la intervención delictiva como momento de la imputación objetiva y, de esta manera, prescindir de distinciones cualitativas, a nivel de tipicidad, en el marco de los delitos de infracción de deber general (delitos de organización). En este contexto, se busca definir, delimitar y sistematizar la “expresión mancomunada de sentido” como fundamento de la intervención plural en el delito.

Der Beitrag bietet eine Auseinandersetzung mit der Entwicklung der Mittäterschaft im Rahmen der Tatherrschaftslehre, d. h. mit der sog. funktionellen oder gemeinsamen Tatherrschaft. Hier werden die Schwierigkeiten dieser Lehre gezeigt, um ihre zwei hauptsächliche Ergebnisse, nämlich die gegenseitige Vertretung der Beiträge der Mittäter und die Unterscheidung zwischen Letzteren und den Beiträgen der Gehilfe zu erreichen. Daran wird darauf hingewiesen, dass weder die Beteiligung im Ausführungsstadium noch der Tatplan per se die Mittäterschaft begründen können. Um diese Schwäche zu bewältigen, schlägt der vorliegende Beitrag vor, die strafrechtliche Beteiligung als Moment der objektiven Zurechnung zu verstehen sowie auf die qualitative, tatbestandsmäßige Unterscheidung zwischen Mittäterschaft und Gehilfe im Rahmen der allgemeinen Pflichtdelikte (Organisationsdelikte) zu verzichten. Auf diesem Weg wird der Versuch unternommen, der gemeinsame Sinnesausdruck als Grundlage der pluralen Beteiligung an der Straftat zu bestimmen, konkretisieren sowie systematisieren.

This paper discusses the understanding of co-perpetration within the theory of the control over the act, known as functional or collective control over the act. It also presents the difficulties that this theory has in reaching its two main objectives: the reciprocal representation of the contributions of the co-perpetrators and the differentiation between those contributions and the ones falling into complicity. The idea is put forward that neither the joint agreement nor the intervention in the execution phase can by themselves define the co-perpetration. In order to overcome these shortcomings, the paper proposes an understanding of criminal co-perpetration as a moment of the objective imputation. It also suggests that the differentiation between co-perpetration and complicity within the general duty crimes (crimes of organization) should be abandoned. In this context, the object is to define, concretize and systematize the common expression of sense as the main argument for plural participation in a crime.

*La concreción de este trabajo fue posible gracias a la gentil invitación del Prof. Dr. Benno Zabel a realizar una estancia de investigación en la Universidad de Bonn en el invierno del corriente año, a quien el autor agradece.

Titel: Kritik zur funktionellen oder gemeinsamen Tatherrschaft. Die Mittäterschaft als gemeinsamer Ausdruck des Sinnes.

Title: Critic to the functional or collective control over the act. The co-perpetration as common expression of sense.

Palabras clave: autoría y participación, intervención delictiva, dominio del hecho, coautoría, división de trabajo, prohibición de regreso.

Stichworte: Täterschaft und Teilnahme, strafrechtliche Beteiligung, Tatherrschaft, Mittäterschaft, Arbeitsteilung, Regressverbot.

Keywords: perpetration and participation, criminal intervention, control over the act, co-perpetration, distribution of task, prohibition of recourse.

Sumario

- 1. El dominio funcional o colectivo del hecho como forma del dominio del hecho**
- 2. El acuerdo de voluntades para la división del trabajo**
- 3. La intervención en el estadio de ejecución**
- 4. La coautoría como expresión mancomunada de sentido**
 - 4.1. Introducción**
 - 4.2. El fundamento de la expresión mancomunada de sentido**
 - 4.3. El contorno de la comunidad delictiva**
 - 4.4. La expresión mancomunada de sentido en el marco de la imputación subjetiva y de la teoría de la pena**
- 5. Bibliografía**

1. El dominio funcional o colectivo del hecho como forma del dominio del hecho

La teoría de dominio del hecho se construye sobre los fundamentos del concepto restrictivo de autor, esto es, sobre la referencia del tipo penal de la parte especial al autor – en sus tres formas – y no al partícipe, lo que a su vez presupone lógicamente que tal distinción es posible. De esta manera, la constitución de la coautoría presenta dos problemáticas: por un lado, la atribución recíproca a los coautores de la realización típica “parcial” efectuada por los otros coautores, y, por otro lado, la distinción entre aquella y la complicidad¹. Entonces, el análisis se centrará, a continuación, en la constitución de la coautoría en el marco de la teoría del dominio del hecho y para ello, con excepción de expresas remisiones, el estudio se dirigirá al delito comisivo, doloso, consumado y común.

¹ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 305 ss.; PUPPE, «Die Architektur der Beteiligungsformen», *GA*, 2013, pp. 521 ss.; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 659 ss.

En relación al primer problema, de la misma definición surge que el coautor debe aportar menos que la completa realización típica, ya que de otra manera resultaría irrelevante la existencia de esta figura. Su utilidad, entonces, depende de la posibilidad de imputar la autoría del hecho a cada uno de los intervinientes, a pesar de que ninguno de ellos haya realizado el tipo penal en su totalidad —lo que es exigido, en principio, en los tipos penales de la parte especial—². Ej.: en el marco de un robo, A golpea primero al quiosquero y luego sustrae los chocolates, mientras que B primero lo amarra y luego se hace con los alfajores. En este caso, al menos en el marco de la teoría del delito, la atribución recíproca de responsabilidad que aporta la coautoría resultaría innecesaria ya que, de no existir la misma, ambos sujetos podrían ser, igualmente, imputados como autores —paralelos— del robo.

Sin embargo, en la medida en que A sólo golpee y sujete —ejerciendo violencia— al quiosquero, mientras que B solamente le quita los chocolates y los alfajores —efectuando el desapoderamiento—, el delito de robo según el art. 164 CP argentino (en adelante, 'CPArg') podría ser imputable simultáneamente a A y a B únicamente en la medida en que, a partir de un criterio (normativo), la violencia ejercida por A sea también imputable a B, y el desapoderamiento de éste atribuible también a aquél³. Así, en el sistema de ROXIN⁴, el autor como “figura central (*Zentralgestalt*) del acontecer delictivo” en el dominio de la acción (autoría directa) es remplazado, en el dominio funcional del hecho, por el “aspecto dominante de la figura central”; lo que significa que, aquí, “el autor como figura central” no existe⁵.

El segundo interrogante que presenta la coautoría, como forma de autoría en el marco de la teoría del dominio del hecho, es que la misma presupone la imposición divisoria del concepto restrictivo de autor, por lo que aquélla no puede constituirse sin aportar criterios sistemáticos de diferenciación frente a la complicidad —física y psíquica—. En este sentido, MAURACH⁶ sostiene que, a diferencia del partícipe, el coautor detenta el dominio del hecho, tanto en sentido negativo como positivo: “dominio

² Así, LESCH, «Intervención delictiva e imputación objetiva», *ADPCP*, (48-3), 1995, p. 931. Cfr. también, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 276 ss.; KÜHL, *AT*, 6ª ed., 2008, § 20, nm. 99; RUDOLPHI, «Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 373 ss.

³ Como su título indica, el § 29 StGB incluye la “punibilidad independiente del interviniente” y establece que cada “interviniente será penado en razón de su propia culpabilidad y sin atender a la culpabilidad de los demás”, donde encuentra consagración legal el principio de la culpabilidad. De este imperativo —de origen constitucional— se deduce que la figura de la coautoría exige un fundamento adicional para que al coautor no sólo se le impute su aporte sino también el del otro coautor —voluntario y libre—. Así HAAS, *Die Theorie der Täterschaft und ihre Grundlagen*, 2008, pp. 112 ss. En este sentido, LESCH, *ADPCP*, (48-3), 1995, p. 932, afirma que cuanto más pronunciada sea la división de trabajo en la prestación de los aportes, más necesaria será la renuncia a criterios formales y el desarrollo de criterios normativos de atribución recíproca.

⁴ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 728.

⁵ LESCH, *ADPCP*, (48-3), 1995, p. 932. Sobre la incapacidad de rendimiento, en general, de la distinción entre autores y partícipes en tanto figuras centrales y marginales véase KINDHÄUSER, «Infracción de deber y autoría» (trad. Mañalich), texto inédito distribuido por el Taller de Ciencias Penales con ocasión del seminario realizado en la Universidad Nacional de San Marcos la Mayor del 23 al 25 de septiembre de 2009, p. 3.

⁶ MAURACH, *AT*, 4ª ed., 1971, p. 517. Le siguen, entre otros, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 720 ss.; RUDOLPHI, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 372 ss.

del hecho tiene cada copartícipe que puede, según su voluntad, frenar o dejar correr la realización del resultado total”.

Así, el dominio del hecho (funcional) positivo consistiría en la capacidad del coautor de, a través de su aporte, tomar la decisión fundamental del “sí” de la realización típica⁷, de forma tal que, en el ejemplo planteado, si A sujeta al quiosquero mientras B sustrae las golosinas, tanto el primero como el segundo –mediante el sujetar y el sustraer, respectivamente– tendrían en sus manos la decisión efectiva de concretar el robo, según art. 164 CPArg. La primera dificultad que aquí se presenta, empero, es si, definido de esta manera, no poseerían también el instigador y el cómplice el dominio funcional positivo. Supongamos que, siguiendo el ejemplo, el instigador C conociera la grave situación económica de A y que éste se sentiría inmediatamente seducido por la posibilidad de perpetrar el atraco, como finalmente ocurre, y que el cómplice D supiera que A y B sólo perpetrarían el robo si recibieran la información que él posee sobre los horarios de cierre y sobre la vigilancia del local. ¿No detentarían, entonces, también C y D el dominio del hecho funcional positivo? ¿Podría constituir éste, entonces, un criterio válido para la distinción entre autores y partícipes?⁸

RUDOLPHI se aparta aquí del pensamiento material de ROXIN y propone superar esta dificultad a partir de una solución formal: coautor sería sólo aquel que realice de propia mano una parte del tipo penal. El ejemplo propuesto por RUDOLPHI es similar al nuestro original, pero con una variante: A no sujeta al quiosquero, sino que lo mata, de conformidad con lo acordado previamente con B. La solución que brinda RUDOLPHI es peculiar: mientras que A y B son coautores del robo, sólo A sería autor del homicidio. Para RUDOLPHI, la violencia y la sustracción conformarían una unidad distribuida en dos agentes frente al delito de robo. Contrariamente, sólo A sería quien domina excluyentemente el homicidio⁹. Sin embargo, aquí no se explica por qué a B se le imputa la violencia ejercida por A frente al tipo penal de robo y no la misma frente al tipo penal de homicidio. Así, ya que la consumación típica exige siempre la realización de todos los elementos del tipo –en principio, por una única persona–, no se entiende cómo podría B decidir la realización del tipo de robo sin que se le impute el –previo– homicidio de A, ¡y esto porque el tipo de robo requiere necesariamente violencia y ésta, en ningún momento, ha sido ejercida por B! Entonces, la defensa de RUDOLPHI del dominio del hecho funcional positivo es una argumentación circular –*petitio principii*–, ya que presupone justamente lo que debería explicar: con qué fundamento se le imputa a un coautor la parte del tipo que no realiza de propia mano¹⁰.

⁷ RUDOLPHI, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 372 ss.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, *La autoría en Derecho Penal*, 1991, pp. 677-679, afirma que sólo el dominio funcional positivo fundamenta la coautoría, resultando irrelevante la faz negativa.

⁸ Así también JAKOBS, «El ocaso del dominio del hecho», en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, p. 98.

⁹ RUDOLPHI, *FS-Bockelmann*, 1979, p. 383.

¹⁰ También así, de forma acertada, HOYER, *SK-StGB*, 9ª ed., 2016, § 25 nm. 116; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, p. 35. De forma coincidente, una parte de la doctrina entiende que, a partir de este razonamiento, el dominio funcional del hecho se reduciría meramente al propio aporte y no al suceso global. Así, por todos, CRAMER, «Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 400 ss.; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009,

La contracara de la medalla del dominio funcional positivo sería el dominio funcional negativo, el cual consiste en que cada coautor tendría la posibilidad de hacer caer el plan criminal a partir de la no realización de su aporte¹¹. Aquí la crítica principal, entiendo, radica nuevamente en la imposibilidad de explicar por qué sólo los coautores, y no también los partícipes, detentan esta facultad. Vuélvase, entonces, a nuestro caso inicial: si C no hubiera hecho nacer en A la idea de cometer el robo y D no hubiera proporcionado información sobre los horarios de cierre y sobre la vigilancia del local, el hecho tampoco se hubiera producido. Incluso alguien que nada tiene que ver con el hecho hubiera podido frustrarlo dando aviso a la policía al momento de tomar conocimiento del mismo. Claro que aquí podría objetarse que el no evitar un robo pudiendo hacerlo no convierte en partícipe del mismo, lo que es a todas luces cierto. Pero también lo es que a la participación más insignificante le seguiría la responsabilidad por injerencia y con ello el deber de evitar¹².

En el caso propuesto por RUDOLPHI, a la conclusión que debería llegar la teoría del dominio del hecho sería que entre el robo y el homicidio resultaría un concurso ideal imputable, simultáneamente, a A y a B como coautores, ya que también el homicidio había sido parte de la división de trabajo en el marco del plan criminal. Sin embargo, esta solución presenta el problema de que para B, al momento de su intervención, el homicidio cometido por A ya no sería “frenable”. Empero, podría pensarse que lo relevante no sería el poder de freno desde un punto de vista causal *ex post* sino desde el “significado objetivo” del mismo (no psicológico-retroactivo) *ex ante*. Así, también el aporte del “vigilante” en un robo con altas probabilidades de ser descubierto no debería considerarse a partir de lo que hubiera ocurrido de no estar él allí, ya que *ex post* la policía nunca llegó, sino de sí, a partir de una perspectiva *ex ante*, prescindiendo de aquél, los otros atracadores hubieran dado igualmente el golpe, lo que daría como resultado la diferenciación entre aportes esenciales y no esenciales (*wesentlich*)¹³.

Sin embargo, esta posición llevaría a considerar que lo relevante para que el hecho tenga lugar no sería el aporte *in se* sino la anterior promesa del mismo. En nuestro caso, para el homicidio de A sería fundamental la promesa a cargo de B de posterior sustracción del dinero, ya que cuando ésta efectivamente ocurre el aporte de A ya se encuentra terminado; pero si esto es así, entonces la “frenabilidad” del homicidio a cargo de B se remontaría, en todo caso, al estadio preparatorio. De esta manera, y como la promesa de aporte ocurre, en la generalidad de los casos, en esta etapa, debería descartarse aquel postulado principal de la teoría del dominio del hecho que afirma que el aporte del coautor necesariamente debe tener lugar en el estadio de ejecución¹⁴.

§ 10, nm. 161.

¹¹ ROXIN, *AT II*, 2003, § 25, nm. 188.

¹² Así JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, p. 100.

¹³ Cfr. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 284; KÜPER, «Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten», *JZ*, 1979, p. 786.

¹⁴ Cfr. SEELMANN, «Mittäterschaft im Strafrecht», *JuS*, 1980, pp. 571 ss.; HAAS, «Kritik der Tatherrschaftslehre», *ZStW*, (119), 2007, p. 533; EL MISMO, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, p. 37.

Por otra parte, también la llamada coautoría aditiva, planteada originariamente por HERZBERG¹⁵, representa una problemática especial frente al dominio del hecho funcional negativo como fundamento de la coautoría. El caso propuesto consiste en un pelotón ilegal de fusilamiento que termina con la vida de un sujeto pero que, como algunos de los disparos no acertaron el blanco, es imposible saber qué ejecutor o ejecutores fueron los que, *ex post*, causaron la muerte de la víctima¹⁶. HERZBERG¹⁷ sostiene aquí que, de detenerse en el aporte individual de cada uno de los intervinientes, todos deberían resultar absueltos en virtud del principio *in dubio pro reo*, por lo que sería menester considerar la actuación de todos los obrantes en forma de coautoría. Sin embargo, esta solución sería incompatible con la fórmula del dominio del hecho funcional negativo puesto que, si uno de los tiradores hubiera decidido no efectuar su disparo, la víctima igualmente —“es sumamente probable” — hubiera perecido. Por lo tanto, sí sería posible pensar en coautores que no detenten el dominio del hecho funcional, al menos en su vertiente negativa¹⁸.

Coherente con su propuesta, ROXIN¹⁹ entiende que en esta problemática el desacierto del análisis de HERZBERG radicaría en que la indispensabilidad del aporte de los intervinientes —en el caso presentado, los soldados del pelotón— no debería determinarse *ex post* sino *ex ante*, ya que la posición contraria llevaría al planteamiento causal de la teoría de la necesidad y a sus inconvenientes. De esta manera, la función esencial de los tiradores, estipulada en el plan criminal, sería la de actuar a sabiendas de que cada uno de los demás podría no acertar su disparo. Claro que, de este modo, ROXIN sería nuevamente objeto de la crítica, ya expuesta, que atiende a lo desacertado de descartar la configuración de la autoría a partir de la intervención en el estadio de preparación.

Como ya se ha adelantado aquí, los principales defensores del dominio del hecho exigen acumulativamente para la constitución de la coautoría, en pos de superar las dificultades vinculadas a la atribución recíproca de aportes de los coautores y a la distinción entre autoría y participación, la presencia de dos elementos: el acuerdo de voluntades para la división del trabajo y la intervención en el estadio de ejecución. El primero de ellos, de contenido eminentemente subjetivo, definiría el alcance de la imputación recíproca de los intervinientes —marco de actuación— y su correlato, el exceso unilateral no vinculante, mientras que el segundo coadyuvaría con la fundamental distinción entre

¹⁵ HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, 1977, pp. 56, 70.

¹⁶ HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 56.

¹⁷ HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 70.

¹⁸ Expresamente en HERZBERG, «Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme», *JuS*, 1974, p. 720. El caso de la coautoría aditiva no sería un problema a partir de la solución vinculada al direccionamiento común de los aportes, que en este trabajo se presenta, y que reemplaza al dominio del hecho funcional, en sus vertientes positiva y negativa. Véase *infra* 4. Claro que, en este caso, únicamente podría imputársele a los coautores la tentativa y no el resultado. Sin embargo, esto exigiría la consideración del resultado como parte de la conducta, lo que, *prima facie*, no parece acertado. Adentrarse en esta problemática significaría, empero, exceder los límites del presente trabajo.

¹⁹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 730. Le sigue, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 372 ss.

coautores y cómplices²⁰. Estos elementos serán desarrollados *in extenso* a continuación y sucesivamente.

2. El acuerdo de voluntades para la división del trabajo

Las distintas concepciones del dominio del hecho consideran el acuerdo de voluntades para la división de trabajo como un elemento constitutivo de la autoría. En este momento –en sentido analítico– de la coautoría los intervinientes acuerdan el “sí” y el “cómo” de la realización delictiva –contenido del ilícito, ocasión, participantes, etc.–²¹. Así, los intervinientes tendrían que, necesariamente, “estar de acuerdo” en la realización típica para poder obrar conjuntamente, de modo que si un partícipe contribuye con el resultado sin aprobar –o siquiera conocer– la relación objetiva de su aporte con la de los demás, no podría ser coautor y quedaría margen, únicamente, para la imputación a título de autor paralelo²². Por lo demás, el acuerdo de voluntades, o plan del hecho, tiene lugar en el estadio de la preparación del ilícito, por lo que presupone la distinción entre la intervención que aquí ocurre y la que sucede en la etapa posterior de la ejecución²³.

Este acuerdo es entendido por la posición mayoritaria como el momento subjetivo por excelencia de la coautoría²⁴, de lo que se infiere que aquellas concepciones del dominio del hecho más cercanas a la teoría subjetiva de la autoría le dan a la intervención en esta instancia una significación superior que las vertientes material-objetivas más cercanas a la teoría material de la simultaneidad o incluso a las formal-objetivas. Así, WELZEL entendió que el *minus* de intervención objetiva, vinculada al estadio de la ejecución, debe quedar compensado por el *plus* de co-intervención en la decisión del delito, de modo que quien selecciona el tiempo y el lugar de la ejecución, la distribución de los roles de los participantes, de los medios, etc. podría resultar coautor a pesar de no haber intervenido en la etapa ejecutiva²⁵.

²⁰ *Pars pro toto*, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, pp. 129-130; MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2016, pp. 404 ss.

²¹ Mereció cierta atención en la doctrina la problemática de si el acuerdo debe ser necesariamente expreso o si alcanzaría también con un acuerdo tácito, como entiende la posición mayoritaria. *Pars pro toto*, ROXIN, *LK*, 11ª ed., 1993, § 25 nm. 119; DREHER/TRÖNDLE, *StGB*, 46ª ed., 1993, § 25 nm. 6; KÜHL, *AT*, 2ª ed., 1997, p. 705; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 4ª ed., 1987, p. 678; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, § 14, nm. 17. PUPPE, «Wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?», *NSfZ*, 1991, p. 571, en cambio, sostiene que, en principio, sólo el asentimiento expreso, mediante palabras o signos inequívocos de cometer el hecho común, puede traer aparejado coautoría. Determinadas señales, o incluso el silencio, podrían fundamentar coautoría cuando impliquen transferencia inequívoca de información al destinatario, ora porque éstos habían sido convenido por las partes, ora porque se desprendan de las reglas generales de la comunicación.

²² Ya WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 133; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 316.

²³ El acuerdo de voluntades que ocurre luego de comenzado el periodo de ejecución –y hasta la consumación del hecho–, basado en futuras prestaciones con relevancia típica, sólo podría fundar la denominada coautoría sucesiva. Sobre esto vid. *infra* 2. Sobre la relación de dependencia entre el acuerdo de voluntades y el comienzo del periodo de ejecución véase GÖSSEL, «Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien», *FS-Jescheck*, 1985, p. 537.

²⁴ Véase MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT II*, 7ª ed., 1989, § 49 nm. 15 ss.

²⁵ WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 98. En igual sentido, BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, p. 101. Sobre esto se volverá *infra* 3.

Del entendimiento de la conexión de voluntades como momento subjetivo de la coautoría se deduciría que cualquier conducta efectuada por un interviniente al margen de lo convenido sólo sería imputable a él — como exceso — y no al resto de los intervinientes. De esta manera, el plan del hecho significa el marco de actuación del conjunto que determinaría la existencia y el alcance de la imputación de una conducta individual al resto de los actuantes²⁶. Así, este elemento de la coautoría se convertiría en el tránsito de la tipicidad objetiva al dolo (de autoría), de lo que se deduce que, a partir de la posición que se defiende sobre el alcance de éste, podría — o no — imputársele al resto de los intervinientes un exceso efectuado allende los límites del plan delictivo — ej. el homicidio del quiosquero a cargo de un interviniente fuertemente armado e inexperto, cuando se había estipulado meramente una lesión grave en caso de resistencia —²⁷.

Del direccionamiento subjetivo de la coautoría, a partir de este elemento, se desprende la problemática de la llamada coautoría sucesiva. Ésta tiene lugar cuando un interviniente se incorpora al acontecer delictivo luego de que éste haya ingresado en el estadio de ejecución, lo que presupone que, o bien no existió un plan criminal de distribución de trabajo, o bien el interviniente “tardío” no formó parte del mismo²⁸. Ej.: el experimentado criminal A se topa con el adolescente V caminando solo de noche por una oscura calle de la ciudad, entonces le golpea hasta dejarlo inmóvil en el cemento, le arrebató el reloj y la billetera y huye rápidamente. Al llegar a su casa, A le cuenta a su hermano menor B lo sucedido y lo invita a concurrir al lugar del hecho y quitarle a V algunas posesiones que éste todavía tenía. B accede, concurre al lugar del hecho y despoja a V, sin ejercer violencia, de su suéter y de sus zapatillas²⁹. El avezado lector comprenderá que aquí la teoría del dominio del hecho se encuentra en una encrucijada: o bien reconoce la coautoría de A y B en el robo a partir de una concepción *ad hoc* — temporalmente posterior — de la división del trabajo, o bien mantiene los postulados originales y le imputa a A el robo y a B sólo el hurto.

Frente a este problema existe una división de aguas entre los defensores de la teoría del dominio del hecho. Como representante de la primera solución MAURACH³⁰ sostuvo que también se le deben imputar al segundo actuante las circunstancias del hecho que él encuentra, siendo que él acomoda su plan en función de las mismas, “se adapta a ellas”. Así, estas circunstancias se incluirían en el dolo del actuante posterior. La segunda solución — entiendo, intrasistemáticamente más coherente — fue expuesta por ROXIN³¹ y seguida luego por otros representantes del dominio del hecho³². Para ellos, no

²⁶ JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 5ª ed., 1996, p. 674; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 300 ss.

²⁷ Véase más en detalle *infra* 4.4.

²⁸ GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en derecho penal*, 2006, p. 466.

²⁹ Este caso es similar al resuelto por el BGH (BGHSt. 2, 344 ss.), del que se ocupó ampliamente la literatura, exponiendo las distintas soluciones y fundamentos.

³⁰ MAURACH, *AT*, 4ª ed., 1971, p. 518. En sentido coincidente WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 96; KOLRAUSCH/LANGE, *AT*, 43ª ed., 1961, p. 174; NIESE, «Bemerkungen zum BGHSt. 2, 344 ff.», *NJW*, 1952, pp. 1146 s.; KÜPER, «Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft», *JZ*, 1981, p. 569.

³¹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 322 s.

³² Entre otros, HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 153; RUDOLPHI, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 377 s.; SEELMANN, *JuS*, 1980, p. 573; GÖSSEL, *FS-Jescheck*, 1985, pp. 537 ss.; BOCKELMANN/VOLK, *AT*, 4ª ed., 1987, p. 190; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 520; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 10, nm. 160; STRATENWERTH/KUHLEN, *AT*, 6ª ed., 2011, pp. 238 ss.

podrían imputársele a B circunstancias calificantes que al momento de su intervención ya estaban – objetivamente – realizadas puesto que la coautoría exigiría co-dominio de la realización típica y mal se podría dominar algo que al momento de la intervención ya hubiera terminado. Claro que, entonces, la teoría del dominio funcional del hecho encontraría aquí un límite. Por lo demás, en la solución de MAURACH ROXIN³³ encuentra dos problemas: por un lado, no podría compensarse la falta de dirección – objetiva – del curso del hecho con el contenido del dolo: esto no lo permitiría la inteligencia ecléctica de la teoría del dominio del hecho. Por otro lado, sería equívoca la referencia a “encontrarse con las circunstancias del hecho”: o bien el autor subsiguiente realiza el robo, o bien encuentra condiciones propicias –sin necesidad de fuerza o violencia– para el desapoderamiento y, entonces, efectúa meramente un hurto.

Lo expuesto alcanza para esbozar algunas conclusiones. Una valoración crítica de este momento de la autoría impone repensar tanto su naturaleza subjetiva como su relevancia a la hora de evaluar el contenido del injusto. En este sentido, es incorrecto entender este elemento de la coautoría a partir de criterios subjetivo-psicologistas por faltarle, justamente, el “sinceramiento con la sociedad” que surge de la comprensión del delito como lesión de la vigencia de expectativas sociales. Desde este prisma, la división de trabajo no radica en el acuerdo subjetivo y bilateral de los intervinientes sino que es un momento de la imputación objetiva, que coadyuva en la constitución de la infracción colectiva de deberes generales, en función de la existencia de un direccionamiento común entre los aportes de los autores. Este direccionamiento común puede configurarse a partir de una división paralela o sucesiva del trabajo³⁴.

Así, como ejemplo de división paralela de trabajo, se debe modificar el ejemplo planteado de la siguiente forma: cuando A se dispone a golpear a V, en la misma oscura calle, ahora B se coloca detrás de unos arbustos para observar el suceso y asistir a A en caso de que fuera necesario. Tanto es así que, instantes después de que comience la agresión, un grupo de jóvenes se acerca al lugar del hecho y se muestra dispuesto a intervenir en favor de V. Al observar esto, B los aborda en tono risueño y les informa que en realidad esto que parece una disputa no es más que dos antiguos amigos bromeando, de modo que, tranquilizado, el grupo de jóvenes se aleja del lugar. Luego de perpetrarse el robo a manos de A y sin notar la presencia de B, éste último se aleja del lugar y retorna a la casa común.

Ahora se modificará nuevamente el ejemplo para observar la división sucesiva de trabajo, mediante la que cual el primer interviniente adecúa su actuación de forma unilateral en favor del hecho delictivo del segundo. En los momentos previos al instante en que A se dispone a golpear a V, pasa por casualidad B por la misma calle alejada, manejando su bicicleta. Al entender lo que estaba por ocurrir, B se coloca unos metros atrás de la escena de agresión –de modo que A no pueda verlo–, con el objeto de agudizar la oscuridad destruye el único farol que allí se encontraba y bloquea, finalmente, el acceso de terceros al lugar, colocando su bicicleta en medio del pasaje. Minutos más tarde, A termina

³³ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, pp. 322-323.

³⁴ Similar LESCH, *ADPCP*, (48-3), 1995, p. 963; DERKSEN, «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», *GA*, 1993, pp. 163 ss.

de golpear a V y huye corriendo con su billetera y su reloj, sin siquiera advertir la presencia de B, quien ya se había retirado del lugar. Aquí tampoco existe acuerdo bilateral de voluntades, sino una adecuación unilateral al plan criminal de A por parte de B, lo que implica una infracción colectiva de deberes generales en función de la existencia de un direccionamiento común entre los autores³⁵.

Finalmente, observemos el caso contrario de división sucesiva de trabajo en el que es el segundo actuante el que adecúa su acción a la del primero. Así, partiendo del caso original, A ya terminó de golpear y de efectuar el desapoderamiento cuando V, en medio de la huida de A, le acierta con una piedra en la espalda, dejándolo golpeado en el suelo. B, que estaba parado en la esquina observando el suceso, logra parar un taxi que por allí, de casualidad, transitaba y le informa al conductor que le conviene doblar en la bocacalle porque más adelante había un pasajero esperando. Además, le comunica que el golpe que recibió el futuro pasajero fue obra de un agresor que había intentado robarle por lo que, de tomar el viaje, estaría contribuyendo con una justa causa, y, finalmente, le da al taxista suficiente dinero como para cubrir los costos del viaje, ya que suponía que A no contaba con el mismo. De este modo, el taxi pasa por donde se encontraba A, éste logra subirse y se escapa sin notar jamás la intervención de B³⁶.

Sin perjuicio de volver sobre esto luego³⁷, del esquema aquí planteado de infracción mancomunada de deberes, en función de adecuación paralela y sucesiva, sea ésta anterior o posterior, se infiere que la relevancia del contenido psicológico del acuerdo de voluntades es meramente relativa; y esto porque este momento de la coautoría sólo sería atendible para identificar el direccionamiento normativo común de los distintos aportes, el verdadero criterio de imputación³⁸.

3. La intervención en el estadio de ejecución

El dominio del hecho está constituido sobre las premisas del concepto final de acción, de la relación de causalidad como primer momento de atribución de responsabilidad –previo a la imputación objetiva– y de la lesión del bien jurídico como exteriorización de la antijuricidad material³⁹. De esta manera, en el marco del dominio del hecho, del concepto restrictivo de autor se deduciría la distinción entre el injusto propio (principal) del autor y el ajeno (accesorio) del partícipe, de modo que la autoría estaría emparentada con la última actuación autónoma –sin defectos de imputación subjetiva– en la

³⁵ Cfr. JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, § 21, nm. 43.

³⁶ En caso de que se piense, lo que resultaría a mi entender dudoso, que aquí el delito de robo se encuentra ya consumado, igualmente la posición mayoritaria admite la intervención delictiva luego de esta etapa. Así, *pars pro toto*, JESCHECK/WEIGEND, AT, 5ª ed., 1996, p. 678. Véase GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en derecho penal*, 2006, p. 458.

³⁷ Véase *infra* 4.

³⁸ Cfr. VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, 1991, pp. 100 ss.

³⁹ Cfr. por todos ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, § 7 nm. 3 ss.

cadena de causalidad. A su vez, el dolo del último actuante determinaría la prohibición de regreso, y la consiguiente impunidad, de todo actuar culposo que hubiera tenido lugar con anterioridad⁴⁰.

Como consecuencia de la fidelidad del dominio del hecho al posicionamiento de los intervinientes en la cadena causal, se establece que el dominio del hecho funcional, fundamento de la coautoría, solamente podría existir a partir de la actuación en el estadio de ejecución, de modo que cualquier aporte efectuado en la fase de preparación dejaría siempre abierta la posibilidad de que, ulteriormente, el autor tome la (última) decisión sobre la realización típica⁴¹. Esta solución, herencia de la teoría de la simultaneidad, trae aparejada la sobrevaloración del aporte en el estadio de ejecución y a la subestimación del que opera en la preparación, lo que se indicará con una modificación del caso ya planteado en que A y B perpetran un robo, según art. 164 CPArg, a un quiosco⁴².

Ahora, mientras A se aproxima al comerciante para ejercer violencia sobre él, B se dirige a la caja registradora para hacerse con el dinero del local. Sin embargo, ocurre que la caja, como todos los intervinientes ya conocían, sólo puede abrirse con una contraseña que, por haber trabajado varios años allí, únicamente D conoce. Según lo acordado en el plan criminal, D debía comunicar a B la contraseña antes de entrar en el recinto, pero en el momento de los acontecimientos D decide esperar a terminar su hamburguesa y comunica a B la contraseña sólo después de que A haya comenzado a ejercer violencia sobre el comerciante. ¿Podría modificar aquí la calificación de la intervención delictiva de D — pasaría de ser cómplice a coautor — el hecho de que, por pretender terminar su cena, haya efectuado su aporte en el estadio de ejecución — iniciado con el ejercicio de la violencia por parte de A —? ¿O, de forma contraria, debería entenderse que el valor comunicativo del aporte de D es siempre el mismo, ocurra antes o después del ejercicio de la violencia?⁴³

Tampoco parece acertado afirmar que únicamente el partícipe, quien en principio sólo actúa en el estadio de preparación, deja escapar “de sus manos” la realización del hecho, en favor del (co-)autor, cediendo así su dominio⁴⁴. Aquí se pierde de vista que lo mismo puede ocurrir en el marco de la coautoría. Así, en el ejemplo propuesto, no sólo D sino también A, al momento de ejercer violencia contra el comerciante, deja escapar de sus manos el dominio sobre la realización típica. Podría objetarse aquí que A todavía gobierna la realización típica, ya que continúa desarrollando, de propia mano, la violencia exigida en el tipo penal de robo, según art. 164 CPArg. Sin embargo, no es menos cierto que este delito no puede consumarse sin el desapoderamiento, por lo que, frente a esta conducta típica, A ha perdido —o mejor, cedido— el dominio del hecho tanto como D. Desde ya que A mantendría aún el dominio frente al delito de amenazas coactivas, según art. 149 bis CPArg, lo que nos coloca, nuevamente, en el inicio de nuestra discusión: ¿puede la teoría del dominio funcional o conjunto del

⁴⁰ Sobre este origen psicologista de la prohibición de regreso y su correspondiente crítica véase CARO JOHN, *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, 2007, *passim*.

⁴¹ ROXIN, *AT II*, 2003, § 25, nm. 198 ss.; RUDOLPHI, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 372 ss.

⁴² Véase *supra* 1.

⁴³ Cfr. SEELMANN, *JuS*, 1980, p. 573.

⁴⁴ ROXIN, *AT II*, 2003, § 25 nm. 198

hecho establecer quién, mediante su aporte, domina el acontecer delictivo total —coautor— y quién no —cómplice—? ¿O, en última instancia, nos encontramos siempre frente a intervinientes en el delito que sólo dominan su propio aporte?⁴⁵

Pero la exigencia de que el coautor intervenga en el estadio de ejecución entraña un problema superior, de carácter lógico (no formal). El comienzo de la ejecución del hecho se da siempre a partir de una conducta —en nuestro caso del ejercicio de violencia de A sobre el comerciante—, de modo que quien efectúa la misma obraría —con su conducta— en el periodo de ejecución que él mismo crea —; también con su conducta!—⁴⁶. Así, A sería autor del robo porque, mediante su ejercicio de violencia, actuaría en el periodo de ejecución, que el mismo ejercicio de violencia constituiría. El argumento es evidentemente circular —*petitio principii*—⁴⁷.

A su vez, las mencionadas sobre e infravaloración traen aparejadas soluciones equivocadas para dos casos antagónicos, ya planteados con anterioridad: el caso del “jefe de la banda” y el caso del “vigilante”. Así, modifíquese el caso y supóngase ahora que, varias semanas antes de que suceda el robo, C había reunido toda la información necesaria sobre el local, las personas que allí trabajaban, los horarios de atención y cierre, qué día del mes había en el local más dinero porque se estaban por pagar los salarios, cómo sucedería la llegada y cómo sería el plan de escape. Además se había encargado de convocar a las personas idóneas para realizar las dos conductas ejecutorias y de proveerlos con las herramientas adecuadas. Por otra parte, ahora D únicamente cumplió el rol de vigilar en la puerta del local que no llegue ningún policía y de dar aviso a sus compañeros en caso de que esto ocurra, lo que *ex post* no sucedió. Entonces, ¿podríamos decir que C resultaría ser un mero partícipe, porque no intervino en la ejecución del hecho⁴⁸, mientras que D resultaría ser coautor⁴⁹?

Déjese ahora de lado el caso inicial y abórdese el supuesto fáctico, así denominado de la “máquina infernal”. Supóngase, entonces, que el día en que se inaugura una planta decisiva para la producción de la industria nacional, con un funcionamiento completamente automatizado a partir de complejos aparatos, se invita al presidente del país a que apriete el botón que pone en marcha la maquinaria. Si a partir de esta acción se contaminara un río, ¿podría imputársele al presidente el delito de

⁴⁵ En sentido coincidente, CRAMER, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 400 ss.; KÜPER, *JZ*, 1979, p. 786; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 10, nm. 161 ss.

⁴⁶ Así, expresamente, ROXIN, *AT II*, 2003, § 25, nm. 199.

⁴⁷ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, p. 34.

⁴⁸ Así, empero, ROXIN, *LK*, 11ª ed., 1993, § 25 nm. 154. El mismo ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 302, admite que hasta el momento no se ha encontrado un criterio fiable de distinción entre actos preparatorios importantes y menos importantes que pudiera fundamentar allí la autoría. Distinto ya GALLAS, «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht», *ZStW*, (69), 1957, p. 14; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 133; JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, pp. 101 s.; VAN WEEZEL, «Intervención delictiva y garantismo penal. A la memoria de Juan Bustos Ramírez», *LH-Jakobs*, t. II, 2003, pp. 288-289.

⁴⁹ Así, sin embargo, WELZEL, «Studien zum System des Strafrechts», *ZStW*, (58), 1939, pp. 551-552; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 299. Negando la coautoría, empero, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 282-283.

contaminación de aguas, según art. 200 CPArg?⁵⁰ En sentido coincidente, piénsese en el caso en que una persona prepara un trago de coñac a otra introduciendo en la copa un veneno mortal: ¿podría, entonces, imputársele el homicidio en calidad de coautor a la persona que sentado junto al invitado, y a sabiendas del contenido del recipiente, lo invita a beber con un lacónico: “¡salud!”?⁵¹

La sobrevaloración de la intervención en el estadio de la ejecución también trae aparejada una especial dificultad en la llamada coautoría alternativa, que se presentará con un ejemplo: un político opositor en campaña planea dar un discurso un determinado día por la tarde en alguno de los tres pueblos próximos que se hallan en el interior de la misma provincia. Sin embargo, por dificultades organizativas, un día antes de la fecha señalada el comité organizador no sabe en cuál de las localidades disertará el candidato. Simultáneamente, el partido oficialista, liderado por un vil tirano, quiere terminar con la vida de su eventual competidor y contrata a tres francotiradores para que se aposten en edificios linderos a las plazas principales de los tres pueblos y para que, en caso de que aparezca el candidato, le disparen sin más orden. El día estipulado, el candidato se presenta en uno de los tres distritos y, según lo acordado, uno de los francotiradores le dispara provocándole la muerte⁵².

La posible coautoría de los tres francotiradores presenta aquí el problema de que dos de ellos no intervinieron en el estadio de ejecución, lo que lleva a RUDOLPHI⁵³ a afirmar que el cooperar meramente alternativo para alcanzar un resultado de injusto típico no bastaría para fundamentar la coautoría. En sentido coincidente, ROXIN⁵⁴ entiende que, en el caso propuesto, sólo quien dispara sería autor del homicidio, mientras que a los dos restantes intervinientes les sería atribuible, meramente, una –en Argentina no punible– tentativa de participación. Sin embargo, ROXIN modifica su solución para el caso en que los homicidas A y B esperan agazapados en dos caminos distintos que la víctima pase por uno de ellos para darle muerte, lo que efectivamente ocurre, al transitar el sendero en que se encontraba B. Aquí, ROXIN afirma que “A y B han organizado una celada común en la que, con seguridad, caerá la víctima”, de modo que según una consideración *ex ante*, cada uno de los intervinientes efectuaría un aporte esencial para el éxito del plan criminal.

En primer lugar, resulta extraña la diferenciación entre ambos casos que efectúa ROXIN, ya que, sea en dos pueblos distintos, sea en dos caminos distintos, en ambos casos uno de los intervinientes no participa en el estadio de ejecución, y la mayor o menor proximidad espacial con la producción del resultado típico no parece ser un criterio de distinción válido. Por lo demás, la resolución del segundo

⁵⁰ JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, p. 102; VAN WEEZEL, *LH-Jakobs*, t. II, 2003, p. 288. Lo propio ocurre si quien efectúa la acción ejecutiva es un operario que nunca se aparta de su rol –aunque conozca el daño potencial de su actuar–. Así, GRACIA MARTIN, «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el derecho penal español», en ARROYO ZAPATERO (ed.), *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 84. Sobre ello ya Andrés FALCONE, «El autor detrás del autor en el Derecho Penal empresarial», *Revista de Derecho penal económico*, (1), 2015, pp. 1 ss.

⁵¹ JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, p. 101.

⁵² Cfr. el similar caso planteado en RUDOLPHI, *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 379 ss.

⁵³ RUDOLPHI, *FS-Bockelmann*, 1979, p. 380. Similar, STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 328.

⁵⁴ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., 2015, p. 739.

caso en favor de la autoría a partir, nuevamente, de una consideración *ex ante* de la configuración del plan criminal, se opone a la ya aludida comprensión de la irrelevancia de la actuación en el estadio de preparación para la determinación de la autoría⁵⁵.

Por otra parte, la constelación de casos presente en el llamado dominio de la organización — o dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, según la terminología de ROXIN — revela, con mayor evidencia, ya no sólo el desacierto de vincular la intervención en el estadio de preparación a un injusto de menor relevancia, incapaz de configurar autoría, sino que aquí cuanto más alejada se encuentre la intervención delictiva de la producción del resultado típico, mayor será la infracción de deber atribuible al autor⁵⁶. Así, en estructuras criminales complejas y jerarquizadas — como acontece en la llamada macrocriminalidad estatal, empresarial o en las organizaciones mafiosas — el mayor injusto — capaz de determinar la intervención delictiva a título de autoría — se constituye en razón de la importancia de las distintas posiciones de poder ejercidas dentro de la estructura jerarquizada — roles —. De aquí se deduce que la realización de la “tarea ardua” — que implica la realización típica — está reservada a los mandos inferiores, mientras que los intermedios y superiores — verdaderas figuras centrales del acontecer delictivo — sólo intervienen en la cadena de mando — impartición y transmisión de órdenes —⁵⁷.

Finalmente, la exigencia, para la coautoría, de intervención en el estadio de ejecución es incompatible con la punición de la tentativa, ya que ésta requiere, *per definitionem*, que el tipo no haya sido ejecutado en su totalidad. Así, no sería acertada la posición mayoritaria, que establece que la tentativa reconocería las mismas formas de intervención delictiva que el delito consumado⁵⁸, puesto que si autoría es igual a completa ejecución y en la tentativa falta justamente ésta, entonces no podría existir la coautoría en un delito intentado sino, meramente, una — en Argentina no punible — tentativa de coautoría⁵⁹.

En este sentido, la teoría del dominio del hecho, debido a la infravaloración de la intervención en el estadio de preparación, no puede explicar la coautoría en el delito intentado de un interviniente que no haya ejecutado de propia mano. Modifíquese, entonces, nuevamente el ejemplo inicial: ahora A y

⁵⁵ También como aquí, siempre en favor de la coautoría, MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT II*, 7ª ed., 1989, § 49, nm. 42, afirman que, a diferencia de lo sostenido por ROXIN, la solución no podría cambiar cuando el atentado de la persona G haya sido planificado por A, B y C y deba ser ejecutado en los lugares alternativos de Singapur, Hong Kong o Manila, de modo que la distancia (a cuantos kilómetros se hayan unos de otros) no podría fundamentar una diferenciación en el dominio colectivo del hecho.

⁵⁶ SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, p. 167. Ya con anterioridad, atendiendo a esto, H. JÄGER, «Betrachtungen zum Einmann-Prozess», *MSchrKrim*, 1962, p. 73; BAUMANN, «Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung», *NJW*, 1963, p. 564; y también ROXIN, «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», *GA*, 1963, p. 202.

⁵⁷ Coincidente ROBLES PLANAS, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, p. 6. Más en detalle, Andrés FALCONE, *Revista de Derecho penal económico*, (1), 2015, pp. 15 ss., esp. 17.

⁵⁸ *Pars pro toto*, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 265.

⁵⁹ Cfr. LESCH, *ADPCP*, (48-3), 1995, p. 933.

B acuerdan robar el quiosco por la noche, cuando el dueño no se encuentra allí, de modo que A se encargaría de romper los candados y las cerraduras, de levantar la reja y abrir la puerta, mientras que B introduciría, luego, la contraseña en la caja registradora y sustraería el dinero. Cuando A comienza a forzar los candados, encontrándose B inmóvil a su lado, llega al lugar la policía y los detiene a ambos. Si aquí también B resultaría punible por tentativa de robo en coautoría, como entiende la posición mayoritaria, sería, únicamente, en razón de su promesa de actuación –efectuada durante división de trabajo, en el estadio de preparación–, ya que, hasta ese momento, en el estadio de ejecución, B no ha efectuado ningún aporte⁶⁰.

A pesar de volver luego sobre el tema, los ejemplos aportados alcanzan para señalar que no necesariamente la intervención en el estadio de ejecución, por revelar una proximidad fenomenológica con el resultado externo de la conducta, implica un aporte mayor en el acontecer delictivo ni revela, por sí sólo, una superior infracción de deber⁶¹. El otro lado de la medalla indica que tampoco puede apreciarse *per se* un injusto menor en el aporte de aquel que opera en la fase de preparación. La afirmación de ROXIN⁶² de que el aporte en el estadio de preparación no puede fundamentar el dominio del hecho, ya que luego al autor le corresponde tomar la decisión definitiva, es en última instancia también aplicable a cualquier apoyo suministrado durante la etapa de ejecución⁶³. La afirmación de JAKOBS es aquí determinante: “todos los intervinientes ejecutan, con independencia de de quién sea la mano que se mueve para ello”⁶⁴.

4. La coautoría como expresión mancomunada de sentido

4.1. Introducción

En razón de la posición que detenta el ciudadano frente al Estado y frente al resto de los ciudadanos es que el delito debe entenderse como la infracción de deber derivada del sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias. Así, el deber principal de la persona en Derecho consiste, por un lado, en procurar para sí mismo adquirir y conservar la capacidad de imputación y,

⁶⁰ Sobre esto ya Roberto Atilio FALCONE/Andrés FALCONE, «Elevada disposición al hecho e infracción de deberes especiales en el marco del terrorismo de Estado argentino», *Derecho Público*, (5-2), 2013, pp. 152-153.

⁶¹ Similar ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 18; EL MISMO, *InDret*, (2), 2012, pp. 3 ss., esp. 5.

⁶² ROXIN, *LK*, 11ª ed., 1993, § 25 nm. 206.

⁶³ Por ello afirma acertadamente KINDHÄUSER, «Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft», *FS-Hollerbach*, 2001, p. 644, que el principio de autonomía, y la correspondiente prohibición de regreso, en la teoría del dominio del hecho no impediría únicamente la fundamentación de la teoría del autor detrás del autor, como afirma RENZIKOWSKI, fundamentando, al mismo tiempo, la autoría mediata de forma normativa, sino que, aplicándose coherentemente, debería significar también el final de la coautoría como imputación recíproca de aportes autónomos al hecho.

⁶⁴ JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, p. 102.

por otro, no afectar derechos fundamentales de otros ciudadanos, cumpliendo con el mandato hegeliano “sé persona y respeta a los demás como personas”⁶⁵.

De esta manera, a la persona en Derecho, en tanto ser racional, se le concede el derecho de conformar el mundo según su voluntad, creando una ley subjetiva —pero con pretensión de universalidad— a la que él pueda ser sometido. Delito es entonces voluntad particular esbozando una determinada configuración (subjetiva) del mundo. Y es justamente este esbozo particular del mundo lo que debe ser eliminado a través de la pena, ya que de no acaecer ésta aquél seguiría vigente⁶⁶. Mediante la pena, entonces, se niega la vigencia del esbozo del mundo propuesto por la persona libre y se restablece la vigencia del Derecho⁶⁷. Así, al delincuente se lo toma en serio como una persona en Derecho y no como un animal irracional creador de peligros. Su *responsabilidad* por el hecho es entonces consecuencia de la *libertad* concedida para organizar. Sin aquélla ésta sería pura arbitrariedad⁶⁸. En el marco de la teoría del delito, el deber se infringe, en primer término, a partir de la creación de un riesgo prohibido, mediante el cual la conducta de la persona en Derecho supera el baremo de lo socialmente adecuado. Ese riesgo contraría una norma compuesta, como se expuso, de preceptos legales y no legales, que representan, en última instancia, expectativas sociales de comportamiento.

En este sentido, la conducta jurídico-penal significa el primer momento del sistema de la imputación objetiva, mediante el cual la teoría del delito determina el objeto de imputación, discriminando entre los actos pertenecientes al sistema y los pertenecientes al medio; entre la conducta —en tanto exteriorización de la personalidad, *ergo* libre— y la naturaleza⁶⁹. Entonces, luego del estudio de la actuación en el marco del riesgo permitido, el sistema de la imputación objetiva se detiene, como tercer momento, en la intervención delictiva. Allí, se analizan los supuestos en que la exteriorización de la personalidad no realiza el tipo penal en soledad, sino que ésta se integra con manifestaciones libres semejantes, conformando una expresión mancomunada de sentido. De esta manera, en casos de intervención plural en el hecho típico, únicamente el conjunto de ejercicios de autonomía puede pasar el filtro de la tipicidad⁷⁰.

⁶⁵ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1821, § 36. Sobre ello JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 31 ss.; EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal*, 1997, pp. 347 ss.; LESCH, *ADPCP*, (48-3), 1995, p. 930; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999, pp. 51 ss.; EL MISMO, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 65 ss.; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 89.

⁶⁶ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 99. *In extenso* ya, sobre ello, Andrés FALCONE, «El concepto normativo de conducta jurídico-penal», en SCHROEDER *et al.* (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, 2016, pp. 287 ss.

⁶⁷ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1830, § 99. El fundamento de la medida de seguridad es, en este punto, opuesto.

⁶⁸ Así JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 34 ss.

⁶⁹ Sobre esto ya *in extenso* Andrés FALCONE, en SCHROEDER *et al.* (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, 2016, *passim*.

⁷⁰ VAN WEEZEL, «Intervención delictiva y garantismo penal», *ZIS*, (8), 2009, pp. 440 ss. Similar CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 177.

Frente al problema de la autorresponsabilidad en el concepto restrictivo de autor —incluyendo aquí la teoría del dominio del hecho— se erigen —al margen del que se presenta aquí⁷¹— otros dos modelos teóricos que intentan, también, fundamentar un injusto propio del partícipe. El primero de ellos es producto de la evolución, a partir de criterios normativos, del concepto unitario de autor en términos causales y establece un delito autónomo de participación, prescindiendo, así, de los postulados de la accesoriedad⁷². El punto de partida —correcto— de esta tesis consiste en que nadie debe responder por el injusto ajeno y que la responsabilidad de cada interviniente se limita a su propio injusto, con lo que se propondría un respeto irreductible al principio de culpabilidad⁷³.

Sin embargo, esta tesis encuentra varias limitaciones. Si se parte de la más superficial y formalista, vinculada al principio de legalidad: ¿le corresponde a la Parte General del Derecho penal establecer tipo penales? En segundo término, si se entiende que el principio del hecho exige que el acontecer delictivo haya entrado en el estadio de ejecución, entonces no debería ser punible —ni siquiera como tentativa— el injusto autónomo —no accesorio— del interviniente, acaecido en el estadio de preparación. Claro que esta dificultad podría sortearse exigiendo el posterior acto ejecutorio de un tercero como condición objetiva de punibilidad⁷⁴, o mejor, la no existencia de este aporte podría considerarse una causa material de exclusión de la punibilidad —excusa absolutoria— y, a partir de criterios político-criminales, dejar sin pena la infracción de deber del interviniente⁷⁵. En cualquier caso, en el marco de la teoría del delito, el injusto del interviniente estaría completo⁷⁶.

La más sugestiva defensa de esta tesis en nuestro ámbito es, sin lugar a dudas, la de SANCINETTI. Para él, el injusto del partícipe no sólo no sería accesorio, sino que el ingreso al estadio de ejecución por parte de un tercero tampoco constituiría, en principio, una condición objetiva de punibilidad⁷⁷. Consecuentemente, la punición del interviniente no dependería de que otro, luego, ejecute o no el hecho, aunque esto pueda traer aparejado un pronunciado adelantamiento de la punibilidad, frente a la lesión del objeto de bien jurídico⁷⁸. En el ejemplo propuesto, si D entrega el arma para que A ejerza

⁷¹ Véase *infra* 4.2., 4.3., 4.4.

⁷² En detalle, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, pp. 351 ss.

⁷³ Como representantes de esta corriente pueden señalarse a SCHMIDHÄUSER, *AT*, 2ª ed., 1975, § 14, nm. 56 ss.; MEYER, «Tatbegriff und Teilnehmerdelikt», *GA*, 1979, pp. 252 ss.; LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, *passim*; EL MISMO, «Der Typus der Teilnahme», *FS-Miyazawa*, 1995, pp. 449 ss.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, *passim*; SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, *passim*; EL MISMO, *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., 2001, Capítulo II.

⁷⁴ Así, MEYER, *GA*, 1979, pp. 252 ss.; LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 119 ss.; CRAMER/HEINE, *Sch/Sch*, 27ª ed., 2006, § 27 nm. 10.

⁷⁵ En el marco de la teoría de la pena, las condiciones objetivas de punibilidad y las causas materiales —*ergo* transmisibles— de exclusión de la punibilidad lejos están de constituir institutos opuestos, sino que constituyen las dos caras de la misma medalla. Así, por ejemplo, la prueba de la verdad en los delitos contra el honor puede entenderse como una causa material de exclusión de la punibilidad o la imposibilidad de llevarla a cabo como una condición objetiva de punibilidad. Correcto ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 23 nm. 5.

⁷⁶ LESCH, *ADPCP*, (48), 1995, p. 935-936.

⁷⁷ Esto se vería luego relativizado en favor de la accesoriedad extensiva, en razón de las exigencias del texto legal. Véase SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., 2001, p. 69.

⁷⁸ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., 2001, p. 69, reconoce, empero, que “las opciones parecen odiosas”.

violencia sobre el comerciante, aquél ya habría infringido todo su deber, con independencia de lo que A realice con posterioridad. En este sentido, según SANCINETTI, el injusto del partícipe se extendería desde el nacimiento del riesgo de perder el control sobre la frustración del hecho del autor principal y hasta el efectivo acaecimiento de esa pérdida –en ambos casos, a partir de la perspectiva interno-subjetiva del interviniente—⁷⁹.

Al menos dos conclusiones derivadas de esta posición deben ser compartidas sin hesitar. Por un lado, resulta equivocada la equiparación entre los actos de participación integrados en la conducta del autor y la actuación en el marco de la división de trabajo. Así, se afirma que mal pueden pensarse actos preparatorios –a resultados del injusto autónomo del partícipe– si, en caso de que estos hubieran sido cometidos por el mismo autor, necesariamente deberían permanecer impunes. Entonces, en un robo aún no intentado por A pero ya determinado por B y con un arma ya entregada por C, ¿cómo podrían constituir injustos punibles las conductas de estos dos últimos si, en caso de que A hubiera tomado –por sí solo– la decisión criminal y se hubiera procurado –también sin asistencia– el arma mencionada, estos actos permanecerían aún impunes?⁸⁰ La respuesta de SANCINETTI es aquí determinante: las conductas de B y C, en nuestro caso, permanecerían impunes de haber sido efectuadas por el mismo autor porque, si hubiera sido así, éste aún no habría perdido el pleno control del suceso, que acaecería sólo con la “entrega” del hecho a otro sujeto autónomo—⁸¹. Por otro lado, afirma con razón SANCINETTI que no siempre puede equipararse la efectiva producción del aporte con el comienzo –y menos con la finalización– de la tentativa de participación. Así, un mero comentario al pasar en sentido de: “si yo fuera tú, le daría muerte al jefe” difícilmente pueda constituir, por sí solo, una tentativa acabada de instigación, punible –a diferencia del CPArg– según § 30 StGB⁸².

Tampoco tiene razón de ser, entiendo, la crítica que se espeta contra esta comprensión de la intervención delictiva, vinculada al desmedido alcance que adquiriría la defensa necesaria, ya que la misma podría ejercerse contra instigadores y cómplices, cuando todavía sería de imposible ejecución frente a los aportes de autoría⁸³. Si no se pierde de vista que el ejercicio de la defensa necesaria siempre debe ser proporcional a la agresión ilegítima, no parece irracional que, a título ejemplificativo, si A incita a B a dar muerte a C este último se entrometa en la conversación, incluso injuriando o lesionando levemente a A.

Sin embargo, y a mi juicio esta crítica es definitiva, el injusto autónomo del partícipe –*stricto sensu*– en ningún caso puede explicar un problema anterior: el injusto propio del coautor. En efecto, si se prescinde del momento de la representación, se vuelve a la falencia de las teorías formales y no puede explicarse la actuación en división de trabajo vinculante: en nuestro ejemplo, el injusto propio del interviniente no puede demostrar por qué la violencia ejercida por A y la sustracción efectuada por B

⁷⁹ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., 2001, pp. 70-75.

⁸⁰ Así JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 21, nm. 6. Le sigue LESCH, *ADPCP*, (48-3), 1995, p. 936.

⁸¹ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., 2001, p. 84.

⁸² Cfr. SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., 2001, p. 73.

⁸³ Así, VAN WEEZEL, *ZIS*, (8), 2009, p. 436.

dan lugar a un robo en coautoría, según art. 164 CPArg, y no a, paralelos, amenazas coactivas, según art. 149 bis CPArg, y hurto, según art. 163 CPArg, respectivamente.

Así, afirma SANCINETTI que a cada coautor se le imputa, además de su propio aporte, lo que él sabe – o, al menos, supone– que realiza el otro coautor –manteniendo una posición subjetiva-individualizadora del comienzo de la tentativa–⁸⁴. El problema de esta posición radica en que mal puede ser un conocimiento o una suposición el fundamento de esta institución si aún no se ha establecido qué es lo que debe conocerse. En este sentido, el objeto de conocimiento –o suposición– del coautor no puede ser el aporte del tercero, que todavía no tiene nada que ver con él –principio de culpabilidad–, sino, justamente, el porqué ese aporte también representa al otro coautor, constituyendo, ambas conductas, una expresión de sentido común subsumible –de forma completa– en las exigencias del tipo (objetivo). Mantener la posición contraria debería significar, entiendo, la comprensión de la autoría como un momento del dolo, de forma cercana a la teoría subjetiva del dolo o, mejor, a la teoría del dominio del hecho de VON WEBER⁸⁵, lo que, por motivos ya suficientemente expuestos aquí, resultaría inadmisibles.

El segundo modelo teórico propuesto para superar el problema de la autorresponsabilidad al margen del dominio del hecho entiende que todos los intervinientes en el hecho típico –a partir de su conducta superadora del riesgo permitido– pasarían a formar parte de un sujeto colectivo, de modo que el delito sólo debería ser atribuible a éste⁸⁶. Entre las ventajas que presenta esta propuesta se destaca, en primer término, que, al igual que la postura defendida en este trabajo, el problema de la autorresponsabilidad se sortea a partir de la certeza de que un respeto cabal de aquélla también debe atender a la voluntad de la persona en Derecho de integrar un colectivo criminal. En segundo lugar, este modelo teórico puede explicar con facilidad por qué todos los intervinientes –incluso los que obran en el estadio de preparación– desarrollan el verbo típico –ej., todos “matan” según art. 79 CPArg–, en la medida en que todos integran un colectivo delictivo que “mata”. En tercer lugar, esta posición también puede justificar correctamente la representación recíproca –o mejor: “total” – de los aportes en el marco de la coautoría⁸⁷.

Sin embargo, el precio que esta posición ha de pagar para superar airoosamente los puntos más álgidos de la intervención delictiva es demasiado alto. Así, la teoría del delito aún no conoce personas en Derecho que no sean seres humanos, de modo que no todos los seres humanos son personas en Derecho, pero sí a la inversa. Esto se plasma sobre todo en el marco de la teoría de la pena, ya que en este ámbito la determinación de la sanción se fundamenta en la medida de la culpabilidad individual⁸⁸. En este sentido, parece contradictorio que se reconozca la precaria subjetividad supraindividual de un

⁸⁴ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 659 ss., esp. 665 s.

⁸⁵ VON WEBER, *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, 1935, pp. 24 ss.

⁸⁶ Así JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, p. 99; LESCH, *ADPCP*, (48-3), 1995, p. 955 ss.

⁸⁷ En detalle, LESCH, *ADPCP*, (48-3), 1995, p. 955 ss., esp. 966.

⁸⁸ Acertado DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 124.

grupo de personas –ej. cuatro sujetos que minutos antes de comenzar el ilícito se ponen de acuerdo en asaltar una verdulería, con la promesa de no volver a verse cuando se haya agotado el delito– y no la de la persona jurídica⁸⁹, por ejemplo, ya que ésta requiere un reconocimiento institucional superior, basado en cierta estabilidad en el tiempo, en una constitución y un funcionamiento estandarizados y formalizados y, por supuesto, en una aprobación administrativa –*ergo* estatal– para el normal desenvolvimiento civil o comercial⁹⁰. La posición aquí defendida de un “hecho total” se presenta como superadora frente a este “sujeto total”, de modo que este último podría detentar sólo utilidad didáctica o metadogmática⁹¹.

4.2. El fundamento de la expresión mancomunada de sentido

Relevante para el Derecho penal es, entonces, el aporte de cada interviniente no a título singular, sino en su conjunto. Mediante aquél, el agente se convierte en miembro de la mancomunidad y es a esta unión a la que se le imputa el hecho típico. Así, la infracción de deber del interviniente tiene un doble carácter: por un lado, la misma consiste en efectuar un aporte para la realización del hecho típico y, por otro, en integrar simbólicamente una comunidad delictiva cuya afectación se le atribuye a éste en su totalidad. Como resultado de este segundo momento de integración conjunta, al convertirse el aporte singular en parte de una expresión mancomunada de sentido, las infracciones de deberes personales de los demás miembros representan al interviniente tanto como su aporte representa a los demás⁹².

Sólo entendido de esta manera es correcto afirmar que en la coautoría existe una “representación recíproca de los aportes”, incluso de forma similar a la que existe en la instigación⁹³ o en la autoría mediata⁹⁴. Esto es, la representación recíproca es, en verdad, representación conjunta, un momento de la expresión mancomunada de sentido. Si no se comprende esto, se corre el riesgo de llevar, equivocadamente, los principios de la actuación en solitario a la intervención delictiva plural⁹⁵.

Consecuentemente, las constelaciones de casos mencionadas en este trabajo como “el jefe de la banda” y “el dominio de la organización”; y, la otra cara de la medalla, las constelaciones de “el vigilante” y

⁸⁹ Así, empero, JAKOBS, «Strafbarkeit juristischer Personen?», *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 559 ss.

⁹⁰ Cfr. VAN WEEZEL, *LH-Jakobs*, t. II, 2003, p. 300.

⁹¹ Similar VAN WEEZEL, *LH-Jakobs*, t. II, 2003, p. 300.

⁹² Similar VAN WEEZEL, *LH-Jakobs*, t. II, 2003, pp. 301 ss.; EL MISMO, *ZIS*, (8), 2009, p. 440 ss. En lo fundamental, también, KINDHÄUSER, *FS-Hollerbach*, 2001, p. 645.

⁹³ La coautoría como instigación recíproca fue impuesta por FEUERBACH y seguida por los hegelianos KÖSTLIN y BERNER. Sobre ello SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 100 ss. En la actualidad se puede hallar en PUPPE, *GA*, 1993, pp. 521 s.; y bajo el concepto de “representación” en KINDHÄUSER, *FS-Hollerbach*, 2001, p. 635 ss.; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, pp. 113 ss.

⁹⁴ La primera interpretación de la coautoría como autoría mediata recíproca obra en HÄLSCHNER, *Das Preußische Strafrecht*, 1868, pp. 375, 388 ss. Este autor se opuso a la antecesora coautoría como instigación recíproca y sostuvo que cada coautor (*Miturheber*) sirve a los otros como cómplice o como autor intelectual (*physischer Urheber*) y se sirve de ellos de la misma manera. Esta posición fue luego seguida en BINDING, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 7ª ed., 1907, pp. 159, 169.

⁹⁵ Así también VAN WEEZEL, *LH-Jakobs*, t. II, 2003, p. 301.

de “la maquinaria infernal”, indican que la distinción entre autores y partícipes – en el marco de un concepto restrictivo de autor – de ninguna manera puede fundamentarse ni a partir de la de ejecución de propia mano del verbo típico ni del principio de ejecución. En este error caen, empero, tanto las teorías formal-objetivas como la material de la simultaneidad, trayendo aparejadas las dificultades que luego se trasladan a la teoría del dominio del hecho⁹⁶.

En este sentido, no es correcto afirmar que el partícipe interviene en un “hecho ajeno” – el delito cometido por el autor – sino que aquél siempre resulta responsable por un hecho propio. Así, debe entenderse correctamente el principio de la autorresponsabilidad en la teoría del delito, en general, y en la intervención delictiva, en especial, de modo tal que mediante la representación recíproca de los aportes en la expresión mancomunada de sentido no se sortea de manera ilegítima el principio de intrascendencia de la pena, sino que, por el contrario, el Derecho penal eleva al ciudadano al estatus de persona en Derecho al respetar su voluntad de integrar la comunidad delictiva⁹⁷.

En este esquema, la accesoriedad debe entenderse como la propiedad de aquella conducta que importa preparación o continuación de la de los demás intervinientes⁹⁸. Entonces, comprendida la norma como la expectativa social de que acaezca una determinada pena en razón de un esbozo disfuncional del mundo⁹⁹, el Derecho penal refuerza su vigencia, de forma contrafáctica, frente a aquel mensaje disvalioso, que se conforma por la infracción de deber mancomunada de todos (!) los intervinientes en la comunidad delictiva. De esta forma, se supera el significado original de la accesoriedad, cuyos postulados – transferencia (limitada) extensiva e intensiva de responsabilidad – fueron consecuencia de entender la participación criminal como intervención delictiva en un “hecho ajeno”: el delito “del autor”, “pertenciente al autor” o “sólo dominado por el autor”, según la teoría objeto del presente trabajo¹⁰⁰. Ahora el hecho total, que deberá pasar el filtro de la tipicidad, no es nunca un hecho ajeno,

⁹⁶ Esto ya fue suficientemente expuesto *supra* 3.

⁹⁷ Así también VAN WEEZEL, ZIS, (8), 2009, p. 440.

⁹⁸ ASÍ, JAKOBS, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», GA, 1996, pp. 253 ss.

⁹⁹ POLAINO-ORTS, *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal*, 2014, pp. 85 ss.

¹⁰⁰ Las primeras reflexiones en torno a la accesoriedad en la participación se hallan, probablemente, en las distinciones, poco desarrolladas, de PUFENDORF entre “*causa principalis*” y “*causa minus principalis*” y entre “*actiones propriae*” y “*actiones alienae*”. Sobre ello VAN WEEZEL, ZIS, (8), 2009, p. 437, esp. nota 33. Un resurgimiento de la distinción entre causación inmediata y mediata, como formas de intervención delictiva, se aprecia actualmente en la tesis de habilitación de ROTSCH, „*Einheitstäterschaft*“ statt *Tatherrschaft. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normative-funktionalen Straftatlehre*, 2009, *passim*, esp. 421 ss. Aquí se parte de que no puede existir delito sin afectación de un bien jurídico, de modo que la primera forma posible de intervención delictiva surgiría de la competencia inmediata por la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, que acaecería cuando entre esta afectación y la acción personal del interviniente no se interpone la acción causal de un tercero. La segunda forma posible, determinada por el caso contrario, consistiría en la competencia mediata por la afectación (*op. cit.*, p. 422). En este marco, no sólo el resultado típico sería imputable al interviniente, sino que también la acción de un interviniente podría constituir el resultado de la acción de otro, de modo que, finalmente, sería imputable toda acción que esté dirigida a la afectación de un bien jurídico. Así, la intervención delictiva impondría un doble dualismo: afectación inmediata y mediata del bien jurídico, por un lado, y contenido inmediata y mediatamente típico del resultado, por el otro (*op. cit.*, pp. 423-425). El límite entre impunidad y competencia – por regla general, mediata – estaría, entonces, dado por la imposibilidad de imputación como adscripción normativa, que imposibilitaría la realización del tipo objetivo (*op. cit.*, p. 424). Con estas premisas, apelando ROTSCH a un caso similar al aquí propuesto, la coautoría se explicaría de la siguiente

sino siempre uno propio integrado por los significados autónomo, por un lado, y derivado, por el otro, del propio aporte¹⁰¹ y en el que, incluso, ni la realización de propia mano del verbo típico ni la intervención en el estadio de ejecución determinan una competencia calificada o, ya, competencia¹⁰².

4.3. El contorno de la comunidad delictiva

Por no distinguir, en el marco de la teoría del delito, de forma cualitativa entre partícipes principales y secundarios, la diferenciación que sí se vuelve medular es la de aquella conducta que importa una infracción de deber general y la que resulta jurídico-penalmente neutral, de modo que debe indagarse qué división de trabajo vincula ámbitos de responsabilidad y cuál los aísla. Para ello, resultan menester las consideraciones que se desprenden del entendimiento normativo del principio de confianza y de la prohibición de regreso¹⁰³.

Así, el principio de confianza contribuye con la demarcación de los límites del riesgo prohibido, de modo que quien actúe conforme a las obligaciones inherentes a su rol, comportándose como una persona en Derecho, puede contar razonablemente con que el resto de los intervinientes hará lo mismo¹⁰⁴. Modificando el ejemplo propuesto, si ahora A y B son oficiales de policía y, en el marco de un operativo de prevención, solicitan al vecino C que informe los horarios de apertura y cierre del mencionado quiosco y que aporte datos con respecto a los empleados que allí desempeñan funciones, C puede *ex ante* dar esta información con la serena convicción de no estar integrando un colectivo criminal; y esto a pesar de que, *ex post*, los policías resulten miembros de una banda criminal que se dedica a asaltar comercios. El principio de confianza también ampara a quien, por ejemplo, en medio de un almuerzo campestre, le otorgue a otro el cuchillo que éste solicita, y esto aunque *ex post* éste no lo utilice para preparar un sándwich sino para apuñalar a un transeúnte¹⁰⁵.

Este principio toma aún mayor relevancia en actividades de alto riesgo, ya que allí la interacción social se torna más compleja, determinando una división de trabajo aún más marcada: si en la cima de una alta montaña un alpinista asegura a su compañero con la estaca que el guía experto le acaba de proporcionar a tal efecto, aquél no forma parte del acontecer delictivo aunque *ex post* el instrumento no resista el peso del acompañante y éste caiga. Igualmente, tampoco sería imputable al médico

manera: si A ejerce violencia sobre el quiosquero y B efectúa el desapoderamiento, entonces A sería inmediatamente competente por el delito de coacción, según el § 240 StGB, también inmediatamente competente por la acción de B y, entonces, mediatamente competente por el de hurto, según el § 242 StGB, cometido a manos de B. De esta manera, la coautoría sería una “mezcla de realización típica mediata e inmediata” y, en el caso propuesto, no serían los tipos penales mencionados el objeto de imputación, sino a ambos intervinientes el tipo penal de robo según § 249 StGB, en razón de que el robo constituyó el objeto del plan criminal “como hecho objetivo” en la fase previa (*op. cit.*, pp. 426-427).

¹⁰¹ Similar KINDHÄUSER, *FS-Hollerbach*, 2001, p. 645.

¹⁰² Véase *supra* 2 y 3.

¹⁰³ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., § 7, nm. 51 ss.; EL MISMO, *La imputación objetiva en el derecho penal*, 1996, pp. 71 ss.; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, pp. 65 ss., 71 ss.; VAN WEEZEL, *ZIS*, (8), 2009, p. 441.

¹⁰⁴ CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, pp. 65 ss.

¹⁰⁵ Más ejemplos en JAKOBS, *AT*, 2ª ed., § 7, nm. 53-55.

cirujano el homicidio (culposo) de su paciente, quien fallece a causa de una infección producida por un bisturí deficientemente esterilizado a instancias de su asistente¹⁰⁶.

Sin embargo, como el principio de confianza se constituye sobre la base de expectativas estereotipadas de comportamiento, no puede ampararse en éste quien obre en el marco de un contexto de inminente afectación de un derecho fundamental de un tercero, apartándose de la neutralidad valorativa derivada de su rol –el así llamado “entorno o contexto caótico”–¹⁰⁷. Así, en el caso planteado en que A y B son oficiales de policía, corresponde al rol de buen ciudadano otorgarle a éstos la información que soliciten, aun cuando *ex post* ésta sea empleada en la perpetración de un delito. Sin embargo, si los funcionarios públicos actúan en el marco de un gobierno dictatorial que asaltó el poder por medio de las armas –y cumplen órdenes de éste–, y es notoria la resistencia al régimen que ejerce el mencionado comerciante, entonces no se comporta dentro del mandato de *neminem laedere* el ciudadano que aporte la información requerida, sino que mediante este acto infringe su deber y comienza a formar parte de la comunidad delictiva¹⁰⁸. En igual temperamento, tampoco ampara el principio de confianza a quien presta a otro un cuchillo en el mencionado almuerzo campestre, si esta dación ocurre cuando el solicitante se encuentra en medio de una violenta reyerta y se halla sumamente alterado, tomando a otro comensal por el cuello¹⁰⁹.

Por su parte, la prohibición de regreso impone la imputación de la realización típica a los integrantes de la comunidad delictiva, impidiendo el “regreso” a aquellas conductas que, por corresponderse con un rol estereotipado, no son atribuibles –en el sentido típico– a las personas en Derecho que, de propia mano, las realizan. Así, en nuestro ejemplo, si A y B se dirigen en taxi al quiosco objeto del asalto, y el taxista durante el viaje toma conocimiento, por casualidad, del plan delictivo de los pasajeros al llegar a destino, este hecho no puede imputársele también a él. Ahora supongamos que, antes de llegar al lugar del hecho, A y B deciden hacer una parada en un restaurante para alimentarse y recobrar fuerzas. Siempre que el personal del lugar no se aparte de su rol, consistente en preparar y servir la comida, no puede imputársele tampoco a éste la intervención delictiva en el robo, por más que estas personas también hayan escuchado las manifestaciones de A y B y que, incluso, por guardar una larga rivalidad con el quiosquero, estén plenamente de acuerdo con el ilícito que lo victimizaría poco después¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cfr. CANCIO MELIÁ, *Líneas básicas de la teoría de imputación objetiva*, 2004, p. 104; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 66.

¹⁰⁷ Sobre esto JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, p. 97.

¹⁰⁸ *In extenso* sobre el terrorismo de Estado como contexto o entorno caótico, también, la conferencia brindada por el Prof. Dr. Omar PALERMO en la Universidad de Buenos Aires el 3.6.2015 en el marco del XV encuentro argentino de profesores de Derecho penal.

¹⁰⁹ La bibliografía sobre los límites que imponen los contextos caóticos en un sistema de imputación basado en roles sociales es aún escasa. A resultas de esto, todavía es difícil evaluar cabalmente la capacidad de rendimiento de esta teoría, tanto en su contenido como en su alcance.

¹¹⁰ CARO JOHN, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, 2003, esp. 15 ss.; EL MISMO, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, pp. 71 ss.

De esta manera, se supera la formulación original de la teoría de la prohibición de regreso, planteada por FRANK, que defiende la impunidad de la actuación culposa cuando a la misma le sucede una conducta dolosa. Así, no debería responder por el homicidio quien impudicamente deja un arma cargada en un bar, si luego otro cliente la toma y da muerte con ella a un tercero¹¹¹. “Regresar” significa, en el marco de este planteamiento, “ir hacia atrás” en la cadena causal, lo que, por supuesto, ya no merece atención. En el ya planteado caso de la contaminación del río a manos del trabajador de la empresa y dentro del marco de su rol, no existiría, en puridad, una “prohibición de regreso”, sino una “prohibición de avance”, en términos causales.

Si el principio de confianza y la prohibición de regreso determinan la división de trabajo aislante, corresponde ahora detenerse en la otra cara de la medalla: la división de trabajo vinculante. Así, primera modalidad, será integrante de la comunidad delictiva quien, infringiendo su deber de respeto a los derechos fundamentales de las demás personas en Derecho, efectúe una prestación material o espiritual y la encuadre simultáneamente en el contexto delictivo¹¹². Consecuentemente, en el marco de nuestro ejemplo, estará amparada por el principio de confianza la conducta de quien otorgue a A y a B un plano de la ciudad, pero no lo estará la de aquel que, luego de anoticiarse de que estos planean asaltar el quiosco vecino, les aconseje tener un cabal conocimiento de la zona y, en el marco de este intercambio comunicacional, les entregue un mapa. La misma diferenciación se impondría si, por un lado, alguien les dice a A y a B que el quiosco está momentáneamente cerrado, ya que el comerciante se encuentra vacacionando fuera de la ciudad y, por el otro, si, al preguntar A y B por un comercio para robar con facilidad, alguien respondiera que el ideal sería el mencionado quiosco, ya que momentáneamente éste no posee custodia¹¹³.

En la segunda de las modalidades posibles, la prestación ya se encuentra prohibida de antemano en razón de su peligrosidad intrínseca, de modo que un encuadramiento adicional resulta superfluo. Así, también integra el hecho delictivo quien, sorteando los deberes registrales impuestos por el Derecho, entrega a otro armas de fuego, sustancias radioactivas o vehículos a motor, entre otros elementos, si los mismos son luego empleados en favor de la realización de una conducta típica. En este caso, es tal el daño potencial que un trato o tráfico inadecuado con estos objetos puede causar en la sociedad, que el Estado suele, incluso, penar la mera desatención del protocolo impuesto mediante la imposición de sanciones administrativas o la imputación de tipos penales de peligro abstracto. De esta manera, en el marco de la imputación objetiva, no puede alegar una desvinculación con el hecho típico –por desconocer la intención delictiva del comprador– quien, por ejemplo, vende o traspasa un arma de fuego con la numeración alterada o suprimida. Lo mismo ocurre con la conducta de aquel que construye una camioneta a partir de las autopartes de un vehículo robado y la integra a la documentación de otro siniestrado –proceso de “doblaje”–. En estos casos, es tal el interés del Estado

¹¹¹ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., 1931, § 1 III 2 a.

¹¹² Cercano al concepto aquí empleado de “encuadramiento” y a su contenido se encuentra la “adaptación o acoplamiento al hecho que va a ser cometido” [cursiva en el original] en ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 26 s.

¹¹³ JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, pp. 96-97.

en efectuar un pormenorizado seguimiento de los instrumentos, que las mencionadas conductas ya constituyen *per se* la infracción del deber de *neminem laedere*¹¹⁴.

Va de suyo que aquí nos hemos referido únicamente a los delitos de infracción de deber general, también llamados delitos de dominio o de organización¹¹⁵. Justamente el mandato de *neminem laedere* —o, en términos hegelianos, “respeta a los demás como personas” — fundamenta esta categoría delictiva en la medida en que todo ciudadano tiene el deber de respetar los derechos fundamentales de otros ciudadanos, lo que a su vez da legitimidad a los distintos tipos penales de la parte especial. Sin embargo, ya se afirmó que esta categoría delictual no agota la relación que puede tener el sujeto de imputación con el derecho fundamental tutelado en el tipo penal. En consecuencia, puede que esta relación esté mediada ya no por el mandato general de respetar derechos fundamentales de terceros, sino por un deber de fomento de determinadas instituciones sociales —con relevancia jurídica— como la patria potestad, el matrimonio, la confianza especial o los deberes genuinamente estatales¹¹⁶.

Así, en esta categoría delictual, el especialmente obligado siempre resulta autor y no puede ser partícipe, de modo que, a diferencia de la categoría de los delitos de infracción de deber general, aquí sí se impone el concepto restrictivo de autor, aunque no basado en la proximidad causal con el resultado típico, sino en la cercanía ideal con la institución lesionada¹¹⁷. A título ejemplificativo, si en el robo perpetrado por A y B sólo A es un oficial de policía, a pesar de que ambos intervinientes afecten en igual sentido el derecho fundamental de propiedad del comerciante, sólo A lesiona —simultáneamente— la institución de los deberes genuinamente estatales, entre los que se destacan la garantía de seguridad interior en el seno de la sociedad civil, de modo que no puede existir aquí una comunidad delictiva con direccionamiento común de los aportes entre A y B, sino que mientras que A es autor de un delito de infracción de deber especial, B lo es de uno de infracción de deber general.

¹¹⁴ JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, p. 98.

¹¹⁵ Sobre esta terminología, en principio desacertada, véase ya Roberto Atilio FALCONE/Andrés FALCONE, *Derecho Público*, (5-2), 2013, pp. 168-169.

¹¹⁶ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 21, nm. 115 ss.; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, *passim*, esp. 102 ss.; EL MISMO, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, *passim*, esp. 188; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, pp. 183 ss. Crítico, destacando los límites conceptuales difusos de la “infracción de deber” y de la categoría resultante, SILVA SÁNCHEZ, «Zur Gestaltung des strafrechtlichen missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen», en ESER/HUBER (eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, 1998, p. 211. Similar GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, pp. 171 ss.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 31-34, 121 ss.

¹¹⁷ JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, § 21, nm. 116; SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 147 ss.; EL MISMO, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, *passim*, esp. 34; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, pp. 183 ss. Sobre la diferencia entre la participación en los delitos de dominio y de infracción de deber desde el prisma de la accesoriedad, conservan actualidad las reflexiones de PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, pp. 459 ss., esp. 460. Para ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 243, sin embargo, resultaría imposible la participación del *extraneus* en el delito de infracción de deber si esto no está expresamente regulado en el Código penal.

4.4. La expresión mancomunada de sentido en el marco de la imputación subjetiva y de la teoría de la pena

Ahora bien, la intervención delictiva, como todo momento de la imputación objetiva, debe tener su correlato en la imputación subjetiva, siempre en el marco de la teoría del delito. En el ejemplo original propuesto, el robo realizado por A, B, C y D, supusimos que todos los intervinientes obraban con pleno conocimiento de los hechos y del derecho. Sin embargo, esto también podría no haber sido así. Piénsese ahora que, únicamente para amedrentar al quiosquero y con expresa instrucción de no utilizar el arma de fuego, C se la proporciona al experimentado ladrón A. En caso de que, de repente, A decida emplear el arma y dar muerte al quiosquero, ¿sería también C competente por esa muerte? La solución es compleja. Por un lado, puede contarse válidamente con que un ladrón experimentado seguirá los postulados del “jefe de la banda” y no se dejará traicionar por los nervios del contexto delictivo. Por otro lado, ya se afirmó que es tal el interés que tiene el Estado en la correcta manipulación de las armas de fuego que éstas no pueden ser transferidas sin expresa autorización administrativa. Entonces, considero que la solución correcta sería la imputación a C tanto del robo como del homicidio, de modo que el primero sería atribuible a título doloso y el segundo a partir de una infracción del deber objetivo de cuidado¹¹⁸.

De este modo, se sorteja la dificultad creada por el dominio del hecho, a partir de la cual sólo la actuación dolosa posibilitaría un concepto restrictivo de autor. En este esquema se establece que nada tiene que ver una cosa con la otra, ya que el trazado de un concepto restrictivo o extensivo de autor es un problema de la imputación objetiva y se resuelve distinguiendo entre las distintas instituciones afectadas¹¹⁹. Como consecuencia de esto, debe discriminarse, por un lado, entre delitos de infracción de deber general y especial y, en el marco de aquellos, entre expresión singular –autoría única– o mancomunada de sentido –autoría plural–. Así, una vez establecido que la persona en Derecho pertenece a la comunidad delictiva habrá que distinguir, en primer término, si se trata de un delito de infracción deber general o especial y, en segundo término, si actúa a título singular o si se trata de una expresión mancomunada de sentido. En este segundo caso, el dolo no abarca únicamente la propia conducta –el conocimiento del propio aporte del interviniente– sino que debe incluir el segundo momento de la infracción del deber; esto es, que ese aporte es parte de una expresión mancomunada de sentido, en función de un direccionamiento común. Consecuentemente, este segundo momento exige no sólo el conocimiento del propio aporte y de sus circunstancias, sino también el del aporte de los demás terceros intervinientes y de sus circunstancias¹²⁰.

Con ambas distinciones se agotan las exigencias de la intervención delictiva en el marco de la teoría del delito. Sin embargo, en la expresión mancomunada de sentido en el marco de los delitos de infracción de deber general, la teoría de la pena impone la distinción *cuantitativa* de los aportes que

¹¹⁸ Similar, JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, p. 108; VAN WEEZEL, *Jakobs-LH*, t. II, 2003, p. 283; EL MISMO, *ZIS*, (8), 2009, p. 443. *In extenso* sobre ello, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 39 ss.

¹¹⁹ JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, p. 108.

¹²⁰ VAN WEEZEL, *ZIS*, (8), 2009, p. 443.

forman parte del hecho típico¹²¹. Así, si bien el facilitar un arma y el disparar contra la víctima pueden, en razón del direccionamiento común, integrar el hecho típico, evidentemente el segundo aporte requiere, para estabilizar la vigencia lesionada del Derecho, una consecuencia jurídica –pena– más gravosa. Lo mismo ocurre con hacer nacer en otro la idea criminal –instigación–. Va de suyo que indicar a otro lo conveniente de robar determinado banco y efectuar este hecho de propia mano significan, comunicativamente, dos actitudes de rebeldía de distinta magnitud frente al ordenamiento jurídico. Sin embargo, puede ocurrir que, bajo determinadas circunstancias, el operador jurídico deba apartarse del principio general y equiparar el injusto de la creación en un tercero, de la idea criminal con el de la ejecución de propia mano del tipo penal. Ejemplo de estos casos es la contratación de sicarios que se encuentran de antemano resueltos al hecho¹²².

Este modo de trabajo a partir de constelaciones de casos¹²³, impone que aquella premisa ineludible del dominio del hecho que afirma que únicamente la actuación en el estadio de ejecución puede fundamentar autoría, no sería aplicable en todos los supuestos. Así, en los casos llamados de dominio de la organización, en los de criminalidad empresarial –si ésta no se incluye ya en aquella categoría– y en los denominados de “jefe de la banda”, por señalar sólo ejemplos, incluso puede ocurrir que la mayor responsabilidad dentro de la comunidad delictiva exista justamente allí donde más alejado se esté de la instancia de ejecución –que quedará reservada para personas en Derecho, resueltas de antemano al hecho y, en ocasiones, fácilmente sustituibles– y más cerca se halle, el interviniente, de la cúspide en la organización jerárquica¹²⁴.

5. Bibliografía

BAUMANN (1963), «Beihilfe bei eigenhändiger voller Tatbestandserfüllung», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 561 ss.

BINDING (1907), *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, 7ª ed., Engelmann, Lipsia.

BLOY (1985), *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín.

BOCKELMANN (1957), *Strafrechtliche Untersuchungen*, Schwartz, Gotinga.

¹²¹ JAKOBS, en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, 2004, pp. 103 ss.; LESCH, *ADPCP*, (XLVIII), 1995, p. 942; CARO JOHN, *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, 2014, p. 178. En la medida en que el legislador penal argentino, en arts. 45, 46 CPArg, establece los distintos marcos penales que se corresponden con las distintas formas de intervención delictiva, resulta válido desatender a una distinción cualitativa entre autores y partícipes en el marco de los delitos de infracción de deber general. De forma contraria, y hasta que no se establezca aquí un criterio válido de distinción –que, como se comprobó, no puede basarse en el principio de ejecución– seguirá teniendo validez la reflexión de HEIMBERGER («Bericht über die Behandlung der Teilnahme am Verbrechen», en *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, t. II, 1904, p. 538): “el legislador no puede obligarme a distinguir donde me falta la capacidad para hacerlo”.

¹²² Así, con detenimiento en el caso Bravo, SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 158 ss.

¹²³ Similar VAN WEEZEL, *ZIS*, (8), 2009, p. 441, esp. nota 49. También ROBLES PLANAS, *InDret*, (2), 2012, pp. 7 s.

¹²⁴ Sobre esto ya *supra* 3.

- BOCKELMANN/VOLK (1987), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Beck, Múnich.
- CANCIO MELIÁ (2004), *Líneas básicas de la teoría de imputación objetiva*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza.
- CARO JOHN, (2014), *Manual teórico-práctico de la teoría del delito*, Ara, Lima.
- (2007), *Das erlaubte Kausieren verbotener Taten*, Nomos, Baden Baden y otras.
- (2003), *La imputación objetiva en la participación delictiva*, Grijley, Lima.
- CRAMER (1979), «Gedanken zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme», en Arthur KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70 Geburtstag am 7. Dezember, 1978*, Beck, Múnich, pp. 389 ss.
- CRAMER/HEINE (2006), *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 27ª ed., Beck, Múnich.
- DENCKER (1996), *Kausalität und Gesamttat*, Duncker & Humblot, Berlín.
- DERKSEN (1993), «Heimliche Unterstützung fremder Tatbegehung als Mittäterschaft», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 163 ss.
- DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO (1991), *La autoría en Derecho Penal*, PPU, Barcelona.
- DREHER/TRÖNDLE (1993), *Strafgesetzbuch und Negengesetze*, 46ª ed., Beck, Múnich.
- Roberto Atilio FALCONE/Andrés FALCONE (2013), «Elevada disposición al hecho e infracción de deberes especiales en el marco del terrorismo de Estado argentino», *Derecho Público*, (5-2), pp. 141 ss.
- Andrés FALCONE (2016), «El concepto normativo de conducta jurídico-penal», en SCHROEDER/ECKSTEIN/FALCONE (eds.), *Delitos de posesión o tenencia*, Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 269 ss.
- (2015), «El autor detrás del autor en el Derecho Penal empresarial», *Revista de Derecho Penal. Derecho Penal económico. Delitos contra el orden económico y financiero*, (1), pp. 9 ss.
- FRANK (1931), *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed., Mohr, Tubinga.
- FREUND (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer, Berlín y otras.
- GALLAS (1957), «Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Sonderheft)*, (69), pp. 3 ss.
- GARCÍA DEL BLANCO (2006), *La coautoría en derecho penal*, Tirant lo Banch, Valencia.

GÓMEZ MARTÍN (2006), *Los delitos especiales*, Edisofer, Madrid.

GÖSSEL (1985), «Sukzessive Mittäterschaft und Täterschaftstheorien», en VOGLER *et al.* (eds.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín.

GRACIA MARTÍN (1995), «La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho penal español», en ARROYO ZAPATERO (ed.), *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedermann*, BOE, Madrid, pp. 81 ss.

HAAS (2008), *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, Duncker & Humblot, Berlín.

————— (2007), «Kritik der Tatherrschaftslehre», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (119), pp. 519 ss.

HÄLSCHNER (1868), *Das Preußische Strafrecht. System des Preußischen Strafrechts*, Marcus, Bonn.

HEGEL (1821), *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Nicolai'schen Buchhandlung, Berlín.

HEIMBERGER (1904), «Bericht über die Behandlung der Teilnahme am Verbrechen», en *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, t. II, Guttentag, Berlín, pp. 534 ss.

HERZBERG (1977), *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, Beck, Múnich.

————— (1974), «Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme», *Juristische Schulung*, pp. 237 ss., 374 ss., 574 ss., 719 ss. (continúa en *Juristische Schulung*, 1975, pp. 35 ss., 171 ss., 575 ss., 647 ss., y *Juristische Schulung*, 1976, pp. 40 ss.).

HOYER (2016), «§ 25», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, t. I, 9ª ed., Heymann, Colonia.

H. JÄGER (1962), «Betrachtungen zum Einmann-Prozeß», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, p. 73 ss.

JAKOBS (2014), *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tubinga.

————— (2004), «El ocaso del dominio del hecho», en CANCIO MELIÁ/JAKOBS, *Conferencias sobre temas penales*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.

————— (2002), «Strafbarkeit juristischer Personen?», en PRITTWITZ (ed.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Nomos, Baden Baden.

————— (1997), *Estudios de Derecho Penal*, Civitas, Madrid.

————— (1996), «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 253 ss.

————— (1996), *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 2ª ed., Schöningh Paderborn, Düsseldorf.

————— (1996), *La imputación objetiva en Derecho penal*, Civitas, Madrid.

————— (1993), *Das Schuldprinzip*, Westdt., Opladen.

————— (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., de Gruyter, Berlín.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

KINDHÄUSER (2015), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Nomos, Baden Baden.

————— (2009), «Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho» (trad. Mañalich), texto inédito distribuido por el Taller de Ciencias Penales con ocasión del seminario realizado en la Universidad Nacional de San Marcos la Mayor del 23 al 25 de septiembre de 2009.

————— (2001), «Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft», en BOHNERT (ed.), *Verfassung - Philosophie - Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 627 ss.

KÖHLER (1997), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín

KÜHL (2008), *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 6ª ed. (citada también la 2ª ed., de 1997), Vahlen, Múnich.

KÜPER, (1981), «Zur Problematik der sukzessiven Mittäterschaft», *JuristenZeitung*, pp. 568 ss.

————— (1979), «Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten», *JuristenZeitung*, pp. 775 ss.

LESCH (1995), «Intervención delictiva e imputación objetiva», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (XLVIII), pp. 911 ss.

LÜDERSEN (1995), «Der Typus der Teilnahme», en KÜHNE (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa dem Wegbereiter des japanisch-deutschen Strafrechtsdiskurses*, Nomos, Baden Baden, pp. 449 ss.

————— (1967), *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden Baden.

MAURACH (1958), *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil. Ein Lehrbuch*, 2ª ed., Müller, Karlsruhe.

- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (1989), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. II, 7ª ed., Müller, Heidelberg.
- MEYER (1979), «Tatbegriff und Teilnehmerdelikt», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 252 ss.
- MIR PUIG (2016), *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., B de F, Montevideo/Buenos Aires.
- NIESE (1952), «Bemerkungen zum BGHSt. 2, 344 ss.», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 1146 ss.
- PEÑARANDA RAMOS (1990), *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Tecnos, Madrid.
- POLAINO-ORTS (2014), *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal*, CESCIJUC, México D. F.
- PUPPE (2013), «Die Architektur der Beteiligungsformen», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 514 ss.
- (1991), «Wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 571 ss.
- ROBLES PLANAS, (2012), «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, (2).
- (2007), *Garantes y cómplices. La intervención por omisión en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.
- (2003), *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.
- ROTSCH (2009), „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normative-funktionalen Straftatlehre, Mohr Siebeck, Tubinga.
- ROXIN (2015), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., de Gruyter, Berlín.
- (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I (Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre), 4ª ed., Beck, Múnich.
- (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II (Besondere Erscheinungsformen der Straftat), Beck, Múnich.
- (1993), «§ 25», en BURKHARD (ed.), *Leipziger Kommentar*, 11ª ed., de Gruyter, Berlín.
- (1963), «Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 193 ss.

RUDOLPHI (1979), «Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft», en Arthur KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70 Geburtstag am 7. Dezember*, Beck, München, pp. 369 ss.

SÁNCHEZ-VERA (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.

————— (1999), *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Duncker & Humblot, Berlín.

SANCINETTI (2001), *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., Ad hoc, Buenos Aires.

————— (1991), *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires.

SCHMIDHÄUSER (1975), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Mohr (Paul Siebeck), Tubinga.

SCHROEDER (1965), *Der Täter hinter dem Täter. Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlín.

SEELMANN (1980), «Mittäterschaft im Strafrecht», *Juristische Schulung*, pp. 571 ss.

————— (1998) «Zur Gestaltung des strafrechtlichen missbilligten Risikos beim Zusammenwirken mehrerer Personen» en ESER/HUBER (eds.), *Einzelverantwortung und Mitverantwortung im Strafrecht*, Iuscrim, Freiburg, pp. 205 ss.

STEIN (1988), *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlín.

STRATENWERTH/KUHLEN (2011), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Heymann, München.

VEHLING (1991), *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Lang, Fráncfort del Meno.

VON WEBER (1935), *Zum Aufbau des Strafrechtssystems*, Biedermann, Jena.

VAN WEEZEL (2009), «Intervención delictiva y garantismo penal. A la memoria de Juan Bustos Ramírez», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (8), pp. 432 ss.

————— (2003), «Coautoría en delitos de organización», en MONTEALEGRE LYNETT (ed.), *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal*, t. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 277 ss.

WELZEL (1969), *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11ª ed., de Gruyter, Berlín.

————— (1939), «Studien zum System des Strafrechts», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (58), pp. 491 ss.