

UNIVERSIDAD DE BELGRANO
ESCUELA DE POSGRADO EN DERECHO
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL

Director de la Carrera

Prof. Dr. José Angel Marinaro

Coordinador Académico

Prof. Dr. Sandro F. Abraldes

Tema de la tesina

**LOS REDUCIDOS LÍMITES DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD LIMITADA
EN SU RELACIÓN CON LA INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA, Y EL
TRANSITO HACIA UNA ACCESORIEDAD RESPONSABLE DENTRO DEL
MARCO DEL PARADIGMA METODOLÓGICO DE LA TEORÍA DE LA
ATRIBUIBILIDAD**

Tesista

Claudio O. Bonari

Matricula 758

Marzo de 2015

San Salvador de Jujuy, 23 de Marzo de 2015.

**Al Señor Director
de la Especialización en Derecho Penal
de la Universidad de Belgrano
Dr. José Angel Marinaro
Su Despacho**

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, en mi carácter de alumno de la carrera de posgrado: Especialización en Derecho Penal, dictada por esa Alta Casa de estudios, a fin de elevar el informe final de investigación (informe de tesina) titulado: ***LOS REDUCIDOS LÍMITES DEL PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD LIMITADA EN SU RELACIÓN CON LA INEXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA, Y EL TRÁNSITO HACIA UNA ACCESORIEDAD RESPONSABLE DENTRO DEL MARCO DEL PARADIGMA METODOLÓGICO DE LA TEORÍA DE LA ATRIBUIBILIDAD.***

Sin otro particular, saludo al Sr. Director muy atentamente.

**Claudio Osmar Bonari
D.N.I. N° 28.476.937
Matrícula U.B. N° 758**

USO OFICIAL

1. CUMPLIMIENTO DE LAS PAUTAS DE PRESENTACIÓN DE TESINA, SEGÚN REGLAMENTACIÓN DE LA ESCUELA DE POSGRADO EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BELGRANO

I. Cantidad de ejemplares

1. Tres ejemplares de la tesina,
2. Una versión en CD, con apellido, nombre y Nro. de matrícula.
3. Nota del profesor tutor del trabajo (si lo hubiera) indicando que el mismo se encuentra en condiciones de ser elevado ante el tribunal de defensa, indicando nombre de la tesina y datos del alumno.

II. Pautas para la confección de la tesina:

1. Contenido de la carátula:
 2. Título de la tesina
 3. Apellido y nombres del tutor del trabajo
 4. Apellido y nombres del alumno, carrera y número de matrícula
- Firma del alumno

III. Indicaciones formales

1. Los ejemplares deben estar anillados o encuadernados con tapas
2. Tamaño del papel: A4 210mm x 297mm
3. Márgenes: 3cm en los cuatro lados
4. Tipografía:
 - 4.1. Texto: Arial 10
 - 4.2. Títulos y secciones: Arial 14
 - 4.3. Subtítulos: Arial 10 Negrita
 - 4.4. Interlineado: 1,5 Líneas
5. Extensión mínima del trabajo: 30 páginas
6. Las páginas deben estar numeradas

IV. Indicaciones para la presentación del CD.

1. La versión digital debe presentarse en archivos MS Word o compatibles
2. Los gráficos y las tablas deben estar incluidos.

ÍNDICE

Pág.

Agradecimientos.....	9
Abstract.....	11

Introducción

1. Justificación del tema a investigar.....	13
2. Diseño de la investigación.....	14
2.1. Formulación del problema.....	14
2.1.1. Pregunta principal.....	14
2.1.2. Preguntas secundarias.....	15
2.2. Hipótesis sustantiva.....	16
2.3. Objetivos de la investigación.....	16
2.3.1. Objetivos generales.....	16
2.3.2. Objetivos específicos.....	17
2.4. Marco teórico.....	18
2.4.1. Enfoque conceptual de la tesina.....	18
2.5. El método de la investigación.....	19
2.6. Recorrido metodológico.....	20
2.7. Técnica de recolección de datos. Fuentes de información.....	21

Capítulo I

Conceptos estructurantes

1. Finalidad.....	23
2. El concepto de delito.....	23
3. El iter criminis.....	23

4. La participación criminal.....	25
4.1. Aclaraciones previas.....	25
4.2. El concepto de autor.....	25
4.2.1. El concepto de autor en la teoría final –objetiva (Dominio del hecho).....	26
4.3. La participación criminal. El fundamento de la punición.....	28
4.4. La accesoriedad de la participación.....	29
4.5. De la accesoriedad de la participación y sus efectos en el proceso penal.....	31
4.5.1. El Proceso penal.....	31
4.5.2. La clausura de la instrucción.....	32
4.5.3. Debido proceso.....	33
4.5.3. El concepto de imputado.....	33
4.5.4. El hecho delictuoso.....	34
4.5.5. El proceso penal como proceso investigativo.....	35
4.5.6. De los efectos de la accesoriedad limitada en el proceso penal.....	36

Capítulo II

La atribuibilidad

1. El sistema del Código Penal argentino.....	39
2. Concepto de culpabilidad.....	39
2.1. Sobre la evolución histórica de la culpabilidad.....	40
3. La teoría de la atribuibilidad de Maurach.....	42

Capítulo III

Estado del arte

1. Concepto.....	45
2. Corrientes doctrinarias.....	45
2.1. Criterios que abonan la teoría de la responsabilidad por el hecho.....	46
2.1.1. La postura de Maurach.....	46
2.1.2. Criterio de Bacigalupo.....	46
2.1.3. Opinión de Donna.....	47

2.1.4. La postura de Nardiello.....	48
2.2. Crítica a la teoría de la responsabilidad por el hecho.....	48
2.3. Criterios relevantes que abonan la teoría de la culpabilidad.....	49
2.3.1. Posición de Cerezo Mir.....	49
2.3.2. El pensamiento de Welzel.....	49
2.3.3. Criterio de Roxin.....	50
2.3.4. Opinión de Jiménez de Asúa.....	50
2.3.5. Opinión de Zaffaroni.....	51
2.3.6. Fundamentos de Jakobs.....	51
2.4. Mi postura.....	52

Capítulo IV

Proceso de contrastación empírica

1. Finalidad y orden de la presentación de los resultados.....	55
2. La ubicación sistemática de la responsabilidad por el hecho.....	55
3. Sobre la ampliación de los efectos excluyentes al partícipe.....	57
4. De la no proyección de los efectos excluyentes al partícipe.....	57
5. Otras consideraciones secundarias.....	58
Conclusiones.....	59
Bibliografía.....	63

AGRADECIMIENTOS

Al iniciar esta ardua tarea en el terreno de la investigación científica he atravesado momentos de crisis, incertidumbre, estrés, insomnio, angustia, y hasta creo haber llegado a padecer los síntomas de la llamada *neurosis del tesista*.

Sin embargo, gracias al apoyo de aquellas personas que supieron acompañarme en este cruento desafío, brindándome afecto y contención, he podido sortear los difíciles obstáculos que se presentaron.

Por esta razón, debo agradecer principalmente al cuerpo de Profesores de la carrera de posgrado: *Especialización en Derecho Penal de la Universidad de Belgrano*, pues sin sus inestimables enseñanzas no hubiese podido encontrar, en modo alguno, el camino de esta tesina.

En particular, su vasta cultura académica, su vocación docente y su generosidad intelectual se reflejan en las páginas de esta obra y han sido determinantes para su desarrollo y culminación.

Por otro lado, agradezco a mis padres y hermanos por haberme alentado y apoyado en esta solitaria vocación por el estudio de la ciencia del derecho penal, por haber comprendido mis largas ausencias, por morigerar mis tristezas, celebrar mis logros y compartir mis alegrías.

Finalmente, he de agradecer a todos aquellos que, de alguna manera, enriquecieron mi pensamiento y contribuyeron al desarrollo de este informe de investigación, aún sin saberlo.

A todos ellos, muchas gracias.

ABSTRACT

La presente investigación se inició con el propósito de brindar una solución al problema de los difusos y reducidos límites del principio de accesoriedad limitada en su relación con la imprecisa ubicación sistemática de la situación de responsabilidad por el hecho del autor y la proyección de los efectos excluyentes al partícipe.

En este sentido, se buscó comprobar que la aplicación dogmática y rigurosa del principio de accesoriedad limitada se traduce en soluciones injustas y metodológicamente inadecuadas, en la creación de inseguridad jurídica, falta de uniformidad doctrinaria y jurisprudencial y afectación del principio de igualdad.

Por ello se plantearon hipótesis sustantivas, mediante las cuales, en primer lugar, se afirmó que el principio de accesoriedad limitada no se ajusta a la realidad jurídica actual, en cuanto impide la ampliación al partícipe de los efectos excluyentes que benefician al autor del hecho principal, que se halla en una situación de inexigibilidad de otra conducta conforme a la norma.

En segundo lugar, se aseveró que el análisis de los supuestos de inexigibilidad de otra conducta ha ubicarse en un estadio previo a la culpabilidad es decir, entre las categorías de antijuridicidad y la culpabilidad, dentro de la teoría del hecho punible, siguiendo el criterio de la atribuibilidad de Maurach.

Más adelante se sentaron los conceptos estructurantes que guiaron esta investigación y, además, se puso de manifiesto el estado actual de la cuestión en la doctrina argentina y en el derecho comparado - continental europeo (sistema germano - español). Seguidamente, se procedió a la construcción de una muestra intencional, comprensiva de una parte del universo investigado, pero suficientemente representativa de la totalidad.

Así pues, se realizó la observación directa de las variables empíricas que se desprenden de las unidades de análisis, a fin de reducir la totalidad aspectiva a la unidad de sentido e identificar una pauta que diera cuenta de la ubicación sistemática de la responsabilidad por el hecho en la construcción delictiva.

Entretanto, se realizó el contraste de las hipótesis sustantivas en la realidad y, de ese modo, se procedió a la validación empírica de esas mismas hipótesis, como así también a la validación conceptual del marco teórico, finalizando con la exposición de las conclusiones del trabajo.

De esta manera, se abrió la posibilidad de uniformar criterios dogmáticos y jurisprudenciales, sobre la base del modelo de *la atribuibilidad de Maurach*, dando lugar al

tránsito progresivo hacia una nueva *accesoriedad responsable*, a partir de un estudio que ha revelado la necesidad de la instauración de un sistema que contemple la realidad jurídica y social actual, con el propósito arribar a soluciones más justas, flexibles y metodológicamente adecuadas.

Así que concluyó que es necesario impulsar una reforma legislativa integral del sistema del Código Penal argentino que delimite, con precisión, la ubicación sistemática de la responsabilidad por el hecho dentro de la estructura de la teoría del delito y los alcances de la accesoriedad de la participación.

INTRODUCCIÓN

1. Justificación del tema a investigar

Dentro del sistema penal argentino rige el principio fundamental de *accesoriedad limitada*, que deriva del art. 48 del Código penal y que es utilizado a modo de herramienta para extender la punibilidad al *hecho del partícipe* que ha intervenido en la causación de un injusto doloso ajeno.

Desde esta perspectiva, se observa que la participación criminal en sentido estricto (comprensiva de complicidad e instigación) es accesoria del hecho del autor y depende de éste hasta cierto punto, pues basta que la conducta del autor sea antijurídica¹.

En otros términos, para atribuir responsabilidad penal al partícipe, en primer lugar es necesario que la conducta (dolosa) del autor sea penalmente relevante, esto es: que configure una acción típica y antijurídica, con prescindencia de su imputación personal, toda vez que se sostiene que “la participación es participación en lo injusto cometido por el autor y no en la culpabilidad”².

Además de esto, se exige que el hecho principal haya tenido comienzo de ejecución y quedado, al menos, en grado de tentativa. En caso contrario, la participación es impune.

Hasta aquí la accesoriedad de la participación no genera inconvenientes. Sin embargo, desde el punto de vista de la *teoría de la atribuibilidad* de Maurach, la cuestión dista de ser pacífica cuando se está frente a un supuesto de *ausencia de responsabilidad por el hecho principal* del autor, como consecuencia de la inexigibilidad de otra conducta adecuada a la norma, conforme a los parámetros sociales.

En estos casos, que se dan comúnmente en la práctica, corresponde preguntarse si el hecho del partícipe es punible o, por el contrario, si al él se han de proyectar las consecuencias de la situación motivacional anormal que libera de responsabilidad al autor, teniendo en cuenta que dicha etapa de construcción delictiva rebasa los límites del injusto.

A mayor abundamiento, es de destacar que las posturas sobre el tema, realizadas hasta el presente, han brindado soluciones insuficientes, dejando al descubierto otros inconvenientes que han fomentado nuevas discusiones doctrinarias.

Con todo, se observa que el tratamiento de la cuestión reviste suma importancia en cuanto se refiere a la suerte que ha de correr la participación criminal (en sentido estricto)

¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8° ed, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2008, p. 403.

² CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2008, p. 949.

frente a un hecho principal que no es reprochable a su autor, por no haber podido motivarse éste en la norma violada.

Por esta razón, y con el propósito de procurar erradicar el problema planteado, se intentará demostrar que en aquellos casos extraordinarios de disminución de la motivación por el influjo de estímulos externos, el *principio de accesoriedad limitada* no satisface las necesidades dogmáticas actuales y, por ende, su rigurosa aplicación puede conducir a soluciones injustas.

Así las cosas, a continuación se exponen, brevemente, el diseño del proceso de investigación (escala micro), se explicita el método adoptado, el recorrido metodológico realizado y la técnica de recolección de datos utilizada.

Seguidamente, se establecen los conceptos estructurantes, se hace referencia al *estado del arte* en la doctrina (investigaciones realizadas sobre el tema en estudio) y se explicita la postura aquí adoptada. Por último, se realiza la validación empírica de las hipótesis sustantivas y la validación conceptual del marco teórico, para finalizar con las conclusiones.

2. Diseño de la investigación

Ante todo, se brinda la información central sobre el diseño de la investigación, en cuanto estrategia metodológica para la resolución del problema planteado (función del proceso de investigación en escala micro).

Por ello, bajo el presente apartado se exponen los problemas de la investigación, la hipótesis sustantiva, los propósitos y objetivos perseguidos, y el marco de referencia teórico. Veamos:

2.1. Formulación del Problema

Para comenzar, surgen algunos interrogantes que explicitan los elementos relevantes del problema y las condiciones en que podrán ser solucionados, y serán analizadas a continuación.

2.1.1. Pregunta principal

Conviene recordar que un hecho delictuoso puede ser cometido por una sola persona o, bien, con pluralidad de sujetos intervinientes, en función de distintos grados de responsabilidad.

En este último caso se produce la ampliación de la imputación delictiva a todos los protagonistas del suceso, en virtud de lo normado por los artículos 45 a 49 del Código Penal argentino (concepto de referencia).

No obstante ello, ha de tenerse en cuenta que la culpabilidad responde a un juicio de reproche individual, que no se traslada a los demás consortes de causa, como consecuencia de la aplicación del principio de accesoriedad limitada.

Por lo tanto, y siguiendo la teoría de la atribuidad de Maurach, en caso de hallarse el autor del hecho principal inmerso en un supuesto de inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho, cuya etapa de la construcción delictiva supera los límites de lo injusto (pero sin ingresar en el análisis de la culpabilidad), es necesario de formularse la siguiente pregunta:

¿Corresponde proyectar al partícipe los efectos excluyentes de la situación motivacional anormal que libera al autor de responsabilidad por el hecho principal?

2.1.2. Preguntas secundarias

Es de destacar que si el autor del hecho principal se encuentra afectado por perturbaciones de tamaño intensidad que afectan su libertad de decisión, ya no se espera de él que oriente su proceder motivado en la norma.

Así pues, y habida cuenta que el partícipe ha realizado un aporte en la causación del injusto doloso ajeno y que, por ende, persigue la producción del resultado del hecho del autor, es necesario plantearse el siguiente interrogante:

¿El partícipe ha de hallarse, también, alcanzado por la situación motivacional anormal para que pueda beneficiarse con la exclusión de responsabilidad penal?

En otro orden de cosas, en caso de no hallarse el partícipe influenciado por factores externos, y habida cuenta de la característica de accesoriedad y, por ende, de la falta de autonomía típica de la participación criminal *stricto sensu*, surge la siguiente pregunta:

¿Es suficiente que la conducta del partícipe revele solidaridad social con relación al hecho del autor, a fin de que opere la disminución de la ilicitud a su respecto?

Finalmente, vale recordar que la doctrina tradicional sitúa el análisis de la cuestión dentro de la culpabilidad. Desde esta perspectiva, y al ser la *culpabilidad* un juicio de reproche individual (siguiendo la concepción dominante), se advierte que no es metodológicamente posible trasladar al partícipe los efectos excluyentes que liberan de responsabilidad al autor. Entonces, corresponde preguntarse:

¿Es necesario retraer el análisis estratificado de los supuestos de inexigibilidad de otra conducta conforme a la norma y ubicarlo en un nivel previo a la *culpabilidad*?

¿El principio de accesoriedad limitada es insuficiente en cuanto a su alcance y efectos?

Pues bien, los interrogantes planteados dejan al descubierto cuestiones que no han sido aún resueltas dentro del campo del objeto de estudio. Por ello, se advierte que la búsqueda de una solución a los problemas identificados reviste suma importancia, toda vez que, de lo contrario, persistirá la inseguridad jurídica, la diversidad de interpretaciones dogmáticas, la falta de uniformidad y las situaciones injustas, con serias consecuencias jurídicas desfavorables.

2.2. Hipótesis Sustantivas

La ausencia de responsabilidad por el hecho principal del autor ha de proyectar sus efectos excluyentes al comportamiento del partícipe que, revelando solidaridad social, ha intervenido en la causación del injusto doloso ajeno.

En consecuencia, corresponde retraer la ubicación sistemática de la responsabilidad por el hecho y ubicarla en un estadio previo a la culpabilidad, toda vez que el análisis de las causas de inexigibilidad de otra conducta acorde a la norma no implica un juicio de reproche individual, sino que se basa en parámetros generales de valoración

Al mismo tiempo, resulta procedente ampliar los reducidos límites del principio de accesoriedad limitada para dar inicio al tránsito hacia una *accesoriedad responsable* - sin que la punibilidad del partícipe dependa de la culpabilidad del autor -, con el propósito de arribar a soluciones más justas y adecuadas a la realidad y a las necesidades dogmáticas actuales, en cumplimiento con el orden metodológico de la *teoría de la atribuidad*.

2.3. Objetivos de la investigación

2.3.1. Objetivo general

Esta investigación plantea el siguiente objetivo general:

a) Demostrar que el principio de accesoriedad limitada no satisface las necesidades dogmáticas actuales y que, por esa razón, merece ser revisado en cuanto a su reducido alcance y contenido.

En efecto, se advierte que el mentado principio de accesoriedad limitada ha de ser dejado de lado para ir más allá de los límites del injusto (acción típica y antijurídica), y, en consecuencia, abarcar las situaciones de responsabilidad por el hecho - de naturaleza accesoria -, pero sin hacer depender la punibilidad del partícipe de la culpabilidad del autor, pues ello responde a un juicio de reproche personal e individual.

De este modo, se logrará cumplir, cabalmente, con el fin perseguido por la accesoriedad de la participación, pues, precisamente, el partícipe no comete ningún delito autónomo ni independiente del que realiza el autor. En consecuencia, resulta incongruente la punibilidad del partícipe frente a la ausencia de responsabilidad por el hecho principal del autor, toda vez que la exclusión de la responsabilidad de éste se basa en elementos que no son personalísimos y que, por ende, su análisis no debe ser ubicado a nivel de culpabilidad, sino en un estadio previo.

Dicho de otro modo, si la punibilidad del accionar del partícipe depende de que el hecho del autor constituya un injusto, a *contrario sensu* la impunidad que beneficia al autor que se encuentra bajo una situación motivacional anormal ha de extenderse, también, al partícipe. Y esto ha de ser así, pues, en todos los casos, la participación es accesoria y debe seguir la suerte del hecho principal del autor, sin que esto implique su dependencia de la culpabilidad (accesoriedad extrema).

Por lo tanto, si se subordina la punibilidad del partícipe a la responsabilidad por el hecho del autor, recién el concepto de referencia (que liga el comportamiento del partícipe con el accionar del autor), cobrará plena vigencia.

Lo contrario implicaría volcar las reglas de la participación y desvirtuar los postulados de las teorías diferenciadoras entre autoría y participación, al dotar de pretendida autonomía a ésta, trastocando las bases mismas de la teoría del delito.

b) Comprobar que el concepto de culpabilidad concebido por la doctrina dominante ha perdido virtualidad.

Ciertamente, se observa que la posición tradicional incorpora a la *exigibilidad* como presupuesto de la culpabilidad, cuando, en realidad, aquélla debería hallarse en un peldaño previo, el cual, una vez superado, habilite el juicio de reproche individual, ello visto de la óptica de la teoría de la atribuibilidad, marco teórico de esta investigación.

2.3.2. Objetivos específicos

Asimismo, se han fijado los siguientes objetivos específicos que se pretenden lograr con la investigación:

a) Confirmar que al retraer la responsabilidad por el hecho y, al mismo tiempo, extender los límites del principio de accesoriedad, se podrá arribar a soluciones más justas y metodológicamente adecuadas con relación a la suerte de la participación.

b) Señalar cuáles son las consecuencias jurídicas desfavorables que acarrea la punibilidad de la conducta accesoria del partícipe, no obstante resultar impune el hecho principal del autor que se encuentra bajo el influjo de una motivación anormal.

c) Determinar que han de proyectarse al partícipe que revela solidaridad los efectos excluyentes de la falta de responsabilidad por el hecho del autor que se halla en una situación de inexigibilidad de otra conducta.

d) Precisar si es procedente una revisión y/o reestructuración dogmática - de las categorías que conforman la teoría del delito.

2.4. Marco Teórico

2.4.1. Enfoque conceptual de la tesina

El marco teórico *tiene por objetivo “exponer de manera sistemática las definiciones conceptuales y las proposiciones directamente implicadas en la comprensión del problema y de la hipótesis sustantiva...”*³. Por esta razón, a continuación se explicitan los aportes conceptuales en que se apoya esta investigación.

Así pues, la base para construir la estructura lógica de esta tesina radica en los postulados de la *teoría de la responsabilidad por el hecho* de Maurach, ello con el objeto de validar las hipótesis sustantivas formuladas precedentemente.

En este sentido, la doctrina de la *responsabilidad por el hecho*, concebida como categoría sistemática propia y adicional dentro de la teoría del delito, se encuentra situada entre la antijuridicidad y la culpabilidad, y reconoce causas específicas de exclusión⁴.

Siguiendo esta tesitura, se sostiene que - especialmente en el estado de necesidad exculpante - no interesa si el autor se ha dejado determinar por la situación de necesidad concurrente, pues ello se presume de manera generalizante de acuerdo a los parámetros medios de la sociedad⁵. Es decir, no se exculpa al sujeto individual sino que se exime de responsabilidad a cualquiera que se encuentre una determinada situación de motivación anormal⁶.

³ **SAMAJA**, Juan Alfonso, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, 3° ed., 4° reimp., Eudeba, Buenos Aires, 2004, p. 247.

⁴ **ROXIN**, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Thomson - Civitas, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Gracia Conlledo y Javier Vicente Remesal, Madrid, 2008, t° 1, p. 816.

⁵ **STRATENWERTH**, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4° ed., 1° reimp, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 275.

⁶ **ROXIN**, Claus, *ibidem*, p. 816.

3. El método de la investigación

El método de investigación científico es teórico en su origen y en su fin, y su punto de partida es, en general, “una teoría o conjunto racional y sistemático de ideas sobre la realidad de que se trate”⁷. Además, debe tenerse presente que el proceso de investigación científica es espiralado, es decir, no es lineal ni pre-establecido de antemano.⁸

Por ello, el método adoptado debe envolver espiralmente el objeto de estudio a medida que avanzan las acciones desarrolladas por el investigador en miras a la validación del nuevo conocimiento.

Hecha las salvedades precedentes, cabe reiterar que en este estudio se partió de los principios y modos de proceder de la teoría de la responsabilidad por el hecho de Maurach, en cuyo marco teórico se encuentran las bases conceptuales de la presente investigación.

Así, se construyó un Objeto – Modelo (mediador entre el desarrollo de reglas de teoría y de patrones de observación) con el fin de obtener el conocimiento científico como combinación entre componentes teóricos y empíricos y, de esa forma, culminar en explicación científica, todo ello a través de los modos del método: descubrimiento y validación.

Entonces, el método adoptado, a modo de procedimiento, está constituido por las instancias de validación, fases y momentos que forman su contenido, y por las técnicas operativas para la realización de aquéllas⁹.

Este proceder científico está dado en el ámbito de las ciencias sociales por el método de la dogmática crítica. Con ello se quiere decir que debe someterse, constantemente, a crítica o examen y juicio todas las fases operacionales y resultados o, lo que es lo mismo, a contraste y verificación.

Vale decir que cuando hablamos de dogmática nos referimos a la interpretación científica de la ley penal positiva. Es decir, el término “dogmática” se deriva de la palabra dogma, y esto significa que los preceptos jurídico - penales del derecho positivo vigente operan como un dogma para el intérprete, a los cuales debe atenderse¹⁰.

Entonces, “La dogmática jurídica es un conjunto de enunciados de los juristas referentes a las normas jurídicas y jurisprudencia que forman un todo coherente en el marco de la ciencia del derecho que funciona institucionalmente”¹¹.

⁷ **SIERRA BRAVO, H.**, *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*, Thomson, 5° Ed., Madrid, 2007, p. 31.

⁸ **SAMAJA**, Juan Alfonso, op cit., pp. 214-215.

⁹ **SAMAJA**, Juan Alfonso, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, 3° ed., 4° reimp., Eudeba, Buenos Aires, 2004, pp. 208-212.

¹⁰ **CEREZO MIR**, José, *Derecho penal, parte general*, IB de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p.61.

¹¹ **GASCÓN ABELLAN**, Marina y **GARCÍA FIGUEROA**, Alfonso, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores S.R.L. Lima, 2003, p. 203.

Pero lo antedicho no implica, en modo alguno, la reducción a la pura reflexión lógica (método de la reflexión), sino que, por el contrario, la misión de la dogmática crítica apunta a la contrastación empírica del sentido atribuido a los preceptos jurídicos (hipótesis o conjeturas) con la realidad jurídica práctica de nuestro tiempo.

Cabe aclarar que dicho método interpretativo tiene lugar sobre la base de las distintas concepciones dominantes en la materia y que guardan consistencia constitucional.

Por ello, en la presente investigación se partió del análisis crítico de las insuficientes teorías doctrinarias que pretenden resolver el problema en cuestión y que han sido acogidas por la doctrina dominante y jurisprudencia con la consecuente creación de disparidad e inseguridad jurídica.

Entonces, se ha puesto especial énfasis en las imperfecciones de los postulados de aquella teorías y se procedió a sentar la hipótesis sustantiva para resolver el problema formulado y a su contrastación empírica con la realidad jurídica revelada, que constituyen la muestra representativa del universo de estudio.

Para ello se ha adoptado un criterio interpretativo metodológico que pretende descubrir aquel sentido de los preceptos jurídicos en juego que más se corresponda con la misión de la teoría de la responsabilidad por el hecho en la vida jurídica práctica, a fin de procurar validar la hipótesis sustantiva y la creación de conocimiento con pretensión de cientificidad.

4. Recorrido metodológico

En cuanto al recorrido metodológico, es decir, en cuanto a las acciones de investigación a seguir en la búsqueda de solución o respuesta al problema en cuestión, se partió de un estudio analítico de los enunciados dogmáticos que se han realizado sobre el tema en estudio (doctrina mayoritaria y minoritaria).

Asimismo, se ha ahondado en la fundamentación de dichos enunciados, con el objeto de determinar, con precisión, el “estado del arte”.

También se planteó la hipótesis sustantiva susceptible de verificación empírica. Para ello se procedió a trasladar la hipótesis al diseño y a realizar el contraste con la realidad a través de sus consecuencias (detectadas en la contrastación empírica de la hipótesis), para procurar corroborar o falsear la misma.

Finalmente, se analizaron los resultados, fueron extraídas las consecuencias y elaboradas las conclusiones.

5. Técnica de recolección de datos. Fuentes de información

Antes bien, cabe hacer notar que esta tarea supone una previa distinción entre aquellos datos considerados pertinentes (que facilitan la acción científica) y los no pertinentes. Por ello, se tuvo en cuenta las características que imponen las fuentes de donde emanan y las circunstancias históricas, sociales, culturales y experimentales (sistema de información en que se apoya la investigación).

Así, se obtuvo información, como punto de partida de la presente investigación, de manera directa, a través de la enseñanza impartida por Profesores de la carrera de posgrado Especialización en Derecho Penal, dictada por la Universidad de Belgrano.

Dichos conocimientos han actuado como una masa de información que permitió contextualizar el tema de estudio dando un marco general para la puesta en acción del método de la dogmática crítica.

También se han extraído datos a partir de otra fuente directa, esto es: la conformación de un sistema de retroalimentación (feedback) entre colegas especialistas en la materia, a modo de *colegios invisibles*.

Dicha fuente de información ha recibido tal denominación precisamente porque los datos provienen de reuniones celebradas entre profesionales amigos, fuera del ámbito académico, con el objeto de intercambiar información y opiniones sobre los trabajos por ellos realizados y en lo referente a los avances de los conocimientos científicos en la materia de que se trate.

Pero la fuente de información directa más importante de la presente investigación ha sido el estudio de los casos paradigmáticos (fuente primaria). De este modo, se procedió a la observación de la realidad a través del análisis de las opiniones dogmáticas seleccionadas, que conforman la muestra para lograr la obtención de datos y posterior clasificación.

Para alcanzar los objetivos planteados en esta dirección la recopilación de datos se ha nutrido, también, de fuentes de información secundarias, mediante la lectura de textos escritos en libros, paginas Web y revistas científicas y doctrinarias de autores contemporáneos y locales. Para ello se ha recurrido a centros de documentación informatizados y bibliotecas jurídicas en soporte papel.

Entonces, se han identificado estudios anteriores a través de la lectura de textos de autores que han escrito sobre el tema objeto de esta tesina (literatura crítica) y, al mismo tiempo, se ha realizado un estudio global de aquellos que han abordado la temática dentro de la teoría del delito (véase bibliografía).

En este estado es necesario aclarar que las investigaciones anteriores no constituyen en sí mismas la realidad investigada, pero sí nos informan sobre ella.

Posteriormente, se procedió a la descripción, clasificación y almacenamiento documental de los datos provenientes de estas fuentes, utilizando fichas en las cuales se volcaron los datos pertinentes, sintetizados, de los libros y textos utilizados, identificando: autor, título de la obra, editorial, lugar y fecha de publicación, número de página, etc.

Además, se procedió a identificar los datos resumidos fielmente en citas textuales y paráfrasis, utilizando comillas en la primera, en honor a sus autores y para evitar caer en plagios intelectuales.

Una vez recogidos los datos, conforme al criterio señalado, y teniendo en cuenta el método de la dogmática crítica explicado *ut supra*, como derivación del método crítico, se realizó un análisis cualitativo a través de la teoría de la atribuibilidad, que ha servido de marco teórico para la presente investigación.

Finalmente, se procedió a indizar las obras consultadas por orden alfabético, de acuerdo al nombre de sus autores

CAPÍTULO I

CONCEPTOS ESTRUCTURANTES

1. Finalidad

Bajo el presente título se proporcionan los conceptos necesarios para comprender, acabadamente, la importancia práctica que reviste el tema en estudio.

2. El concepto de delito

En el derecho penal no existe plena unidad en cuanto a la determinación del concepto de delito¹². Así pues, desde un punto de vista jurídico-formal, puede afirmarse que el *delito* es la conducta que el legislador ha sancionado con una pena¹³. En esta inteligencia “el delito queda suficientemente caracterizado como conducta punible”¹⁴.

Sin embargo, de atenerse a dicha concepción, no se sabe cuándo la conducta es *punible*, razón por la cual se hace necesario reemplazar dicho aditamento por la descripción de los *caracteres estratificados* que desembocan en la punibilidad, esto es, el contenido de la actuación punible.

Entonces, visto el tema desde una perspectiva jurídico - material, puede definirse al delito (stricto sensu) como la *conducta típica, antijurídica y culpable*¹⁵.

Es decir, mientras que mediante el concepto formal de delito la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del derecho positivo, el concepto material es previo a la codificación penal y le suministra al legislador un criterio político - criminal sobre lo que se ha de penar y lo que debe dejar impune¹⁶.

3. El *iter criminis*

Desde la ideación hasta el agotamiento material del hecho hay una serie de etapas por las cuales atraviesa la conducta delictiva, a saber: 1) Concepción de la idea, 2) decisión, 3)

¹² MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 210.

¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, 2° ed., B de F, Montevideo –Buenos Aires, 2001, p. 63.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 57.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, op. cit., p.58.

actos preparatorios, 4) comienzo de ejecución, 5) culminación de la acción típica, 6) acontecer del resultado típico, 7) agotamiento del hecho.

Vale destacar que la punición nace a partir del comienzo de ejecución del delito (Art. 45, C.P.), es decir, cuando se realizan actos ejecutivos que no tienen solución de continuidad con el hecho consumado.

Al respecto, el art. 45 del Código Penal argentino establece que:

“Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubieren determinado directamente a otro a cometerlo.”

En consecuencia, las etapas anteriores a la ejecución del hecho son impunes, pues no existe exteriorización de la conducta típica, dejando a salvo los supuestos de criminalización de actos preparatorios, tales como: el delito de asociación ilícita (art. 210, C.P.), la confabulación (art. 29, bis, Ley 23737), la simple tenencia de armas de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (Art. 189, inc. 2, C.P.), etc., quedando reservado para otra oportunidad el abordaje sobre la dudosa constitucionalidad de dichos tipos penales en casos que no revisten gravedad suficiente.

Basta decir que aquí que se requiere la realización de actos reveladores de la decisión de cometer el delito de que se trate, con el propósito de no vulnerar el principio de legalidad y reserva consagrado por el art. 19 de la Constitución Nacional, que prescribe lo siguiente:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Por otro lado, es relevante la consideración de la etapa del *iter criminis* en la que se realice el aporte delictivo, pues ello determinará el grado de participación criminal de los consortes de causa, cuestión que será abordada, con precisión, más adelante.

Por ahora se ha de señalar que luego de la consumación formal del delito sí es posible la participación criminal, siempre que el aporte se realice antes del agotamiento del hecho (consumación material), tal como ocurre, verbigracia, en el caso de la privación ilegal de la libertad, que admite la coautoría aditiva y/o la complicidad secundaria.

¹⁶ **ROXIN**, Claus, *Derecho Penal. Parte general, Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito*, trad. Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Thomson – Civitas, Madrid, 2008, t.1°, p. 51.

En efecto, la privación ilegal de libertad configura un delito permanente, donde la acción consumada se prolonga en el tiempo, es decir, continúa consumándose hasta la efectiva liberación de las víctimas¹⁷. Es decir, “El aporte a la empresa criminal en este estadio del *iter criminis*, lejos de ser periférico, resulta esencial, equivalente con quien previamente llevó a cabo de propia mano la ilegal privación de libertad”¹⁸.

Finalmente, y con posterioridad a la comisión del delito, la ayuda brindada al autor o partícipe habrá de ser encuadrada en la figura del delito autónomo de encubrimiento (Art. 277, C.P.), en cualquiera de sus modalidades de favorecimiento personal, real o receptación dolosa, siempre y cuando se encuentre agotado el hecho anterior, en el que no se hubiere participado.

4. La participación criminal

4.1. Aclaraciones previas

La participación criminal (*lato sensu*) abarca las formas de autoría, complicidad e instigación. Por ende, es necesario aclarar que en las páginas siguientes al hablar de *participación* se hará referencia al concepto en sentido estricto, esto es, comprensivo de complicidad e instigación.

4.2. El concepto de autor

Como idea directriz se ha de considerar que el *autor* es la *figura central* del suceso delictivo¹⁹. Por lo tanto, cuando el hecho es realizado por una sola persona la situación es simple, pues puede afirmarse que es autor quien comete el delito por sí mismo (personalmente), bastando seguir un concepto restringido - objetivo formal de autor²⁰, que proporciona sólo un primer punto de apoyo²¹.

Más aún, se ha de destacar que el propio Código Penal argentino describe normalmente acciones que son realizadas por una sola persona al usar los verbos típicos, tales como: el que “matar” a otro, el que se “apoderar” de una cosa mueble total o parcialmente ajena, el que “defraudar”, etc.²².

Por eso, la situación se torna compleja cuando intervienen múltiples sujetos en la causación de un injusto doloso, dejando a salvo los supuestos de co-delincuencia, que resultan

¹⁷ CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p.189.

¹⁸ RAFECAS, Daniel Eduardo, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2009, p. 319.

¹⁹ ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7° ed, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp.44 - 45.

²⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 3° ed. Actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, pp. 11-43.

²¹ STRATENWERTH, Gunter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 1° reimp, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 370.

²² RIGHI, Esteban y FERNANDEZ, Alberto A., *Derecho Penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 289.

ajenos a las reglas de la participación criminal, como ocurre, por ejemplo, con el delito de asociación ilícita (Art. 210, C.P.), que requiere el acuerdo de tres o más personas, pluralidad de planes delictivos y permanencia en el tiempo, respondiendo en calidad de coautores los sujetos *que tomen parte* en la banda o asociación. No obstante, es admisible la instigación y complicidad, siempre y cuando no se forme parte de la asociación o banda delictiva.

Retomando la cuestión, y desde el punto de vista del criterio restringido de autor, existen diversas teorías que pretenden explicar y fundamentar la *distinción* entre autoría y participación criminal *stricto sensu*, tales como la teoría subjetiva y teorías objetivas, y dentro de estas últimas las siguientes: formal-objetiva; material-objetiva y final-objetiva o teoría del dominio del hecho.

No obstante, su tratamiento en profundidad resulta superfluo para la presente investigación, por lo que sólo será analizado el criterio dominante del *dominio del hecho*, que aquí se comparte, aunque no en su forma pura, tal como se verá a continuación.

4.2.1. El concepto de autor en la teoría final –objetiva (Dominio del hecho)

El modelo *del dominio del hecho* (teoría final - objetiva) se ha originado en el finalismo de Welzel y ha recibido mayor aceptación entre los autores contemporáneos. Es más, hasta el día de hoy mantiene virtualidad en cuanto se refiere a los delitos de dominio.

Como consecuencia, y si bien existen criterios divergentes entre los propios representantes de la doctrina del *dominio del hecho*, a grandes rasgos puede afirmarse que es *autor* aquel que tiene la posibilidad de emprender, proseguir o detener el curso causal del delito²³. Por ende, será participe el que, realizando un aporte, carezca de poder decisorio sobre el curso causal de la acción.

Al respecto, Roxin sistematiza la autoría en los delitos de dominio, estableciendo que el criterio del *dominio del hecho* comprende: 1) el dominio de la acción (para los delitos de propia mano o autoría directa), 2) el dominio de la voluntad (para la autoría mediata) y 3) el dominio funcional del hecho (para la coautoría)²⁴. Capítulo aparte merece el estudio de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, debido a su complejidad, toda vez que escapa a los criterios dogmáticos corrientes.

²³ **WELZEL** Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, ed. 11°, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996, p. 145; **RIGHI**, Esteban y **FERNANDEZ** Alberto A., *Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 296.

²⁴ **ROXIN**, Claus, op. cit. pp.569-570.

En resumidas cuentas, en los delitos comisitos - dolosos, de dominio, con pluralidad de sujetos intervinientes, será *autor* el que domine el suceso y, por ende, será *participe* el que carezca de ese poder decisorio²⁵.

Sin embargo, ha reconocerse que, más allá de lo atractivo de dicha concepción, el *dominio del hecho* no es un principio universal y revela ciertas debilidades, pues no define al autor en los siguientes casos: 1) delitos especiales propios, 2) en aquellos tipos penales que exigen determinados elementos subjetivos de la autoría, y, además, 3) se muestra insuficiente para fundar la autoría en los delitos de propia mano²⁶.

Ciertamente, en los *delitos especiales* sólo puede ser autor aquel que es portador del deber especial, por ejemplo: quien que reviste la especial calidad de funcionario público en el delito de cohecho pasivo (Art. 256, C.P.).

En los tipos que abarcan *elementos especiales subjetivos*, será autor el que ejecute la acción típica con la correspondiente actitud subjetiva, verbigracia, en el delito de hurto (art. 162, C.P.), donde se exige el desapoderamiento y el posterior apoderamiento de la cosa total o parcialmente ajena, *con animo de señoría*. Resta decir que en los *delitos de propia* mano hará falta la ejecución corporal de la acción prohibida²⁷.

Por añadidura, es de destacar que el criterio del dominio del hecho deviene inaplicable en los delitos de omisión (propia e impropia) y en los delitos imprudentes²⁸. En efecto, los delitos de omisión son *delitos de infracción* de deber, por lo que no todo omitente es autor, sino sólo aquél a quien le incumbe el deber de actuar o de evitar el resultado típico, según que la omisión sea propia o impropia²⁹, a pesar de que algunos autores hablan de un dominio potencial p proyecto de causación.

Por otro lado, los delitos *imprudentes* se rigen por el concepto unitario de autor, basado en la infracción del deber objetivo de cuidado, no pudiendo establecerse diferencias entre autor y participe³⁰. En otras palabras, todo aquel que aporte una causa al resultado de un hecho culposo responderá como autor o, bien, quedará impune.

²⁵ **RIGHI**, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, p. 378.

²⁶ **RIGHI**, Esteban, op. cit, p. 379.

²⁷ **STRATENWERTH**, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4° ed., 1° reimp, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp.375-377.

²⁸ **STRATENWERTH**, Günter, ibidem, pp.375-377.

²⁹ **ROXIN**, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7° ed, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pp.497-502; **RIGHI**, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, p. 401.

³⁰ **RIGHI**, Esteban, op. cit, p. 405.

Esto es así, toda vez que al ser concebida la participación criminal *strictu sensu* (complicidad e instigación) como la colaboración arbitraria y dolosa en el delito doloso de otro³¹, no es admisible en los delitos culposos.

En definitiva, la pretensión dogmática de establecer un criterio rector, sobre la base de un sistema cerrado, capaz de regir todos los supuestos de autoría dolosa se torna compleja y, hasta ahora, de difícil resolución, debiéndose estar al análisis del caso concreto y al delito de que se trate, aclarando que ningún sistema ha de ser aplicado en forma pura y de modo cerrado.

4.3. La participación criminal. El fundamento de la punición

Conviene destacar que el término “participación” puede ser utilizado en dos sentidos diferentes. En sentido amplio, la participación comprende todas las formas de intervención punible en el hecho, incluyendo la autoría. En sentido estricto, aquélla se contrapone a la autoría³².

Es, precisamente, éste último sentido el que se utiliza en la presente investigación, por cuanto se comparte la postura que considera que la participación es “la colaboración arbitraria y dolosa en el delito doloso de otro”³³.

Vale decir que como consecuencia de la adopción de la *teoría de la participación en el ilícito*, es necesario que el hecho principal sea doloso. Por ende, el hecho co-causal del partícipe también ha de ser doloso y encontrarse orientado a la consumación del hecho principal del autor.

Esto es así, pues la participación demanda la presencia de un elemento objetivo (conducta de cooperación o auxilio) y de un elemento subjetivo (acuerdo de voluntades entre autor y partícipe). Conforme a esto, “el partícipe – instigador o cómplice - se caracteriza negativamente por el hecho de que no

ejecuta la acción típica, no comete el delito; de otro modo sería justamente autor.”³⁴

Entonces, el partícipe con su acción no cumple por si mismo los tipos penales descriptos, sino que coopera en la conducta típica del autor³⁵. Por ello, puede sostenerse que

³¹ MAURACH, Reinhart “[et al.]” *Derecho penal. Parte general*, 7 ed. alemana, trad. Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, tº 2 p. 401.

³² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8º ed, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, p. 400.

³³ MAURACH, Reinhart [et al], *Derecho penal. Parte general*, 7º ed. alemana, trad. Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, tº 2, p. 400.

³⁴ STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal. Parte general I. El Hecho punible*, 4º ed, 1º reimp., trad. Manuel Cancio Melia y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 412.

³⁵ MAURACH, Reinhart, loc. cit, p. 400.

la punibilidad del hecho del partícipe radica en la contribución a la realización del ilícito del autor³⁶.

De ahí la dependencia del hecho del partícipe, pues el desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal. En otras palabras, el fundamento de castigo del partícipe radica en causar o favorecer la lesión no justificada de un bien jurídico por parte del autor (*teoría de la causación o del favorecimiento*)³⁷.

En definitiva, el fundamento del castigo de la participación conduce, necesariamente, al principio de accesoriedad, que es analizado seguidamente.

4.4. La accesoriedad de la participación

La accesoriedad de la participación es fundamental para no afectar la función de garantía de los tipos penales y, por ende, del principio de legalidad de fondo. Dicho de otro modo, el abandono del principio de accesoriedad “difuminaría los contornos del tipo”³⁸.

Hecha la aclaración precedente, se ha de tener en cuenta que la dependencia del hecho (doloso) del partícipe implica un *concepto de referencia* ligado a un hecho (doloso) ajeno que le otorga el carácter accesorio, toda vez que no configura un tipo independiente, ni una forma de autoría.³⁹

De acuerdo a ese carácter referencial, para formular reproche penal al partícipe – cómplice o instigador - es necesario que la conducta del autor reúna los presupuestos de punibilidad, tales como la exigencia de un cierto grado de realización y del cumplimiento estratificado de determinados elementos de la construcción delictiva.

Siguiendo ésta línea de pensamiento, sostiene Cerezo Mir⁴⁰ que la dependencia de la participación se observa en dos aspectos diferentes: la accesoriedad *cuantitativa* y la accesoriedad *cualitativa* (p.950).

Así pues, desde el punto de vista *cuantitativo* (referido al cumplimiento de las etapas del *iter criminis*), se exige que el autor haya comenzado a ejecutar la acción delictiva. En caso contrario, el hecho es, en principio, impune. Por eso, el suceso principal debe haber quedado, al menos, en grado de tentativa (p. 950), dejando a salvo los supuestos excepcionales de actos preparatorios punibles, como por ejemplo: la tenencia de armas de fuego sin autorización legal (Art. 189 bis, C.P.); la asociación ilícita prevista por el art. 210, C.P., etc.

³⁶ STRATENWERTH, Günter, op cit, p. 415.

³⁷ MIR PUIG, Santiago, Derecho penal. Parte general, 8° ed, Bde F, Montevideo-Buenos Aires, p. 401.

³⁸ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 3° ed, Rubinzal – Culzoni, Santa fe, 2009, p. 17.

³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl “[et. al.]”, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2011, p. 791.

⁴⁰ CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general*, B de F, Montevideo -Buenos Aires, 2008, pp. 950-952.

Por otro lado, en cuanto al dato *cualitativo*, el autor comentado distingue cuatro teorías que extienden la punibilidad al partícipe, a saber: a) Según la teoría de la *accesoriedad mínima*, basta que la conducta del partícipe sea típica para que incurra en responsabilidad penal; b) La teoría de la *accesoriedad limitada* requiere que la conducta del autor sea típica y antijurídica; c) La *accesoriedad máxima* pretende que la conducta del autor sea típica, antijurídica y culpable; d) Finalmente, la *hiperaccesoriedad* exige que la acción del autor sea típica, antijurídica, culpable y, además, punible (pp. 950-951).

Análogamente, Mayer brinda la siguiente clasificación sobre las formas de accesoriedad de la participación, a saber: 1) accesoriedad mínima, dependiente de que el autor haya realizado un tipo legal; 2) accesoriedad limitada, dependiente de que al autor haya llenado antijurídicamente los extremos de un tipo legal; 3) accesoriedad extrema, dependiente de que el autor haya realizado antijurídica y, también, culpablemente un tipo legal, es decir, dependiente del entero carácter delictivo del hecho principal; y 4) hiperaccesoriedad, dependiente de las calidades personales del autor, que trasladan las circunstancias personales atenuantes o agravantes de la pena.⁴¹

Con todo, y de acuerdo a lo normado por el art. 48 del Código Penal argentino, se puede ver que nuestro ordenamiento jurídico ha receptado el principio de la *accesoriedad limitada*, que exige que el hecho principal sea típico y antijurídico (injusto penal) para que pueda resultar punible la participación.

En efecto, dicha disposición normativa establece que:

“Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.” (Art. 48, C.P.)

Entonces, así concebida la accesoriedad de la participación, se deduce que la participación en un hecho atípico (o conforme a derecho) es lícita⁴². Además, la culpabilidad o inculpabilidad del autor no se traslada al partícipe, pues ello responde a juicio de reproche individual.

Para ilustrar mejor la cuestión, ha de tenerse en cuenta que si una causa de justificación ampara la conducta típica del autor, no existirá injusto principal y, por ende, la participación no será punible. En cambio, si el autor realiza un injusto en forma inculpable, esta circunstancia no alterará la tipicidad del accionar del partícipe⁴³.

⁴¹ **MAYER**, Max Ernest, *Derecho penal. Parte general*, 1ra ed, trad. Sergio Politoff Lifschitz, IB de F, Montevideo – Buenos Aires, 2007, pp. 485-486.

⁴² **WELZEL**, Hans, *Derecho penal alemán*, 11° ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, p. 161.

⁴³ **ZAFFARONI**, Raúl Eugenio, op. cit, p. 369; **D’ALESSIO**, Andrés José, *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2° ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p.783.

Tampoco se comunican al partícipe las circunstancias personales del autor. Pero, excepcionalmente, tendrán influencia para agravar la penalidad si fueran conocidas por el partícipe (Art. 48, C.P.). Dicha disposición respeta el principio de culpabilidad del autor.

A mayor abundamiento, es de hacer notar que las cuestiones que se ubican más allá de la culpabilidad, tales como la concurrencia de causales de levantamiento o exclusión de la pena y/o presupuestos procesales, son irrelevantes para la posibilidad de participación, desde el punto de vista de la accesoriedad limitada⁴⁴.

En resumen, en los supuestos de falta de responsabilidad por el hecho del autor, el partícipe es punible, en virtud de la aplicación rigurosa del principio de accesoriedad limitada en su vinculación con la teoría tradicional de la culpabilidad (teoría puramente normativa del finalismo de Welzel), que ubica el análisis de la exigibilidad de otra conducta acorde a derecho dentro de la categoría de la culpabilidad, es decir, fuera los límites del injusto.

4.5. De la accesoriedad de la participación y sus efectos en el proceso penal

Antes bien, corresponde realizar algunas consideraciones previas sobre las características propias que reviste el proceso penal, no obstante compartir los postulados de la teoría unitaria del proceso.

4.5.1. El Proceso penal

El proceso penal se caracteriza por la naturaleza de la cuestión que constituye su objeto procesal y cuya verdad se persigue para reconstruir el orden mediante la justa actuación del derecho.⁴⁵

Por lo tanto, ofrece sus particularidades propias; se desarrolla en torno a dos grandes partes, a veces dramáticamente enfrentadas, que son, por un lado, el representante de la vindicta jurídica y, por el otro, el eventual transgresor de la norma penal, amenazado por la gravedad de la sanción que sobre él se cierne a través de la pretensión punitiva, o sea, el imputado.⁴⁶

En sentido técnico el proceso penal consta de dos etapas bien diferenciadas: la instrucción penal preparatoria, orientada a la recolección de elementos probatorios (procedimiento) y el juicio oral y público (proceso propiamente dicho).

La esencia de la etapa instructoria reside en la finalidad de recolectar los elementos que, eventualmente, den base a la acusación o requerimiento para la apertura del juicio

⁴⁴ MAURACH, Reinhart [et. al.], *Derecho penal. Parte general*, 7° ed. alemana, trad. Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, t° 2, p. 482.

⁴⁵ CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2008, t.1°, pp. 393-396.

⁴⁶ VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *La defensa penal*, 4° ed., Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 151.

público o, en caso contrario, determinen la clausura de la persecución penal (sobreseimiento); y, por esa circunstancia, el procedimiento preliminar tiene un carácter meramente preparatorio que por su naturaleza supone cierta prevalencia de los órganos estatales de persecución penal por sobre el imputado.⁴⁷

Por ello, durante la instrucción se incorporan a la causa las pruebas que servirán de base para la acusación contra el imputado en el juicio oral y público, etapa procesal, eminentemente, contradictoria en la cual aquél tendrá todos los derechos y garantías propios del debido proceso.

Es decir, es en el juicio oral y público donde el encausado podrá ejercer plenamente el derecho de contradicción, es decir, en dicha oportunidad es cuando deben respetarse, cabalmente, las formas sustanciales del proceso penal señaladas por la C.S.J.N., in re “Belport S.C.A.”, a saber: acusación, defensa, prueba y sentencia⁴⁸.

4.5.2. La clausura de la instrucción

La clausura de la instrucción ha recibido diversas denominaciones en doctrina. Así, se ha dicho que se trata de un procedimiento intermedio ⁴⁹ o, bien, de una fase de transición del sumario al plenario⁵⁰.

Sin embargo, resulta más adecuado hablar de crítica instructoria, luego de que las partes meritúan sobre los extremos de la imputación y, en su caso, sobre la presunta culpabilidad del reo (merito del sumario).⁵¹

Es decir, una vez que el Juez de instrucción considera que la investigación se encuentra completa y que existen elementos de prueba suficientes para formular un juicio de reproche, remite las actuaciones al Agente Fiscal, a fin de que este sujeto esencial del proceso dictamine solicitando la elevación de la causa a juicio o, en su defecto, el sobreseimiento del imputado.

En caso de acusar el representante de la vindicta pública, se notifica a la defensa del imputado, quien puede oponerse a la elevación a juicio instando el sobreseimiento de su pupilo procesal, luego de lo cual el órgano jurisdiccional resuelve sobre el fondo de la cuestión.

La mayoría de los códigos modernos prevén que el acogimiento, en firme, de la requisitoria de elevación a juicio es inapelable. Por lo tanto, no se requiere certeza apodíctica, sino un grado de conocimiento perfeccionado sobre la presunta culpabilidad del encausado, es decir, un juicio de probabilidad afirmativa, que provoca la apertura de la segunda etapa del proceso (el juicio oral o debate).

Por esta razón, se ha dicho que:

⁴⁷ Cam. Nac. Crim. Correc. Fed.- Sala II, “Miceli, Felisa s/ Nulidad”- 15/12/2009, “Compendio jurídico”, Ed. Errepar, n° 48, Buenos Aires, Enero/Febrero 2011.

⁴⁸ C.S.J.N., fallos: 295:591.

⁴⁹ CLARÍA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960/1968, t° VI, pp.109-137.

⁵⁰ ALCALÁ ZAMORA [et. al.], *Derecho procesal penal*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945, T. II, p. 393.

⁵¹ CLARÍA OLMEDO, op. cit., 1960/1968, pp. 109-137.

Si la imputación persiste tras haber sido sometida a las instancias ordinarias de revisión, no puede supeditarse la continuidad del proceso a que se hayan agotado también las instancias extraordinarias del ordenamiento procesal – recurso de casación y extraordinario federal –, pues requerir que lo actuado durante la instrucción sea avalado sucesivamente en cuatro instancias de contralor jurisdiccional, desnaturalizaría la esencia fundamentalmente preparatoria de esa etapa, asemejándola más a un juicio de certeza que de probabilidad sobre la responsabilidad del imputado; atentaría contra el ejercicio adecuado y eficaz de la administración de justicia y afectaría la garantía constitucional de defensa en juicio, comprensiva del derecho de toda persona encausada a ser juzgado en un plazo razonable⁵².

4.5.3. Debido proceso

Se entiende por debido proceso a la garantía innominada que surge del art. 18 de la C.N., en cuanto establece que:

“Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...”.

Además, la jurisprudencia ha sostenido que el debido proceso:

(...) consiste en el curso regular de la administración de justicia por los tribunales, conforme a las reglas y formas que han sido establecidas para la protección de los derechos individuales. Entre éstas por supuesto se hallan las fijadas para las sentencias⁵³.

Es decir, debe entenderse por debido proceso lo siguiente:

(...) es aquel que se adecua plenamente a la idea lógica de proceso: dos sujetos que discuten como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa (y, como tal, imparcial e independiente); no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios⁵⁴.

Finalmente, el concepto de debido proceso en materia penal debe ampliarse a los actos iniciales de investigación, es decir, a los actos preprocesales o policiales, a fin de dar cumplimiento con otros constitucionales de defensa en juicio, legalidad, inocencia y culpabilidad, que derivan de los arts. 18, 19, 75 inc. 22, C.N., Art. 8 y 9 de la C.A.D.H. y 14.2 P.I.D.C.P.⁵⁵

4.5.4. El concepto de imputado

El imputado es la figura central del proceso penal; es el titular del derecho de defensa, en cuanto persona sometida a persecución penal por la presunta comisión de un delito, desde el inicio de la investigación provocada por la *notitia criminis* hasta su completa finalización.

⁵² C.N.C.C. Fed., Sala II, Miceli Felisa s/ Inconstitucionalidad del art. 353 del CPPN, 15/12/2009.

⁵³ **BIDART CAMPOS**, Germán, *Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1966, t. II°, p. 498, citado por DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal, El recurso de casación penal en el nuevo código procesal penal de la nación*, Lexis –nexis, Buenos Aires, 2006, p.68.

⁵⁴ **ALVARADO VELLOSO**, Adolfo, *Garantismo procesal Versus prueba judicial oficiosa*, Juris, Rosario, 2006, p. 292.

⁵⁵ **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl, *Teoría del Delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973, p. 56.

Para Rubianes el *imputado* es el supuesto autor de un hecho con apariencia delictuosa⁵⁶. Sin embargo, estas definiciones no son del todo correctas desde el punto de vista dogmático puesto que ella no engloba a las demás formas de participación criminal, conforme a los lineamientos de la teoría del delito y de acuerdo al sistema adoptado por el Código Penal Argentino.

Más acertada resulta la conceptualización de Washington Abalos en cuanto sostiene que el *imputado* “es aquel contra el cual se dirigen los primeros actos del procedimiento por sospechárselo autor o participe de un delito determinado”⁵⁷.

En este sentido la mayoría de los autores contemporáneos sostiene, unánimemente, que los derechos que la ley acuerda al imputado podrá hacerlos valer desde que es detenido o indicado como partícipe de un delito en cualquier acto del proceso, entendiendo que dicho vocablo debe ampliarse a los actos iniciales de la investigación.

El art. 72 el Código Procesal Penal de la Nación, en concordancia con los códigos más modernos, establece que:

“Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer, hasta la terminación del proceso, cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso. Cuando estuviere detenido, el imputado o sus familiares podrán formular sus instancias por cualquier medio ante el funcionario encargado de la custodia, el que las comunicará inmediatamente al órgano judicial competente”.

Ciertamente, el reconocimiento de la calidad de imputado a toda persona que soporta persecución penal, significa hacer efectiva, desde el comienzo de tal condición, la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio asegurada por el art. 18 de la Constitución Nacional.⁵⁸

Siguiendo esta tesitura, la C.N.C.P. ha sostenido con relación al derecho defensa que:

“...debe ser ejercido desde el primer acto de procedimiento en sentido lato, es decir, desde el mismo momento en que la imputación existe, por vaga e informal que ésta sea; esto incluye las etapas preprocesales o policiales”⁵⁹

En definitiva, el *imputado* es el titular de todas las garantías dentro del proceso penal y es quien puede ejercerlas o no, sin que su consentimiento pueda verse recortado por supuestas consideraciones de orden publico.⁶⁰

4.5.5. El hecho delictuoso

Afirma Carnelutti que el cometido del proceso penal está en saber si ha ocurrido o no ha ocurrido un hecho determinado y que:

⁵⁶ RUBIANES, Carlos J., *Manual de derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977, tºII, p. 78.

⁵⁷ ABALOS, Raúl Washington, *Derecho procesal penal*, t. IIº, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993, p. 86.

⁵⁸ D’ALBORA, Francisco J., *Código procesal penal de la nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 7º ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, t.Iº, p. 179.

⁵⁹ C.N.C.P., Sala IV, RDP y PP, *Lexis Nexis*, n° 5, p. 919.

⁶⁰ C.C.C. Fed., Sala I, L.L. del 27/XI/2000, f. 101.247.

(...) un hecho es un trozo de historia, y ésta es el camino que recorren, desde el nacimiento hasta la muerte, los hombres y la humanidad. Un trozo de camino, pues. Pero de camino que se ha hecho, no del camino que se puede hacer. Saber si un hecho ha ocurrido o no, quiere decir volver atrás. Este volver atrás es lo que se llama hacer la historia.⁶¹

4.5.6. El proceso penal como proceso investigativo

Los métodos y objetivos del proceso penal no son diferentes a los del proceso de investigación científica. En esta línea de pensamiento, enseña Samaja que los procedimientos científicos "...son esencialmente análogos a los que ocurren en la experiencia jurídica".⁶² Más aún, se ha afirmado que el proceso penal "es un método regulado jurídicamente para averiguar la verdad acerca de una imputación"⁶³

Desde este punto de vista, el proceso jurídico, entendido como práctica profesional, también será científico si su producto es conocimiento científico y reúne las características de universalidad y comprobabilidad⁶⁴.

Entonces, el proceso de investigación científica (incluido el penal) "puede ser descripto como el conjunto de acciones destinadas a descubrir y probar (validar) un sistema de hipótesis"⁶⁵.

Conviene aclarar que al iniciarse el proceso penal a partir de la *notitia criminis*, se plantean hipótesis delictivas, a instancias del Ministerio Público Fiscal, que son resistidas por la defensa del imputado, y que, en base a las pruebas colectadas en el curso de la investigación, intentarán ser confirmadas o falseadas por el órgano jurisdiccional competente.

En este sentido, señala Ferrajoli que "La verdad perseguida por el modelo acusatorio, concebida como relativa o formal, se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error. La principal garantía de su obtención se confía a la máxima exposición de las hipótesis acusatorias a la refutación de la defensa, es decir al libre desarrollo del conflicto entre dos partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastante, precisamente porque son titulares de intereses opuestos".⁶⁶

Por otro lado, el proceso penal consta de dos etapas: 1) fase de investigación (instrucción penal preparatoria) y 2) fase de juicio plenario.

La fase investigativa debe examinar y establecer los hechos, de modo que todo el énfasis es colocado en la eficacia de los medios de conocimiento, y no en su validez legal. En cambio, "la fase judicativa se esfuerza por evaluar los medios legales de prueba y a partir de tal

⁶¹ CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, El Foro, Buenos Aires, 2006, p. 55.

⁶² SAMAJA, Juan Alfonso, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, 3° ed., 4° reimp., Eudeba, Buenos Aires, 2004, p.37.

⁶³ MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2012, t° I, p. 858.

⁶⁴ SAMAJA, Juan Alfonso, op. cit., 2004, p.34.

⁶⁵ SAMAJA, Juan Alfonso, op. cit., 2004, p.209.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trota, 9° ed., Madrid, 2009, p. 610.

evaluación obtener una sentencia o conclusión que cierra (aunque sea relativamente, esa instancia) el proceso.”⁶⁷

Así, pues, se observa como “...la separación entre el modo de investigación y el modo de exposición (o de validación) del método en la investigación científica es enteramente análogo a las fases del procedimiento criminal (investigativo y judicativo), ya que es notorio que los métodos tanto pueden usarse para averiguar cómo es realmente el objeto, cuanto para probar que el objeto es tal como lo expresa el conocimiento que tenemos”.⁶⁸

En definitiva, el proceso penal encierra un proceso de investigación para la consecución de sus fines y, por ende, sigue un orden metodológico en miras de procurar brindar una solución al problema planteado en el plano de la realidad.

4.5.7. De los efectos de la accesoriedad limitada en el proceso penal

Tal como se dijo en párrafos precedentes, la punibilidad de la participación depende de que el hecho principal del autor constituya un injusto penal, esto es, una acción típica y antijurídica, con prescindencia de la imputación personal. Por consiguiente, si el hecho se cometió culpablemente y si concurren causales de levantamiento o exclusión de la pena, ello es irrelevante a los fines de la participación.

Ahora bien, análisis aparte merece la cuestión procesal, pues puede ocurrir en la práctica que el autor del hecho principal se encuentre rebelde o no fuera conocido en el inicio de la investigación (imputado incierto). En este supuesto, si bien es posible promover la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal y, por ende, formular imputación al partícipe, nace una cuestión prejudicial que va de lo penal hacia lo penal - dentro del mismo proceso jurídico – y que obliga a suspender la celebración del juicio plenario respecto del partícipe hasta tanto se determine la existencia o inexistencia del injusto principal.

Para ello, se hace necesario someter a proceso penal, en forma previa y/o concomitante, al autor del hecho principal, con el propósito de evitar la creación de inseguridad jurídica frente a la posibilidad de pronunciamientos judiciales disímiles sobre un mismo hecho histórico (unidad de imputación).

Para ejemplificar la cuestión, nótese el caso en el que el partícipe fuera condenado por su aporte en la causación del hecho doloso ajeno y que, al mismo tiempo, se declarase la existencia del hecho principal sin que el autor hubiere sido sometido a proceso, por hallarse en rebeldía. Más aún, supóngase que luego del dictado de la sentencia condenatoria en contra del partícipe, fuera habido el autor del hecho principal y se comprobase que, en realidad, éste se

⁶⁷ **SAMAJA**, Juan Alfonso, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, 3° ed., 4° reimp., Eudeba, Buenos Aires, 2004, p.37.

⁶⁸ **SAMAJA**, Juan Alfonso, op. cit., p. 38.

encontraba amparado en una causa de justificación (por ejemplo: legítima defensa), que desplazare la antijuridicidad de su conducta.

En el ejemplo mencionado el hecho del partícipe ya no sería punible, pues se excluye la posibilidad de participación al existir un permiso legal de actuación en el autor. Esto provocaría un caos jurídico y un perjuicio irreparable, pues el estigma sufrido por el partícipe tras la persecución penal no habrá de desaparecer, menos aún si hubo de ser privado de libertad.

Entonces, se corre el riesgo de que en el primer proceso penal seguido en contra del partícipe se declare la existencia del injusto principal, mientras que en otro fallo posterior seguido al autor - que fuera habido tras hallarse rebelde - se niegue su existencia. Lo antedicho conllevaría a vulnerar, sin más, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso, con serias consecuencias jurídicas desfavorables.

Por lo tanto, resultará procedente declarar, en forma previa, la existencia del injusto principal, para luego formular una imputación penal válida en contra del partícipe que ha intervenido en la causación de un injusto doloso ajeno. En caso de no ser habido el autor, y ante la imposibilidad de realizar el juicio plenario en contumacia en nuestro país (art. 18. C.N), corresponderá suspender el proceso penal seguido en contra del partícipe, a fin de evitar la creación de inseguridad jurídica.

CAPÍTULO II

LA ATRIBUIBILIDAD

1. El sistema del Código Penal argentino

Nuestro ordenamiento jurídico – penal ha adoptado la regla *nulla poena sine culpa*, que deriva del art. 34, inc. 1, del Código Penal argentino, en cuanto establece que no es punible: “El que no haya podido en el momento del hecho (...) comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”.

De ello se sigue la admisión de la *culpabilidad* como presupuesto de la pena, al reconocer al delincuente la categoría de persona capaz de conducirse racionalmente conforme a derecho (autodeterminación). En cuanto a lo demás, se ha de recurrir a construcciones dogmáticas para colmar lagunas normativas.

2. Concepto de culpabilidad

El juicio de desvalor que trasciende del hecho hacia el autor es denominado, generalmente, culpabilidad⁶⁹. En otras palabras, un hecho antijurídico, para ser punible, ha de poder ser imputado a su autor. Por eso, Mir Puig postula el abandono del término *culpabilidad* y su reemplazo por la expresión *imputación personal*, por ser más representativa de la idea de atribución de un hecho penalmente antijurídico a su autor⁷⁰.

En otras palabras, la culpabilidad es reprochabilidad de un injusto a su autor, es decir, es el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta humana para que sea jurídicamente reprochada a su autor. Por ende, no puede ser penado aquel que no puede ser reprochado en su conducta.

Básicamente, y siguiendo el criterio dominante (teoría puramente normativa del finalismo de Welzel), la culpabilidad se compone de los siguientes presupuestos: 1) capacidad de imputabilidad, 2) conciencia de lo antijurídico y 3) la exigibilidad de otra conducta adecuada a la norma⁷¹.

En particular, y en cuanto aquí interesa, vale decir que la *exigibilidad* supone que el sujeto haya tenido un cierto ámbito de autodeterminación para motivarse en la norma y no violarla. Por ende, hay posibilidad exigible de actuar de otra manera, motivándose en la norma,

⁶⁹ MAURACH, Reinhart, op. cit., p. 513,

⁷⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8 ed., I B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2008, p. 528.

⁷¹ MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 524.

cuando el sujeto tiene la posibilidad de comprender la norma y cuando la constelación situacional no le restringe su ámbito de autodeterminación para motivarse en la norma por debajo del umbral mínimo⁷².

2.1. Sobre la evolución histórica de la culpabilidad

La categoría *culpabilidad* ha evolucionado en el pensamiento penal desde que Von Liszt iniciaría la moderna teoría del delito, basada en la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad⁷³.

Así, pueden señalarse tres teorías esenciales en la evolución sistemáticas de la *culpabilidad*, que se encuentran relacionadas con los distintos conceptos de acción desarrollados dentro de la construcción delictiva, esto es: La teoría psicológica (Radbruch, v. Litszt), la teoría normativa (Frank, Goldschmidt, Freudenthal, Mezger) y la concepción finalista (Welzel)⁷⁴.

Vale recordar que, según afirma Naucke, el sistema del hecho punible es extraordinariamente fluctuante. Por ende, se advierte que según cómo se determine el concepto de acción, el hecho punible será una acción típica antijurídica y culpable, causal, final o social en general⁷⁵, es decir, ello tendrá influencia en los caracteres del delito y, en particular, repercutirá sobre la teoría de la culpabilidad.

Así pues, el concepto clásico del delito (concepto causal – naturalista de delito) dio lugar a la formación de la *teoría psicológica* la culpabilidad, que consiste y se agota en la relación interna de conocimiento (o de posibilidad de conocimiento) entre el delincuente y su hecho, y comprende dos especies, a saber: el dolo y la culpa.

Dichas especies, a su vez, presuponen la imputabilidad del autor y son excluidas por la ignorancia, el error y la coacción ⁷⁶. Además de esto, la exigibilidad no aparecía aún como elemento de la culpabilidad⁷⁷.

En este orden de cosas, Mir Puig - siguiendo a Von Liszt - explica que:

"la culpabilidad se concibe como una relación de causalidad psíquica, como el nexo que explica el resultado como producto de la mente del sujeto. El dolo y la culpa se ven como las dos formas posibles de esta conexión psíquica entre el autor y su hecho (...) el

⁷² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2004, tº. IV, p. 13.

⁷³ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 529.

⁷⁴ NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte general*, Lerner, Córdoba – Buenos Aires, 1977, p. 215.

⁷⁵ NAUCKE, Wolfgan, *Derecho penal. Una introducción*, 10 ed, trad. Leonardo Geran Brond, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 317.

⁷⁶ NUÑEZ, Ricardo C., loc. cit, p. 215.

⁷⁷ STRATENWETH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4 ed., trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, p. 273.

delito aparece, pues, como el resultado de una doble vinculación causal: La relación de causalidad material, que da lugar a la antijuridicidad, y la conexión de causalidad psíquica, en que consiste la culpabilidad.⁷⁸

b) El concepto neoclásico de delito, de raíz neokantiana, abrió el camino para la sustitución de la teoría psicológica por la *teoría normativa*. Para ésta corriente de pensamiento la culpabilidad es un juicio de valor, no ya una simple constatación sobre la existencia de un nexo psicológico entre el autor y su hecho en su significado objetivo, como lo era para el modelo positivista⁷⁹.

Es decir, no se habla ya de dolo o culpa como elementos de la culpabilidad, sino como presupuestos de la misma, y se abarcan factores normativos. Entonces, surge la idea de reprochabilidad de la acción antijurídica al autor, por ser exigible otra conducta distinta, ajustada a la norma, sobre la base de parámetros generales⁸⁰.

En otras palabras, la reprochabilidad se basa en la libertad del autor para obrar según el fin perseguido por él, bajo el conocimiento del significado de su conducta (dolo) o en la posibilidad de conocerlo (culpa). Desde esta perspectiva, el dolo y la culpa sólo representaban un elemento del juicio de culpabilidad, en tanto que la *no exigibilidad* de otra conducta excluía la culpabilidad. Por otro lado, la concepción finalista de Welzel purificó el normativismo al excluir de la culpabilidad los elementos subjetivos (dolo y culpa) y trasladarlos al tipo. De esa manera, la culpabilidad fue despojada de su base psicológica, conservando la reprochabilidad. En cuanto a la teoría social de acción, no está claramente construida, pudiéndose conectar con variantes del sistema causalista como del finalista⁸¹.

Por último, ha de mencionarse la perspectiva del funcionalismo (Roxin – Jakobs), donde los conceptos jurídicos son funcionales, porque se considera que cumplen una función que afecta el ejercicio del poder punitivo, introduciendo la terminología de injusto culpable y la atribución o imputación al tipo objetivo y la atribuibilidad o de responsabilidad por el hecho⁸².

Según este punto de vista, el injusto es atribuible al autor siempre que se encuentre descartado un estado de necesidad disculpante, coacción, exceso en la legítima defensa o causas de justificación putativas. Se aplican elementos preventivos⁸³.

Por último, en cuanto al concepto de culpabilidad y su relación con la teoría de la pena, su análisis quedará reservado para otra oportunidad, por exceder el marco de investigación de este trabajo.

⁷⁸ MIR PUIG, Santiago, op. cit., p. 529.

⁷⁹ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal. Parte general*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2008, pp. 301-304.

⁸⁰ STRATENWERTH, Günter, ibidem, p. 273.

⁸¹ NAUCKE, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, 10 ed, trad. Leonardo Geran Brond, Astrea, Buenos Aires, 2006, pp. 319-320.

⁸² NARDIELLO, Ángel Gabriel, *Estructura del hecho punible*, 2 ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pp. 316-317.

3. La teoría de la atribuibilidad de Maurach. La responsabilidad por el hecho ⁸⁴

Maurach desarrolló en 1948 la doctrina de la *responsabilidad por el hecho*, concebida como categoría sistemática propia y adicional dentro de la teoría del delito, situada entre la antijuridicidad y la culpabilidad, reconociendo causas específicas de exclusión.

En este sentido, dicho autor comparte la idea de culpabilidad a modo de reprochabilidad. Sin embargo, rechaza el concepto dominante de culpabilidad (procedente de la teoría puramente normativa del finalismo), en cuanto postula que ésta característica radica en la individualización y, al mismo tiempo, abarca la exigibilidad.

Por esa razón, y si bien acepta Maurach que la capacidad de imputabilidad y la conciencia de la antijuridicidad sí constituyen elementos individualizadores de la culpabilidad, afirma que no ocurre lo mismo con la exigibilidad de la conducta adecuada a derecho, basada en parámetros generales, medios, de la sociedad, pues entiende que ello no responde a una valoración individual.

Además, proporciona un concepto de *responsabilidad del autor* en un sentido más amplio que el concepto de culpabilidad de la opinión tradicional. Por ello, establece un fundamento general de responsabilidad, descrito como atribuibilidad, de medida variable, comprensivo de grados progresivos, esto es, 1) la responsabilidad por el hecho y 2) la culpabilidad del autor, aclarando que éste último estamento implica un reproche personal y solamente tendrá lugar cuando se hubiere constatado previamente “su poder actuar de otro modo” (p. 536).

Explica que la responsabilidad por el hecho como primer escalón de la atribuibilidad es el *quedarse atrás* de los requisitos exigibles al autor, lo que da lugar al juicio de reproche individual propio de la culpabilidad, como segundo escalón de la atribuibilidad (p. 536).

Afirma que la teoría de la responsabilidad por el hecho “extrae, para la teoría de la culpabilidad, las consecuencias de la innegable situación de tensión del ser humano, en cuanto personalidad individual y, simultáneamente, de miembro de la comunidad sujeto a obligaciones sociales.” (p. 536)

Señala que en la primera grada (de responsabilidad por el hecho), el efecto psicológico sobre el autor es supuesto en forma generalizadora, sin que tenga lugar un examen sobre las eventuales facultades de resistencia propias del autor, siendo decisiva la medida de las capacidades exigidas a un promedio impersonal. Admite que se libere al autor de responsabilidad ante una determinada situación, a pesar de que el ilícito de acción subsiste; es

⁸³ NARDIELLO, Ángel Gabriel, loc. cit, pp. 316-317.

⁸⁴ MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general*, 7° ed. alemana, trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, t° 1. pp. 535-543.

perdonable a todos y no solamente excusable en forma particular. En la segunda grada, de reprochabilidad individual, se atiende a la personalidad del autor (pp. 536-537).

Sostiene que, según la concepción tradicional de culpabilidad, el tipo estándar reemplaza al autor individual y que la inexigibilidad de la conducta adecuada a derecho no pregunta por las facultades del sujeto particular, sino por un término medio nivelador.

Además, indica que si a la responsabilidad por el hecho se agrega la culpabilidad, el hecho se transforma en un delito y es merecedor de penal. Pero, si a la responsabilidad por el hecho del autor incapaz de culpabilidad se suma la peligrosidad, ello condiciona la utilización de las medidas de seguridad (p. 536).

Maurach se alza contra la reacción negativa de la doctrina frente a la teoría de la atribuibilidad, y añade que, en realidad, no se introduce una nueva etapa en la construcción delictiva, sino que se ordena, dentro de la tercera de dichas etapas, los elementos de atribución general y personal. Por eso, afirma que dentro de la atribuibilidad es posible un doble cuestionamiento. Así, por un lado, hay que preguntarse si la conducta es adecuada a la norma y si era exigible a toda persona y, por otro lado, si puede formularse un reproche individual, basado en las capacidades y posibilidades del autor (p.538).

También destaca la importancia de la responsabilidad por el hecho en el ámbito de la *participación*, lo que será analizado con precisión más adelante, al abordar el capítulo reservado al “Estado del arte” (muestra representativa del universo en estudio)

En resumen, Maurach identifica una contradicción interna en el construcción tradicional del delito y, por eso, postula un criterio de atribución de responsabilidad más amplio, comprensivo de dos estamentos separados, progresivos, a saber: la responsabilidad por el hecho y la culpabilidad.

CAPITULO III

ESTADO DEL ARTE

(La responsabilidad por el hecho del autor y la accesoriedad de la participación)

1. Concepto

Cuando se habla del *estado del arte*, se hace referencia al estado actual del problema que se pretende resolver. Por eso, se exponen aquí los criterios más relevantes sobre la responsabilidad por el hecho en su vinculación con la accesoriedad de la participación – lo que, a su vez, constituye la muestra intencional, representativa del universo de estudio -, a fin de determinar lo que se conoce sobre el tema objeto de análisis.

2. Corrientes doctrinarias

Antes que nada, cabe aclarar que si bien la doctrina tradicional acepta la existencia de determinados supuestos de *exclusión de la exigibilidad* de otra conducta por disminución de la ilicitud o de la autodeterminación, se los ubica dentro de la culpabilidad, es decir, como una cuestión perteneciente a la teoría de la culpabilidad.

A lo antedicho se contrapone *la teoría de la atribuidad de Maurach*, comprensiva de dos estamentos progresivos de imputación, esto es: 1) la responsabilidad por el hecho y 2) la culpabilidad. Por ende, el autor citado ubica la responsabilidad por el hecho como una categoría intermedia entre antijuridicidad y la culpabilidad⁸⁵.

Con todo, y más allá del criterio que se siga sobre los elementos de la estructura delictiva y su ubicación, lo que interesa aquí es determinar si los efectos excluyentes de la *inexigibilidad de otra conducta* al autor principal se extienden al partícipe o, por el contrario, si el aporte de éste es punible.

A continuación se procede a exponer las opiniones más representativas en la doctrina. Veámoslo:

⁸⁵ MAURACH, Reinhart, ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte general*, 7° ed. alemana, trad. Jorge Bofill Genzsch Y Enrique aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, t° 1, p.536.

2.1. Criterios que abonan la teoría de la responsabilidad por el hecho

2.1.1. La postura de Maurach⁸⁶

Maurach sostiene que el linde de la accesoriedad limitada está demasiado bajo y que, por ende, la comisión de una acción típica y antijurídica por parte del autor no es suficiente para fundar la punibilidad de la participación. Agrega que si se sigue la accesoriedad limitada, la participación en una acción de necesidad puede constituir participación punible, algo que considera inaceptable (p. 487).

Por lo tanto, afirma que el autor debe haber actuado con responsabilidad por el hecho y que la participación se debe descartar en aquellos casos en los cuales el autor ha actuado en una situación reconocida y fundante de la inexigibilidad de otra conducta adecuada a la norma (pp.487-488).

Señala que la accesoriedad extrema parece representar el método que mejor se ajusta a la esencia de la participación, es decir, una colaboración en un hecho punible ajeno (pp. 488).

En este sentido, Maurach ilustra la cuestión citando el siguiente ejemplo:

“Cuando, durante una expedición de montañismo, B atado mediante una cuerda al turista A, sufre una caída, y C, quien no se encuentra unido a los primeros, aconseja a A cortar la cuerda para salvarse, sacrificando a B, de acuerdo con la doctrina dominante, A actúa sin culpabilidad, con el resultado de que (...) C, que no se encontraba en la situación de peligro, es responsable como inductor de homicidio” (p. 487).

Pero objeta la línea de pensamiento tradicional, aclarando que si al autor del hecho principal no se le puede exigir una conducta adecuada al derecho, no cabe hablar de responsabilidad del inductor, aun cuando el inducido haya cometido indudablemente un hecho antijurídico, pues entiende que se está atribuyendo una responsabilidad injustificadamente dura, consecuencia inevitable de la aplicación de la doctrina dominante (p. 487).

Por último, el autor comentado manifiesta que la accesoriedad limitada es un producto regulable por el legislador en el marco de los principios generales de obtención del derecho y que sus peligros sólo pueden ser previstos por medio de una adecuada limitación del concepto de culpabilidad (p.489).

2.1.2. Criterio de Bacigalupo⁸⁷

Señala Bacigalupo que “junto a las causas de justificación existen supuestos en los cuales el Estado renuncia a la aplicación de una pena por la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar la aplicación de una pena” (p. 387).

⁸⁶ MAURACH, Reinhart [et. al.], *Derecho penal. Parte general*, 7° ed., trad. Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, t° 2, pp.482-489.

⁸⁷ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2° ed., 3° reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pp. 387-412, 521-522.

Aclara el autor que los casos que excluyen la punibilidad no tiene explicación por la vía de la exclusión de lo ilícito ni por medio de la exclusión de la culpabilidad, sino, precisamente, por la insuficiencia de lo ilícito para legitimar el ejercicio del *ius puniendi* (p.387).

Sostiene que dicha solución es independiente de la concepción de la culpabilidad de la que se parta y propone que los casos de exclusión de la responsabilidad por el hecho, como categoría de eximentes basadas en la reducción de la ilicitud por la no exigibilidad de otra conducta, sean tratados como elementos de la cuantificación de la ilicitud (pp.393-396).

Sin embargo, rechaza la propuesta teórica de Maurach, pues considera poco clara su clasificación dogmática, aunque acepta que es legítimo preguntarse sobre la necesidad de una categoría intermedia entre la justificación y la exclusión de culpabilidad, por entender que la vinculación de las causas que excluyen la exigibilidad y la culpabilidad sigue siendo problemática (p.390).

Agrega que las consecuencias de la falta de responsabilidad por el hecho son las siguientes: a) excluye la aplicación de la pena, pues el incapaz de motivación no puede ser puesto en peores condiciones que el capaz de ella; b) la no punibilidad se extiende, en principio, a los partícipes (p. 400).

Por último, Bacigalupo afirma que sólo el estado de necesidad disculpante debe extenderse a los partícipes, siempre y cuando la acción del partícipe revele un grado de solidaridad socialmente comprensible con respecto al autor, en casos en que los bienes jurídicos del tercero afectado no sean fundamentales, es decir, que no comprometan la vida, el cuerpo ni la libertad (p.522).

2.1.3. Opinión de Donna

Donna señala que “el juicio de responsabilidad por el hecho supone que al autor se le haya podido exigir una conducta distinta a la realizada, atendiendo a los parámetros medios de la sociedad⁸⁸.

Agrega que la responsabilidad por el hecho se excluye en los siguientes casos: 1) estado de necesidad exculpante, 2) colisión de deberes exculpante, 3) coacción, 4) exceso en la legítima defensa y 5) obediencia debida, cuando pueda fundarse en un supuesto de coacción⁸⁹.

⁸⁸ DONNA, Edgardo Alberto, *Casos y fallos de derecho penal*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000, p. 23.

⁸⁹ DONNA, Edgardo Alberto, loc. cit, p. 23.

Por otro lado, Donna sostiene que las causas que eliminan la responsabilidad por el hecho son ajenas al concepto de culpabilidad y, por ende, la participación en esos casos no debe ser punible⁹⁰.

Además, adhiere a la posición de Bacigalupo, señalando que “sólo el estado de necesidad no justificante deberá extenderse al *participe*, en cuanto éste revele un grado de solidaridad socialmente comprensible con el autor, en tanto no se afecten bienes jurídicos de terceros, como la vida, el cuerpo y la libertad”⁹¹.

2.1.4. La postura de Nardiello⁹²

El autor comentado adhiere a la tesis de Maurach y afirma que la atribuidad es un juicio desvalorativo, no un juicio de reproche, que se halla integrado por los componentes que la doctrina mayoritaria ubica en la culpabilidad, pero que, en realidad, poseen rango genérico (pp. 290-291).

Además, considera que las causas de inexigibilidad son:

“una excepción liberadora de carácter no individual, por la cual el autor de una conducta contraria al ordenamiento penal y sin gozar de un permiso especial para tal obrar, encuentra un perdón de carácter generalizador, basado fundamentalmente en la inconsistencia de la naturaleza humana” (p.290).

Asimismo, admite que implementar esta categoría entre la antijuridicidad y la culpabilidad acarrearía la falta de responsabilidad penal del actor, que se extendería ramificadamente a la imposibilidad de aplicación de medidas de seguridad y a la punibilidad del *participe*, de modo universal, sin necesidad de examinar caso por caso (pp. 276-277).

2.2. Crítica a la teoría de la responsabilidad por el hecho

Armin Kaufmann ha criticado la teoría de Maurach, señalando que la generalización también es posible en los casos de inimputabilidad. Por su parte, Stratenweth y Roxin han añadido que una extrema generalización ni siquiera sería posible en el caso de la inimputabilidad, aunque entienden que sí es necesaria en dichos casos⁹³, con lo que pretenden refutar los argumentos de Maurach.

⁹⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 3° ed, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2009, pp. 111-112.

⁹¹ DONNA, Edgardo Alberto, *Ibidem*, p. 112.

⁹² NARDIELLO, Ángel Gabriel, *Estructura del hecho punible*, 2 ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2013, pp. 276-305.

⁹³ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2° ed., 3° reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2012, p. 391.

2.3. Criterios relevantes que abonan la teoría de la culpabilidad

Según la doctrina dominante la *culpabilidad* está compuesta por: 1) la capacidad de imputabilidad, 2) la conciencia de lo antijurídico y 3) la exigibilidad de otra conducta conforme a la norma, no aceptando a la responsabilidad por el hecho como categoría previa a la culpabilidad.

Ahora bien, por razones metodológicas corresponde aquí ceñirse al análisis de la última categoría mencionada. Por ende, tal como ya se dijera en párrafos precedentes, la doctrina dominante acepta la existencia de determinados supuestos de *exclusión de la exigibilidad* de otra conducta por disminución de la ilicitud o de la autodeterminación, pero los ubica dentro de la culpabilidad.

2.3.1. Posición de Cerezo Mir⁹⁴

El autor comentado rechaza la responsabilidad por el hecho como categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad, y considera que las causas de inculpabilidad basadas en la no exigibilidad de otra conducta llevan implícita un criterio generalizador, donde se da una menor gravedad de lo injusto. Pero agrega que ello no basta para la exclusión de responsabilidad penal, siendo necesario que se añada la exclusión de la culpabilidad (p. 763).

Al mismo tiempo, sostiene que la exclusión de la responsabilidad por el hecho del autor no determina, por sí misma, la impunidad de los partícipes, puesto que entiende que la accesoriedad de la participación depende de la naturaleza de la misma y de la concepción de lo injusto (p. 765).

2.3.2. El pensamiento de Welzel⁹⁵

Welzel trata a la “no exigibilidad” como una causa fáctica de exculpación, que no excluye el injusto ni la culpabilidad. Explica que, pese a la existencia de culpabilidad, el derecho se muestra indulgente frente la debilidad humana que lleva al que se encuentre en la necesidad de poner la propia salvación o la salvación de los parientes por encima del respeto a la integridad corporal o vida ajena (pp.248-249)

También considera al estado de necesidad exculpante como el caso más importante de no exigibilidad de la conducta conforme a derecho, citando el ejemplo de la tabla de Carneades y el caso de Mignotte (pp. 249-250).

⁹⁴ CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2008, pp.763-765.

⁹⁵ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 11° ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1976, pp.248-250.

2.3.3. Criterio de Roxin⁹⁶

Claus Roxin afirma que la responsabilidad por el hecho parte de una observación correcta, pues la exclusión de la responsabilidad no se basa en consideraciones sobre la culpabilidad individual, sino en causas generalmente excusables por no ser punible determinada actuación en situaciones excepcionales (p. 816).

Además, señala que las consecuencias prácticas de la responsabilidad por el hecho afectarían, sobre todo, a dos cuestiones:

“en primer lugar, la participación sería impune cuando falte la responsabilidad por el hecho del autor; y, en segundo lugar, si falta la responsabilidad por el hecho, estarían excluidas las medidas de seguridad y corrección, aun cuando el sujeto sea además inimputable” (p. 816)

No obstante, niega que la responsabilidad por el hecho se trate de un peldaño o elemento previo a la culpabilidad, y sostiene, sin dar mayores fundamentos, que no convencen los resultados prácticos de la mentada teoría de Maurach, pues a su criterio la participación en un hecho en estado de necesidad exculpante ha de considerarse por regla general punible (p. 816).

Por último, tampoco está de acuerdo con la ausencia de medida de seguridad para un enfermo mental que entra en un delirio homicida a la vista de sangre, pues entiende que éste es peligroso para la colectividad y que es adecuado imponer una medida de seguridad (p. 817).

2.3.4. Opinión de Jiménez de Asúa⁹⁷

El autor comentado considera a la inexigibilidad como una causa supralegal de inculpabilidad y, en este sentido, afirma que el ejemplo de la tabla de carneades, donde colisionan bienes de igual jerarquía, se sitúa como un caso de inculpabilidad, que está fuera del derecho.

Al mismo tiempo, sostiene que dicho supuesto se trata de un accidente infeliz, como el rayo o las inundaciones. Asimismo, señala que el derecho reconoce el acaecimiento ocurrido fuera de su área, que no puede reglamentar, ni impedir, ni reconocer.

⁹⁶ **ROXIN**, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Thomson - Civitas, trad. Diego Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y Gracia Conlledo y Javier Vicente Remesal, Madrid, 2008, tº 1, p. 815-817.

2.3.5. Opinión de Zaffaroni⁹⁸

El Profesor Zaffaroni considera a la inexigibilidad de otra conducta como la naturaleza última y común a todas las causas de inculpabilidad, y rechaza la posición de Jiménez de Asúa que sostiene que la inexigibilidad de otra conducta constituye una causa supra legal de inculpabilidad (p. 234).

Asimismo, el autor comentado sólo reconoce como supuestos de inexigibilidad de otra conducta provenientes de la situación reductora de la autodeterminación: 1) al estado de necesidad exculpante, donde incluye la coacción (vis compulsiva) por implicar para la víctima, en definitiva, una situación de necesidad, y 2) a la incapacidad psíquica para comprender la antijuridicidad (p. 252).

Finalmente, sostiene que con relación a la participación, rige el mismo principio que respecto de las causas de inculpabilidad, por lo que sólo alcanza al partícipe que se halla en situación o estado de necesidad. No teniendo ninguno de los dos concurrentes (autor y partícipe) la necesidad de afrontar el peligro, la inculpabilidad no pasa del autor al partícipe, ni de éste a aquél (p.253).

2.3.6. Fundamentos de Jakobs⁹⁹

Günther Jakobs sostiene que la finalidad de distinguir un escalón de responsabilidad con respecto a la culpabilidad no obedece al interés didáctico en distinguir instituciones generalizadoras de las individualizadoras, sino a la disposición de las consecuencias del delito y de las consecuencias sistemáticas (p. 594).

Rechaza la idea de que la exclusión de la responsabilidad no admita la participación y señala que en el caso del consejo de una persona no presionada a una presionada en el sentido de liberarse de una situación prevista por el art. 35 del Código Penal Alemán (situación de emergencia) mediante el sacrificio de otra persona, no satisface la solución de que dicho consejo no de lugar a responsabilidad alguna o que ni siquiera entregar el medio del hecho a la persona sujeta a presión constituya complicidad (p.595).

También explica que es posible reinterpretar algunos supuestos de inexigibilidad como si fueran de justificación, pero que mientras se mantenga el juicio de antijuridicidad, no se puede tratar al partícipe como si su comportamiento no hubiese defraudado expectativas (p. 594),

⁹⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Problemas de derecho penal*, Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, 1987, p. 77.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4° reimp., Ediar, Buenos Aires, 2006, t°. IV, pp. 234-253.

Por último, objeta el punto de partida de la teoría de la responsabilidad por el hecho, aduciendo que en las causas de inexigibilidad “no se trata de orientarse por las exigencias que la gente normal no puede cumplir, sino de que la ley puede presumir una presión motivacional individual porque (y en la medida en que) la situación indisponible para el autor ya explica suficientemente la deslealtad al Derecho” (pp.594-595).

2.4. Mi postura

Siendo los lineamientos de la teoría de la atribuidad (marco teórico), entiendo que resulta admisible retraer el análisis estratificado de la *responsabilidad por el hecho del autor* y ubicarlo en un estadio previo a la culpabilidad. En efecto, se advierte que el análisis de la responsabilidad por el hecho se basa en causas generales de inexigibilidad de otra conducta ajustada a la norma, es decir, que el examen se realiza dentro de un marco situacional de actuación del hombre medio de una sociedad determinada.

En otras palabras, la responsabilidad por el hecho consiste, precisamente, en la reprobación del hecho, pero ello no implica un reproche personal, pues, va de suyo, que no se asienta sobre elementos personales sino generales, que no impiden la gradación de la situación de inexigibilidad en que se halla inmerso el sujeto. De ahí la posibilidad de la ubicación sistemática de la *responsabilidad por el hecho* dentro de la categoría de atribuidad, pero en un peldaño previo a la culpabilidad.

Por esa razón los efectos excluyentes que benefician al autor han de proyectarse al partícipe que intervino en la causación del injusto doloso ajeno, siempre que se compruebe que éste conocía de antemano las circunstancias que impidieron al autor motivarse conforme a la norma y revelare solidaridad social para con éste. Como corolario de ello, se torna imposible la aplicación de sanción penal (penas y medidas de seguridad), toda vez que, en virtud de la exclusión de responsabilidad, resulta improcedente analizar si el sujeto actuó en forma culpable o inculpa.

Vale aclarar que por *solidaridad* ha de entenderse la adhesión circunstancial a la causa o a la empresa de otros, según la definición proporcionada por el diccionario de la Real Academia Española¹⁰⁰. Es decir, se trata de la “identificación personal con una causa o con alguien, ya por compartir sus aspiraciones, ya por lamentar como propia la adversidad ajena o colectiva”¹⁰¹, lo que no implica necesariamente participar de la motivación anómala que afecta

⁹⁹ JAKOBS, Günter, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2 ed., trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 594-596.

¹⁰⁰ R.A.E., <http://lema.rae.es/drae/?val=solidaridad>, 15 de Diciembre de 2014.

¹⁰¹ OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1997, pp. 935-936.

al autor del hecho principal, sino sólo brindar una cooperación, ayuda o auxilio que se traduce en un aporte co-causal del resultado del hecho del autor.

Entonces, siguiendo una interpretación extensiva de la teoría de la causación o del favorecimiento de la participación, es ajustado sostener la impunidad del partcipe que ha colaborado en causar la lesión de un bien jurídico ajeno, revelando solidaridad social con el autor, en tanto el propio partcipe no se encontrare, también, colocado en una situación de inexigibilidad de otra conducta ajustada a la norma.

En este último caso, si bien habrá exclusión de la responsabilidad del partcipe, ello obedecerá a la circunstancia de hallarse, también, éste afectado en su motivación por la influencia externa de un estado de necesidad exculpante, colaborando con el hecho del autor para evitar un mal grave e inminente, dirigida contra un bien jurídico propio o de un tercero, sobre la base de un vínculo de parentesco, amistad íntima o especial deber de gratitud (Verbigracia: art. 277, C.P., art. 875, ley 22.415).

Dicho de otro modo, en el supuesto particular de hallarse el propio partcipe inmerso en una situación de inexigibilidad, la exclusión de la responsabilidad que obrare a su respecto ya no responderá a una proyección de los efectos de la ausencia de responsabilidad por el hecho del autor (en virtud de la aplicación del principio de accesoriedad), sino que ello será consecuencia directa de la ausencia de responsabilidad por el hecho accesorio del partcipe, por reducción de su libre autodeterminación¹⁰².

Por el contrario, se observa que sí habrá responsabilidad del partcipe cuando éste no revelare solidaridad social y obrare impulsado por alguno de los siguientes motivos: 1) sentimiento de venganza, resentimiento, despecho u odio, es decir, con animo de lesionar, 2) mediar indiferencia sobre la situación de necesidad en que se encontrare el autor del hecho principal y no se hallare afectado en su propia libertad de decisión, o, bien, 3) cuando el partcipe hubiere incurrido en error vencible sobre la situación de necesidad, creyendo erróneamente, por ejemplo, que contribuía a evitar un mal grave e inminente.

De ahí que existirá responsabilidad del partcipe y, en consecuencia, su aporte accesorio al hecho del autor será punible, siempre y cuando también pueda serle reprochado personalmente.

En cuanto a lo demás, se reduce a una cuestión de hecho y prueba, que habrá de ser corroborada o falseada en función del análisis de los datos que surjan de los elementos de probatorios objetivos incorporados legalmente al proceso penal.

¹⁰² Para los defensores de la doctrina tradicional, dichos casos son tratados como causas de inculpabilidad individual del partcipe, por hallarse éste colocado en una situación motivacional anormal.

CAPÍTULO IV

PROCESO DE CONTRASTACIÓN EMPIRICA

1. Finalidad y orden de la presentación de los resultados

En el presente apartado se procede a la contrastación de las hipótesis sustantivas en la realidad empírica, a fin de demostrar, con fundamentos jurídico -científicos, y con base en los datos trabajados en la investigación, la insuficiencia de las teorías existentes sobre la cuestión, que, a su vez, constituyen la muestra representativa del universo en estudio.

Debe recordarse que lideran la doctrina dos posiciones encontradas, cada una de las cuales postula una pretendida solución relativa a la suerte de la participación frente a situaciones de inexigibilidad al autor de otra conducta adecuada a la norma, según sigan la orientación de la teoría de la atribuidad de Maurach o la teoría tradicional de la culpabilidad.

Por eso, se analiza la adopción de una posición conciliatoria e intermedia entre aquéllas doctrinas, basada no ya en puras razones dogmáticas ni de política criminal, sino en una perspectiva metodológica de la teoría del delito, armonizada con los fines de la accesoriedad de la participación.

Así, pues, se intenta validar las hipótesis sustantivas y, en consecuencia, demostrar que resulta adecuado proyectar al participe los efectos excluyentes de la ausencia de responsabilidad por el hecho del autor y que, por ende, el análisis de la exigibilidad ha de realizarse en un estadio previo a la culpabilidad.

Por todo, a continuación se exponen los resultados de la investigación realizada, procediendo a su análisis crítico. Además se hace mención del alcance de los postulados, del grado de cientificidad, limitaciones existentes y cuestiones pendientes aún no resueltas.

Por último, es pertinente aclarar que, por motivos de orden práctico y claridad expositiva, se analizan los puntos conducentes del trabajo de manera separada, para finalizar con una conclusión sintética y global sobre los resultados de la investigación.

2. La ubicación sistemática de la responsabilidad por el hecho

Al proceder al análisis de los criterios más relevantes sobre la cuestión, se pudo observar que no existe consenso doctrinario en cuanto a la *responsabilidad por el hecho* como categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad, dentro de la teoría del hecho punible. Más aún, muchos autores la rechazan y, en consecuencia, incluyen a las causas de inexigibilidad de otra conducta ajustada a derecho dentro de la categoría de la culpabilidad, siguiendo el criterio tradicional.

Además, se pudo comprobar que tampoco hay acuerdo doctrinario sobre el fundamento de la exclusión de responsabilidad penal, el número de los casos de inexigibilidad de otra conducta adecuada a la norma, ni en cuanto a la comunicabilidad de los efectos excluyentes al partícipe, variando los criterios según el ordenamiento jurídico de que se trate (derecho comparado).

Sin embargo, al realizar la contrastación empírica de las hipótesis en la realidad (revelada por las distintas opiniones de los autores citados), se pudo constatar que la ausencia de responsabilidad por el hecho del autor reconoce su fundamento en la influencia de factores externos al sujeto, que afectan su normal motivación. También se observó que, conforme lo revelado por Maurach, dichos factores externos no afectan el proceso cognoscitivo del autor, sino sólo el aspecto volitivo.

En este sentido, se advirtió que el sujeto tiene una apreciación correcta de las circunstancias en las que se encuentra, pero se decide a obrar de determinada manera, en contra de lo que manda el derecho, para salvaguardar un bien jurídico propio o de un tercero.

Asimismo, se confirmó que la *responsabilidad por el hecho* responde a criterios generales de actuación corporizados en el autor. Por consiguiente, el examen no se basa en elementos individuales y/o personales del sujeto. De ahí la posibilidad de la ubicación sistemática de la *responsabilidad por el hecho* dentro de la categoría de *atribuibilidad*, pero en un peldaño previo a la culpabilidad, tal como sostiene Maurach.

Entonces, para establecer si es exigible una conducta conforme a derecho, se ha de tomar como parámetro la conducta del hombre medio, inmerso en una determinada situación social, donde se analiza la inminencia y gravedad del peligro que cierne sobre el bien jurídico protegido, y la posibilidad o imposibilidad de actuar de otra manera.

Como corolario de ello, se corroboró que para efectuar el juicio de reproche personal a nivel de culpabilidad, no es necesario que el análisis de la *responsabilidad por el hecho* se sitúe como la “naturaleza última de las causas de inculpabilidad”, como pretende el profesor Zaffaroni, pues se advierte que el hecho es suficientemente reprochable con la comprobación de la conciencia del injusto y la capacidad de imputabilidad.

En resumen, conforme surge del criterio sentado por Maurach, que fuera compartido por Donna y Bacigalupo, se confirmó la hipótesis sustantiva en este aspecto, en cuanto se sostuvo que corresponde retraer la ubicación sistemática de la responsabilidad por el hecho y ubicarla en un estadio previo a la culpabilidad, toda vez que el análisis de las causas de inexigibilidad de otra conducta acorde a la norma no implica un juicio de reproche individual, sino que se basa en parámetros generales de valoración

3. Sobre la ampliación de los efectos excluyentes al partícipe. El principio de accesoriedad

Del análisis de los datos extraídos a partir de la observación de las distintas posiciones doctrinarias que conforma la muestra, se pudo ver que resulta procedente ampliar al partícipe los efectos excluyentes de la ausencia de responsabilidad por el hecho del autor, en ciertos casos particulares.

En esta línea de pensamiento, y en atención a la posición de Bacigalupo, se comprobó que ello tendrá lugar sólo cuando el partícipe revelare un sentimiento de solidaridad social, pues, precisamente, se advierte que su conducta es accesoria y persigue la producción del resultado del hecho del autor.

En efecto, se infiere que la mentada *solidaridad*, si bien se traduce en una opción (de no actuar conforme a la norma), no implica necesariamente participar de la motivación anómala que afecta al autor del hecho principal, sino sólo brindar una cooperación, ayuda o auxilio que se traduce en un aporte co-causal del resultado del hecho del autor.

Por consiguiente, se comprobó que resulta procedente, entonces, ampliar los reducidos límites del principio de accesoriedad limitada, de modo que comprendan la responsabilidad por el hecho, sin que la punibilidad del partícipe dependa de la culpabilidad del autor. En suma, se han validado las hipótesis sustantivas.

4. De la no proyección de los efectos excluyentes al partícipe

En sentido negativo a lo expuesto en el apartado anterior, se pudo comprobar que cuando el propio partícipe se encontrare, también, afectado en su motivación, si bien habrá exclusión de responsabilidad a su respecto, ello no responderá a una proyección de los efectos de la ausencia de responsabilidad por el hecho del autor (en virtud de la aplicación del principio de accesoriedad), sino que será consecuencia directa de la ausencia de responsabilidad por el hecho accesorio del propio partícipe, por reducción de su libre autodeterminación.

Se pudo ver que ello ocurrirá cuando el partícipe colabore con el hecho del autor bajo la influencia de factores externos, sobre la base de un sentimiento de amistad íntima, vínculo estrecho de parentesco y especial deber de gratitud.

Por añadidura, se observó que no habrá ampliación al partícipe de los efectos excluyentes (de la ausencia de responsabilidad por el hecho del autor) cuando no se revelare solidaridad social, sino que, por el contrario, el partícipe actúe impulsado por alguno de los siguientes motivos: 1) sentimiento de venganza, resentimiento, despecho u odio, es decir, con ánimo de lesionar; 2) mediare indiferencia sobre la situación de necesidad en que se encontrare el autor del hecho principal y no se hallare afectado en su libertad de decisión; 3)

cuando el partícipe hubiere incurrido en error vencible sobre la situación de necesidad, creyendo erróneamente, por ejemplo, que contribuía a evitar un mal grave e inminente.

En dichos casos, entonces, el partícipe habrá de responder por el hecho y, en consecuencia, su aporte accesorio a la acción principal del autor será punible, siempre y cuando también pueda serle reprochado personalmente.

5. Otras consideraciones

De la observación de la muestra, se pudo ver que no es posible exigir una limitación genérica de los bienes jurídicos del tercero afectado para ampliar los efectos excluyentes al partícipe, tal como pretende Bacigalupo, pues ello importaría, por ejemplo, trastocar la bases mismas del estado de necesidad exculpante, donde colisionan bienes de igual jerarquía.

Por otro lado, en concordancia en este punto con el criterio del profesor Zaffaroni, se pudo comprobar que nuestro ordenamiento jurídico no distingue entre bienes jurídicos salvables y no salvables, ni exige que el peligro que se pretende evitar recaiga exclusivamente sobre bienes jurídicos del necesitado, sino simplemente que constituya un mal grave e inminente (Art. 34, inc.2, C.P.).

En cuanto a las críticas formuladas por los detractores de la teoría de la atribuidad al decir que los supuestos de inimputabilidad también requieren cierta generalización, pues una individualización real no es posible ni siquiera en el ámbito de la culpabilidad, se logró corroborar que en los casos de exclusión de la exigibilidad de actuar de otro modo se vislumbra una considerable diferencia de gradación, tal como sostienen Bacigalupo y Nardiello. Además, en los casos de no exigibilidad de otra conducta el análisis no se basa en cuestiones psiquiátricas.

Por último, para refutar los argumentos del Prof. Roxin con relación al supuesto de enfermedad mental, si bien se dijo que será imposible la aplicación de medidas de seguridad, vale aclarar que no se puede exigir más a un incapaz que a un capaz de motivación en una situación anormal. Ello encuentra sustento en la interpretación dogmática que realiza Bacigalupo, por lo que, desde esta perspectiva, no se vislumbra inconveniente en la imposibilidad de aplicación de medida de seguridad, pues siempre se podrá recurrir al derecho civil para resguardar la integridad del enfermo mental y de terceros.

CONCLUSIONES

En virtud del silencio del legislador sobre la ubicación sistemática de la situación de responsabilidad por el hecho, se han desarrollado soluciones dogmáticas que se muestran insuficientes a la hora de resolver la cuestión objeto de estudio.

Es más, se advierte que dichas tesituras denotan un marcado celo intelectual que, lejos de propender a colmar la laguna normativa y ofrecer un remedio al problema identificado, pregonan una desmedida apología del derecho por el derecho mismo, perdiendo de vista la esencia de la teoría del delito como teoría de la imputación.

Por eso, luego de haber transitado los avatares de la presente investigación, se está en condiciones de retomar los interrogantes planteados al comienzo de la misma, que explicitaron los elementos relevantes del problema, con el objeto de brindar las respuestas correspondientes, según las hipótesis formuladas y contrastadas durante el recorrido metodológico:

1. ¿Corresponde proyectar al partícipe los efectos excluyentes de la situación motivacional anormal que libera al autor de responsabilidad por el hecho principal?

Del contraste de las hipótesis en la realidad, se pudo confirmar que sí corresponde proyectar al partícipe los efectos excluyentes de la situación de ausencia de responsabilidad por el hecho del autor, siempre y cuando se compruebe que aquél conocía o pudo conocer las circunstancias del estado de necesidad en que se hallaba inmerso éste, y hubiese actuado sobre la base de un sentimiento de solidaridad social, tal como sostienen Donna y Bacigalupo. Por lo tanto, se ha validado la hipótesis sustantiva en este aspecto.

Por el contrario, se pudo ver que no corresponde la ampliación de los efectos excluyentes al partícipe cuando éste no revelare solidaridad, sino que, por el contrario, hubiese actuado impulsado por alguno de los siguientes motivos: 1) sentimiento de venganza, resentimiento, despecho u odio, es decir, con ánimo de lesionar; 2) mediare indiferencia sobre la situación de necesidad en que se encontrare el autor del hecho principal y no se hallare afectado en su libertad de decisión; 3) cuando el partícipe hubiere incurrido en error vencible sobre la situación de necesidad, creyendo erróneamente, por ejemplo, que contribuía a evitar un mal grave e inminente.

Ciertamente, en los dos primeros supuestos antes indicados el partícipe ha cedido a la motivación delictiva, y su accionar accesorio no responde ya a un sentimiento de solidaridad para con el autor del hecho principal que se encuentra en una situación desgraciada, en tanto que en el tercer caso mencionado es evitable el error, razón por la cual se legitima el *ius*

puniendi y el partícipe habrá de responder penalmente, siempre y cuando también pueda serle reprochado personalmente el hecho, claro está.

2. ¿El partícipe ha de hallarse, también, alcanzado por la situación motivacional anormal que afecta al autor para que pueda beneficiarse con la exclusión de responsabilidad penal?

En este sentido, también se ha confirmado la hipótesis, indirectamente, mediante la comprobación de que no es necesario que el partícipe se halle afectado en su motivación, pues en dichos casos si bien habrá exclusión de responsabilidad a su respecto, ello no responderá a una proyección de los efectos de la ausencia de responsabilidad por el hecho del autor (en virtud de la aplicación del principio de accesoriedad), sino que será consecuencia directa de la ausencia de responsabilidad por el hecho accesorio del propio partícipe, por reducción de su libre autodeterminación.

Más precisamente, se confirmó que ello sucederá cuando el partícipe hubiese contribuido con el hecho del autor para evitar un mal grave e inminente, impulsado por un vínculo de parentesco, amistad íntima o especial deber de gratitud, por aplicación analógica *in bonam partem* de las causales previstas por el art. 277 del Código Penal, para el delito encubrimiento.

3. ¿El principio de accesoriedad limitada es insuficiente en cuanto a su alcance y efectos?

Se pudo ver que el principio de accesoriedad limitada resulta demasiado estrecho en cuanto a sus alcances y contenido, pues no comprende los supuestos de ausencia de responsabilidad por el hecho del autor, que se ubican más allá del injusto.

También se pudo comprobar que dichas circunstancias se traducen en soluciones injustas y metodológicamente inadecuadas con relación al partícipe, cuyo aporte resulta punible no obstante haber colaborado con el hecho principal del autor que se halla inmerso en una situación de inexibilidad de otra conducta acorde a derecho y que, por ende, se ve beneficiado con la exclusión de responsabilidad.

Por consiguiente, se pudo comprobar que el principio de accesoriedad limitada deviene insuficiente, desde el punto de vista dogmático, para dar respuesta a las nuevas situaciones que se presentan en la práctica, cuya injusticia en la resolución del conflicto, según el estricto criterio tradicional, repugna al ordenamiento jurídico todo.

4. Es necesario retraer el análisis estratificado de los supuestos de inexigibilidad de otra conducta conforme a la norma y ubicarlo en un nivel previo a la culpabilidad?

Se pudo confirmar que al retraer el análisis de la responsabilidad por el hecho y ubicarla entre la antijuridicidad y la culpabilidad (dentro de la atribuibilidad) y, al mismo tiempo, extender los difusos límites del principio de accesoriedad limitada, se podrá arribar a situaciones metodológicamente más adecuadas con relación a la suerte de la participación.

Por todo, se ha de reconocer la importancia de la teoría de Maurach sobre la responsabilidad por el hecho – validada conceptualmente - que ha venido a extender los límites del principio de accesoriedad limitada y dar inicio al tránsito hacia una nueva accesoriedad responsable, que medie entre la accesoriedad limitada y la accesoriedad extrema, pues si el autor de un hecho principal antijurídico es eximido de responsabilidad por haber obrado bajo una motivación anormal, parece lógico, en principio, que ese mismo efecto excluyente se proyecte al partícipe que reveló solidaridad social para con aquél.

5. A modo de corolario

Más allá de la ubicación sistemática que pretenda otorgarse a la responsabilidad por el hecho, se advierte que la ampliación de los efectos excluyentes al partícipe que revela un sentimiento de solidaridad, viene a colmar lagunas jurídicas, pues trae aparejado resultados mucho más justos y satisfactorios que el criterio dominante.

Por lo tanto, los límites difusos y tradicionales de la accesoriedad limitada han de ceder frente a situaciones de inexigibilidad de otra conducta ajustada a la norma, de acuerdo a parámetros sociales generales.

En consecuencia, corresponde que se proyecte al partícipe (que reveló solidaridad) la impunidad que beneficia al autor del hecho principal, que ha obrado bajo una motivación anormal, lo que se traduce en una nueva accesoriedad responsable, comprensiva de la situación de responsabilidad por el hecho del autor.

Al respecto, es necesario recordar las palabras del Beccaría, al sostener que:

"...pero si, sosteniendo los derechos de los hombres y de la invencible verdad, contribuyese a arrancar de los espasmos y angustias de la muerte a alguna víctima infortunada de la tiranía o de la ignorancia, igualmente fatales, las bendiciones y lágrimas de un solo inocente en los transportes de su alegría, me consolarían del desprecio de los hombres"¹⁰³.

Para finalizar, nuestro ordenamiento jurídico no prevé expresamente la disminución de la ilicitud por inexigibilidad de otra conducta (más allá de las escasas previsiones del art. 34

¹⁰³ BECCARIA, Cesare, *Tratado de los delitos y de las penas*, Director Adolfo Alvarado Velloso, Juris, Rosario, 2006, p. 22.

inc. 2, C.P.) ni su ampliación al partícipe, por lo que se hace necesario una reforma legislativa que contemple la adecuación de la regulación del principio de accesoriedad en su relación con la situación de responsabilidad por el hecho del autor, con el propósito de erradicar la inseguridad jurídica, unificar criterios dogmáticos y jurisprudenciales, y evitar soluciones injustas que repugnan al ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- ABALOS, Raúl Washington, *Derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993, t. II°.
- ALCALÁ ZAMORA [et. al.], *Derecho procesal penal*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1945, T. II.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Garantismo procesal Versus prueba judicial oficiosa*, Juris, Rosario, 2006.
- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2° ed., 3° reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2012.
- BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad. Francisco Tomas y Valiente, Ediciones Libertador, Buenos Aires, 2005.
- CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, El Foro, Buenos Aires, 2006.
- CEREZO MIR, José, *Derecho penal. Parte general*, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2008.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., *Tratado de derecho procesal penal*, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2008, t.I°.
- *Tratado de derecho procesal penal*, Ediar, Buenos Aires, 1960/1968, t° VI, pp.109-137.
- CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- D'ALBORA, Francisco J., *Código procesal penal de la nación. Anotado. Comentado. Concordado*, 7° ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005, t.I°
- D'ALESSIO, Andrés José, *Código Penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2° ed., La Ley, Buenos Aires, 2009.
- DE LA RÚA, Fernando, *La Casación Penal, El recurso de casación penal en el nuevo código procesal penal de la nación*, Lexis –nexis, Buenos Aires, 2006
- DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, 3° ed. Actualizada, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2009.
- *Casos y fallos de derecho penal*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trota, 9° ed., Madrid, 2009.
- GASCÓN ABELLAN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*, Palestra Editores S.R.L. Lima, 2003.

- JAKOBS, Günter, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2 ed., trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Problemas de derecho penal*, Ediciones Jurídicas, Lima – Perú, 1987.
- MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, Editores Del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2012, tº I.
- MAURACH, Reinhart y Heinz Zipf, *Derecho penal. Parte general*, 7º ed. alemana, trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, tº 1.
- MAURACH, Reinhart [et al], *Derecho penal. Parte general*, 7º ed. alemana, trad. Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, tº 2.
- MAYER, Max Ernest, *Derecho penal. Parte general*, 1ra ed, trad. Sergio Politoff Lifschitz, IB de F, Montevideo – Buenos Aires, 2007.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 8º ed, B de F, Montevideo - Buenos Aires, 2008.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al derecho penal*, 2º ed., B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2001.
- NARDIELLO, Ángel Gabriel, *Estructura del hecho punible*, 2 ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2013.
- NAUCKE, Wolfgang, *Derecho penal. Una introducción*, 10 ed, trad. Leonardo Geran Brond, Astrea, Buenos Aires, 2006.
- NUÑEZ, Ricardo C., *Manual de derecho penal. Parte general*, Lerner, Córdoba – Buenos Aires, 1977.
- OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Heliasta, Buenos Aires, 1997,
- RAFECAS, Daniel Eduardo, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2009.
- RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, LexisNexis, Buenos Aires, 2008.
- RIGHI, Esteban y FERNANDEZ Alberto A., *Derecho penal. La ley. El delito. El proceso y la pena*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.
- ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7º ed, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

- *Derecho penal. Parte general. Fundamentos, la estructura de la teoría del delito*, Thomson - Civitas, trad. Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Gracia Conlledo y Javier Vicente Remesal, Madrid, 2008, tº 1.

RUBIANES, Carlos J., *Manual de derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1977, tºII.

SAMAJA, Juan Alfonso, *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*, 3º ed., 4º reimp., Eudeba, Buenos Aires, 2004.

SIERRA BRAVO, H., *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*, Thomson, 5º Ed., Madrid, 2007.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 4º ed., 1º reimp, trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2008.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge E., *La defensa penal*, 4º ed., Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006,

WELZEL Hans, *Derecho penal alemán. Parte general*, ed. 11º, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Teoría del delito*, Ediar, Buenos Aires, 1973.

- *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4º reimp., Ediar, Buenos Aires, 2006, tº. IV.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2011.

Claudio Osmar Bonari

D.N.I. N° 28.476.937

Matricula (U.B.) N° 758

Abogado – Escribano (U.N.T.)

Magister en Derecho Procesal (U.N.R.)

Secretario a cargo de la Secretaría Penal

del Juzgado Federal N° 2 de Jujuy

Tel. cel. (0381) 156418733

E-mail: claudiobonari@hotmail.com