

## LA ACCESORIEDAD CUALITATIVA DE LA PARTICIPACIÓN

Carlos Martínez-Buján Pérez\*

**Resumen:** Se analiza la accesoriidad cualitativa de la participación a partir de las novedosas premisas que ofrece la concepción significativa de la acción, elaborada primigeniamente por VIVES ANTÓN, que comporta extraer unas consecuencias que se apartan de las obtenidas por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias. En particular, se propone una renuncia no solo a la accesoriidad limitada, sino también a la accesoriidad mínima subjetiva. Se acoge el criterio de la accesoriidad mínima objetiva (accesoriidad lógico-gramatical) y se explican las consecuencias que se derivan de ello.

**Palabras clave:** Concepción significativa de la acción. Participación. Accesoriidad de la participación. Autoría. Autoría mediata. Tentativa. Realización y ejecución del hecho.

---

Recibido: octubre 2020. Aceptado: noviembre 2020

\* Catedrático de Derecho Penal

Departamento de Derecho Público. Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña. Campus Elviña s/n 15071 A Coruña. E-mail: c.martinez-bujan@udc.es

## THE QUALITATIVE ACCESSORY OF PARTICIPATION

**Abstract:** The qualitative accessory nature of participation is analyzed based on the novel premises offered by the meaningful conception of the action, originally elaborated by VIVES ANTÓN, which involves extracting consequences that are different from those obtained by the majority doctrine and jurisprudence. In particular, a waiver is proposed not only of limited accessory, but also subjective minimum accessory. The criterion of the minimum objective accessory (logical-grammatical accessory) is accepted and the consequences derived from it are explained.

**Keywords:** Significant conception of the action. Participation. Accessory to the participation. Perpetratorship. Indirect Perpetratorship. Attempt. Realization and execution of the deed.

### I. Introducción: una accesoriadad lógico-gramatical (accesoriadad mínima objetiva, referida al tipo de acción)

El presente trabajo pretende justificar el criterio que, desde la perspectiva cualitativa<sup>1</sup>, debe acogerse en materia de

---

1 Cuando se trata de averiguar cuáles son los elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) que deben concurrir en el hecho realizado por el autor para que pueda ser castigada la actividad del partícipe, se habla usualmente de accesoriadad “cualitativa” o “interna”. Así, esta vertiente de la accesoriadad se diferencia de la accesoriadad “cuantitativa” o “externa”, que alude al estadio ejecutivo que debe haber alcanzado la conducta del autor para poder sancionar la intervención del partícipe. Vid. por todos PEÑARANDA, 1990, p. 327; ROBLES, 2003, pp. 170 ss.; DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, 2002, pp. 979 s. De especial interés sobre la accesoriadad “cuantitativa”, vid., más recientemente, con indicaciones, CUERDA RIEZU, 2017, pp. 497 ss., cuya exposición comparto plenamente y cuyos criterios rectores son: de un lado, que el castigo de la participación presupone que el autor haya iniciado el primer acto ejecutivo, esto es, que haya realizado cuando menos una tentativa, y que no se haya producido la terminación del delito; de otro lado, que la tentativa comienza con el acto merced al cual el autor se dispone inmediatamente a realizar el tipo, de acuerdo con su plan delictivo. En la doctrina alemana dominante se entiende también que el hecho realizado por el autor puede estar consumado o sólo intentado; y si el autor se queda en la fase preparatoria, existirá sólo una

accesoriedad de la participación con arreglo a las premisas de la concepción significativa, un criterio que, a mi juicio, tiene pleno acomodo en el CP español y que conduce a consecuencias político-criminalmente satisfactorias. Se trata de una accesoriedad que debe ir referida a la realización de un tipo de acción por parte del autor.

Esta clase de accesoriedad puede ser calificada como “accesoriedad lógica o gramatical” o también como “accesoriedad mínima objetiva”, con el fin de llamar la atención sobre el hecho de que, en rigor, no se identifica con ninguno de los criterios señalados tradicionalmente en la doctrina, que, como es sabido, ha venido distinguiendo tres clases fundamentales de accesoriedad: mínima, media o limitada y máxima o extrema (incluso una hiperaccesoriedad).

Ciertamente, podría denominarse simplemente “accesoriedad mínima”<sup>2</sup>, en el sentido de que dicho criterio consi-

---

participación intentada, que, conforme al § 30, es siempre impune con la excepción de la inducción intentada en delitos graves. Vid. por todos ROXIN, A.T., II., (P.G.,II) § 26/2.

Desde otra perspectiva, la accesoriedad a la que me refiero aquí es la accesoriedad en sentido estricto o accesoriedad en sentido *negativo*, puesto que de lo que se trata es de saber cuáles son los requisitos necesarios para que pueda castigarse la participación. Este es, por lo demás, el sentido originario de la participación, o sea, limitar la pena de la participación: la accesoriedad impide castigar a alguien como partícipe de un delito si el autor no ha cumplido los mencionados requisitos en el hecho principal. Este aspecto debe ser diferenciado del aspecto denominado “positivo” del principio de accesoriedad, merced al cual el cumplimiento de los requisitos de un determinado tipo de acción relevante para el Derecho penal por parte del autor hace posible el castigo del partícipe, aunque este no los haya realizado por sí mismo (vid. por todos HERZBERG, 1977, p. 139 ss.; en nuestra doctrina vid. PEÑARANDA, 1990, pp. 338 ss., y ROBLES, 2003, pp. 167 ss.). Por consiguiente, el cumplimiento de dichos requisitos por parte del autor no implica ineluctablemente que el partícipe vaya a responder penalmente ya, sin más, por su contribución al hecho. Al contrario, esta responsabilidad dependerá de criterios materiales relacionados con el fundamento de la pena de la participación.

- 2 Así vid. ya MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 2ª ed., 2007, p. 344, y vid. también del mismo autor 2013, p. 90 (si bien aclarando que se trataba

dera suficiente para admitir el castigo de la participación la realización de una conducta penalmente típica por parte del autor, sin necesidad de requerir, pues, que esa conducta típica sea además antijurídica en el sentido en el que se expresa la opinión dominante, esto es, en el de que no concorra en el autor una de las denominadas causas de justificación.

Ahora bien, tal denominación de “accesoriedad mínima” puede inducir a confusión en la medida en que no significa lo mismo para todos: en última instancia dependerá de cómo se conciba el tipo penal. Personalmente, de conformidad con los postulados de la concepción significativa, parto de la base de que el tipo (caracterizado como “tipo de acción”, incardinado en la primera pretensión de validez de la norma penal) no incluye la infracción de la norma personal de conducta, por lo que el dolo y la imprudencia (concebidos como formas de ilicitud, incluidas en la segunda pretensión de validez) no pertenecen a él. En cambio, para la opinión dominante el tipo penal incluye tales formas de ilicitud en la denominada vertiente subjetiva del tipo (caracterizado, pues, como “tipo de injusto”). De ahí, en suma, que la expresión “accesoriedad mínima” puede poseer un significado diferente en función de los elementos que se quieran incluir en el tipo penal.

Así las cosas, para evitar de antemano toda confusión, procede adjetivar la “accesoriedad mínima” con el ulterior calificativo de “objetiva”, de tal manera que quede claro que, para el castigo de la participación, basta con que el autor haya realizado un tipo de acción, aunque hubiese obrado sin dolo ni imprudencia.

Y me parece oportuno conservar también el adjetivo de “mínima”, habida cuenta de que la expresión “accesoriedad objetiva” puede inducir asimismo a confusión desde

---

de una “accesoriedad referida a un tipo de acción objetivamente antijurídico”). También VIVES, 2011, pp. 795 s., y GÓRRIZ, 2019, pp. 97 ss., 102 ss. y 108 ss., emplean esa denominación

un punto de vista diferente, a saber: tal expresión puede ser entendida en el sentido de exigir que el autor (además de realizar una conducta típica) no hubiese realizado los presupuestos objetivos de una causa de justificación (esto es, requerir que el hecho principal no esté *objetivamente* justificado), sea porque se considere que tales causas son elementos negativos del tipo, sea porque, al margen de esta tesis, se entienda que la inexistencia de los presupuestos objetivos de la justificación es, en todo caso, requisito imprescindible para admitir el castigo de la participación. De hecho, a esta última tesis podemos denominarla *accesoriedad limitada a la parte objetiva del injusto* (o de la antijuridicidad) (o si se prefiere, *accesoriedad referida a “elementos objetivos constitutivos del injusto típico no objetivamente justificado”*)<sup>3</sup>.

Así, cabe anticipar aquí que, a mi juicio, si en la realización de un hecho típico por parte del autor concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, pero el partícipe los desconoce, cabrá castigar la conducta de este (y ello con independencia de lo que suceda con el autor: si este desconoce los presupuestos objetivos también será castigado y si los conoce –y los quiere– no lo será).

En suma, de conformidad con los postulados de la concepción significativa, la tesis que aquí voy a desarrollar consiste en entender que la norma que debe servir de base para admitir el castigo de la participación es la realización de un *tipo de acción* por parte del autor, un tipo que no solo no exige la ausencia de causas de justificación sino que tampoco incluye el dolo y la imprudencia, y cuya constatación, por tanto, se reduce a comprobar que el autor llevó a cabo la conducta descrita en el tipo penal de que se trate y que esa conducta vulneraba un bien jurídico penal (imputación objetiva en sentido estricto).

---

3 Paradigmática al respecto en nuestra doctrina es la tesis de ROBLES, 2003, pp. 220 ss. (a la que me referiré más abajo con detenimiento) de quien tomo la expresión entrecomillada.

Ahora bien, tal comprobación incluirá la presencia en el autor del especial elemento subjetivo del tipo de acción en el caso de que la figura de delito de que se trate así lo requiera: tal elemento subjetivo específico nada tiene que ver con el dolo (o sea, con la ilicitud o infracción de la norma personal de conducta), dado que es un elemento más para poder definir (gramaticalmente) la acción<sup>4</sup>. De ahí que, en rigor, incluso el empleo del vocablo “objetiva” para calificar la accesoriadad podría no ser tampoco plenamente correcto desde esta perspectiva (depende de cómo se conciba ese calificativo), porque cabe la posibilidad de que el tipo de acción de algunas figuras delictivas (y siempre en la tentativa) se integre con un momento subjetivo, por más que el contenido de este adjetivo nada tenga que ver con la infracción de la norma personal de conducta<sup>5</sup>. Eso sí, si nos valemos de la terminología empleada en el marco de la concepción significativa, hay una denominación plenamente correcta: “accesoriadad (lógico-gramatical) referida al tipo de acción”.

Aunque inicialmente VIVES no se había pronunciado expresamente al respecto en su trabajo de 1996, la caracterización de la accesoriadad que acabo de describir se deducía implícitamente de diversos pasajes de su exposición. Así lo

---

4 Sobre ello vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2013-a, pp. 233 ss., y 2020-a, pp. 65 ss.

5 Por ello, conforme a las premisas de la concepción significativa no es todo lo precisa que debiera la fórmula que en algún caso emplea GÓRRIZ (2019, p. 112) para describir la accesoriadad del partícipe, a saber: basta con que “el autor hubiera realizado la parte objetiva de dicho tipo de acción”. No obstante, hay que reconocer que, a renglón seguido, esta penalista aclara que dicha fórmula supone “que (scil., basta con que) la conducta del autor fuera típica y ofensiva”, y en otros lugares subraya, asimismo, que la norma de referencia es la realización de un tipo de acción por parte del autor (vid., p. ej., p. 110, donde recoge literalmente mi caracterización de la accesoriadad). En resumidas cuentas, es cierto que la accesoriadad de la participación no presupone la infracción de la norma personal de conducta en el autor (y desde esa perspectiva queda eliminada toda connotación subjetiva), pero no lo es menos que, en ocasiones, el tipo de acción exige un momento subjetivo para su integración.

apuntaron ya algunos penalistas<sup>6</sup>, y tal caracterización fue refrendada explícitamente por el propio VIVES en 2011 en la 2ª edición de su trabajo<sup>7</sup>. Posteriormente, en trabajos más recientes, inspirados en el pensamiento de la concepción significativa, GÓRRIZ<sup>8</sup> y MARTÍNEZ-BUJÁN<sup>9</sup> han señalado algunas consecuencias que se derivan de este entendimiento de la accesoriidad.

En el presente estudio, y partiendo asimismo de los postulados de la concepción significativa, pretendo ofrecer una exposición ordenada de las cuestiones relativas al fundamento de esta clase de accesoriidad y a las consecuencias que cabe extraer de ella, desarrollándolas en algunos casos y matizándolas en otros. Precisamente, el interés de la tarea que acometo reside en que, en el seno de la concepción signi-

---

6 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 2ª ed., 2007, pp. 344 s., añadiendo que dicha caracterización era la más congruente con la concepción significativa del delito; GÓRRIZ (2008, p. 418), quien, tras hacerse eco de las afirmaciones de VIVES, escribía que “desde la propuesta aquí sostenida bastaría que la conducta del autor fuera típica”, si bien en otros pasajes de este trabajo se inclinaba por el criterio de la accesoriidad limitada, que, en su opinión, se desprendía del art. 28 CP (pp. 203 s.). Con todo, posteriormente, en su trabajo de 2019, GÓRRIZ, corrobora el criterio de la accesoriidad mínima objetiva (pp. 107 ss.), considerándolo plenamente congruente con la concepción significativa (p. 111). Por su parte, a partir de la 3ª ed. de su Manual ORTS/G. CUSSAC (2011, p. 269), si bien no se pronunciaban explícitamente sobre la clase de accesoriidad que se deriva de la concepción significativa, dejaban abierta la posibilidad de sostener la tesis que aquí se acoge, al afirmar (más allá de la no coincidencia terminológica) que “respecto de la participación rige el *principio de accesoriidad*, para un sector de la doctrina entendida en un sentido *máximo* (la responsabilidad del partícipe incluye todos los presupuestos del delito cometidos por el autor) o *limitado* (el partícipe solo responde de los presupuestos del tipo objetivo)” (subrayados en el original). Posteriormente, en la 8ª ed. ORTS/G. CUSSAC (2019, pp. 289 s.) se hacen eco ya expresamente de este criterio, empleando la calificación de “accesoriidad mínima objetiva”.

7 Vid. VIVES, 2011, pp. 791 ss.

8 Vid. GÓRRIZ, 2019, pp. 97 ss.

9 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 62 ss. y 216 ss.

ficativa, no todos sus seguidores comparten plenamente la caracterización que aquí se preconiza sobre la accesoriedad. Con todo, es importante advertir de que la discrepancia esencial estriba en el hecho de que no se comparte la naturaleza personal de las causas de justificación<sup>10</sup>.

Por consiguiente, a la vista de los dos aspectos fundamentales que hay que analizar en materia de accesoriedad cualitativa, considero preferible comenzar por el aspecto relativo a la clase de accesoriedad que requiere mayores exigencias (partiendo, claro es, de la concepción del injusto personal, dominante en la actualidad y que aquí también acojo), esto es, el aspecto referente a la *naturaleza personal* de las causas de justificación. Este aspecto, no solo resulta más sencillo de exponer, sino que me permite enlazar con una corriente crítica de opinión que se halla asentada ya desde hace tiempo en la doctrina penal (desde diversas posiciones metodológicas), esencialmente por parte de los penalistas que se inscriben en la concepción finalista del delito. En otras palabras, este primer aspecto se concreta en averiguar si debe mantenerse o no el criterio de la accesoriedad limitada.

Una vez que aclaremos este primer aspecto, en el sentido de renunciar al criterio de la accesoriedad limitada, estaremos en condiciones de abordar después el segundo aspecto, a saber: obtenida la conclusión de que la norma que ha de servir de referencia para la participación es la realización de una conducta típica por parte del autor, habrá que dilucidar qué es lo que hay que entender, en concreto, por “típica”. Ni que decir tiene que es aquí donde la concepción significativa permite ofrecer una fundamentación convincente (y novedosa) para acoger el criterio de lo que aquí he denominado “accesoriedad lógico-gramatical” o “accesorie-

---

10 Es lo que sucede con autores como CARBONELL y MARTÍNEZ GARAY (vid. CARBONELL, dir., 2008, *passim*) CUERDA ARNAU, 2019, p. 30. Sobre la posición de CARBONELL y MARTÍNEZ GARAY, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2013, pp. 55 ss.

dad mínima objetiva”, que excluye la infracción de la norma personal de conducta por parte del autor.

## II. La renuncia al criterio de la accesoriedad limitada

Como acabo de esbozar en el epígrafe anterior, la renuncia al criterio de la accesoriedad limitada obedece al hecho de partir de la naturaleza *personal* de las causas de justificación (o, en la terminología propuesta por VIVES, “causas personales de exclusión de la ilicitud” o “permisos fuertes”)<sup>11</sup>. Dicho aquí de manera resumida, para VIVES todos los *permisos* excluyentes de la responsabilidad criminal (incluidos los permisos fuertes, o sea, las denominadas causas de justificación) son de *naturaleza personal*<sup>12</sup>, puesto que no suponen una negación de las premisas fácticas y normativas (relevancia y ofensividad), o sea, no comportan una negación de la antijuridicidad material u objetiva, sino que eliminan simplemente la antijuridicidad formal o subjetiva (o ilicitud personal), con lo cual el partícipe que no goza de la protección del permiso puede ser responsable penalmente, aunque en la conducta del autor no concorra

11 Vid. VIVES, 1996, pp. 485 ss. Vid. también la 2ª ed., 2011, pp. 492 ss.

12 Huelga aclarar que el sentido de esta expresión, según explico a continuación en el texto, no es el que le otorga un sector doctrinal cuando alude a las denominadas “causas personales de justificación”. Esta expresión solo cobra sentido en el planteamiento de aquellos penalistas que consideran que las causas de inexigibilidad también son causas de justificación, con la única diferencia de que en ellas la ponderación de bienes no es la misma para cualquier sujeto, dado que hay elementos del conflicto que solo están presentes en algunas personas, esto es, en aquellas a las que se excluye de responsabilidad. En definitiva, se las califica de “personales” porque el conflicto de intereses o de bienes se resuelve de manera distinta según los sujetos. Vid. en este sentido MOLINA (2001, pp. 663 s., n. 95), quien ejemplifica que “para una madre que encubre a su hijo el conflicto no se plantea como para un extraño, sencillamente porque en su caso entra en juego un nuevo bien jurídico –el mantenimiento de los lazos afectivos en la familia– que no está presente en el extraño, pero que no por ello deja de tener valor para el derecho”.

la antijuridicidad formal (no actúe de forma personalmente ilícita), al existir para él una causa de justificación. Y cabe anticipar que de ahí concluye explícitamente VIVES en la 2ª edición de su obra que, concebida de forma lógica y no valorativa, “la accesoriadad con la que procede operar no es la limitada, sino la mínima”<sup>13</sup>.

En mi opinión, esta idea de la naturaleza personal de las causas de justificación o de exclusión de la ilicitud (y el consiguiente rechazo del criterio de la accesoriadad limitada para admitir la participación) debería ser compartida (al margen ya de la concepción significativa) por todos aquellos que caracterizan la norma penal como norma directiva de conducta. Y, de hecho, es acogida también en la doctrina española por penalistas, que, si bien adoptan presupuestos metodológicos diferentes de los que aquí asumo, coinciden en atribuir a la norma penal dicha naturaleza, como, v. gr., MOLINA o BOLDOVA<sup>14</sup>.

No obstante, pese a partir también de una concepción personal del injusto, DÍEZ RIPOLLÉS arguye que no resulta convincente optar por una accesoriadad mínima, sobre la base de entender que “la concepción personal del injusto no altera la distinción entre injusto específico y genérico”, de

---

13 Vid. VIVES, 2011, pp. 795 s. (la frase entrecomillada es de p. 796). Con todo, recuérdese que, a mi juicio, habría que matizar –según expliqué más arriba– que la “accesoriadad mínima” que se desprende de la concepción significativa posee un alcance diferente del que se deriva de otras concepciones metodológicas que también emplean esa expresión.

14 Baste con recordar, sin perjuicio de lo que expondré más abajo en el epígrafe III.3.1., que, para MOLINA (2001, pp. 27 y 611), el desvalor material del hecho desde la perspectiva del ordenamiento jurídico de cara a terceros puede ser “tanto una infracción no culpable de la norma –por ello un hecho antijurídico en el sentido habitual de la expresión–, como un hecho neutral, como incluso un comportamiento jurídicamente correcto o debido”. Por lo demás, expresamente rechaza este autor el dominante criterio de la accesoriadad limitada en materia de participación (pp. 646 y 842). La posición de BOLDOVA (a la que se adhiere CEREZO) se expone a continuación en el texto en este mismo apartado.

tal forma que “el injusto no está definitivamente constituido mientras no se somete a una valoración contextualizada, lo que no sucede hasta la antijuridicidad”, en atención a lo cual “la accesoriadad mínima, argumentada desde la concepción personal de lo injusto, supone anticipar indebidamente el juicio de antijuridicidad al tipo”<sup>15</sup>. Sin embargo, con respecto a esta argumentación hay que oponer que en una sistemática que asume una concepción personal del injusto (y una concepción personal de las causas de justificación) no debería haber, en rigor, dos clases diferentes de injusto, sino solo uno, que obviamente debe calificarse de específico. Y, desde luego, en la sistemática de la concepción significativa solo hay una clase de injusto (o ilícito), integrado en la segunda pretensión de validez de la norma penal, permaneciendo el tipo como mero tipo de acción, este sí merecedor del calificativo de *genérico*, al expresar la relevancia y ofensividad que integran la primera pretensión de validez de la norma (la pretensión conceptual de relevancia). Por lo demás, no tengo inconveniente en compartir con DÍEZ la idea de que el injusto o ilícito (personal) no surge hasta que se acredita la ausencia (personal) de causas de justificación (que califico de “causas de exclusión de la ilicitud”); pero de ahí nada cabe colegir en referencia a la accesoriadad de la participación. En otras palabras, DÍEZ da por demostrado aquello que precisamente habría que demostrar, a saber: que para la accesoriadad de la participación se exige la ausencia de causas de justificación, una exigencia que, a mi juicio, no debe admitirse si la accesoriadad se concibe desde un punto de vista meramente lógico-gramatical, y no valorativo o sustantivo.

En suma, la caracterización de la accesoriadad que aquí se preconiza supone un apartamiento de la posición de la doctrina dominante, la cual considera, conforme a la tesis tradicional de la accesoriadad limitada<sup>16</sup>, que quien induce

15 Vid. DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., p. 382.

16 Vid., por todos, la caracterización de esta clase de accesoriadad en PEÑARANDA, 1990, p. 337.

a (o coopera en) un hecho justificado no incurre en responsabilidad criminal alguna, puesto que para poder castigar al partícipe se requiere la realización de una conducta típica y antijurídica por parte del autor.

A favor del criterio de la accesoriidad limitada suele invocarse la afirmación de que se trata de un criterio “materialmente correcto”, porque, de un lado, “vincula el castigo de la participación, de modo conforme al Estado de Derecho, a la existencia de un injusto típico del autor, evitando así una extensión excesiva a la punibilidad de la participación, que sería inevitable si se renunciase a la accesoriidad” y, de otro lado, “colma también lagunas de punibilidad incomprensibles que traería consigo el aferrarse a la accesoriidad máxima”<sup>17</sup>.

No obstante, esta opinión debe ser matizada desde una doble perspectiva. Por una parte, es cierto que la accesoriidad limitada colma lagunas incomprensibles con respecto a la accesoriidad máxima; pero, del mismo modo hay que añadir que la accesoriidad mínima también colma lagunas incomprensibles con relación a la propia accesoriidad limitada (según explico a continuación en las siguientes páginas) y máxime si esta clase de accesoriidad limitada se concibe (como hace la opinión dominante) como accesoriidad subjetiva, en cuyo caso, las lagunas se incrementan todavía más. Por otra parte, también es cierto que vincular el castigo de la participación a la existencia de un hecho típico y antijurídico (ilícito) supone restringir la punibilidad con relación a la accesoriidad mínima; pero la cuestión que hay que dilucidar es si esta restricción es deseable, algo que, a mi juicio, debe responderse negativamente. En otras palabras, la opción por la accesoriidad mínima (incluso por la accesoriidad mínima objetiva) en modo alguno comporta una extensión excesiva de la punibilidad. Si, con arreglo a la accesoriidad mínima, el presupuesto para admitir el castigo de la participación es

17 Cfr. ROXIN, A.T., II., (P.G.,II) § 26/34.

la existencia de un hecho típicamente relevante y vulnerador de un bien jurídico penal realizado por el autor (además, doloso en el caso de la accesoriedad mínima subjetiva), ¿puede sostenerse, en verdad, sin mayores explicaciones, que supone un desbordamiento de la punibilidad, incompatible con el Estado de Derecho, castigar al partícipe que desconoce la justificación que concurre en el comportamiento del autor?<sup>18</sup>.

En esta línea de pensamiento, pero de una manera más explícita, a favor de la accesoriedad limitada y en contra de la accesoriedad mínima, se suele aducir que esta última lleva aparejado el inconveniente de tener que castigar al partícipe aun cuando el autor actúe justificadamente<sup>19</sup>, lo cual – se arguye– “sería absurdo” porque se estaría castigando “a alguien como partícipe en un hecho conforme a Derecho”<sup>20</sup>.

Sin embargo, ante estas afirmaciones cabe recordar, por de pronto, que hablar de un “hecho conforme a Derecho” o de “un hecho justificado” solo tiene sentido en el seno de una concepción puramente objetiva (y unitaria) de la anti-juridicidad, pero no lo tiene en el marco de una concepción que caracteriza la norma como directiva de conducta y exige, para la antijuridicidad formal, que el sujeto la infrinja. Con

---

18 Eso sí, hay que reconocer que, a renglón seguido, ROXIN admite que la accesoriedad limitada *subjetiva* (que parte de la premisa de que el dolo del autor es necesario para que surja una conducta típica) también “abre incomprensibles lagunas de punibilidad”. Cfr. ROXIN, A.T., II., (P.G.,II) § 26/36. Sobre ello volveré más abajo en los epígrafes III.3.1 y III.3.2.1.

19 Vid., por todos, indicaciones en DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., p. 382, quien, como indiqué, se muestra favorable a admitir el criterio de la accesoriedad limitada.

20 Vid. por todos ya RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, p. 806, n. 24. Esta misma afirmación ha sido invocada recientemente (e incongruentemente, si se acogen las premisas expuestas por VIVES) por CUERDA ARNAU (2019, p. 30), quien llega a añadir incluso, nada más y nada menos, que “el más elemental sentido común se opone a que la regla general sea castigar a quien participa en una conducta justificada”.

semejante caracterización son únicamente los *comportamientos* de los sujetos intervinientes los que estarán o no justificados, mas no los “hechos”<sup>21</sup>.

---

21 De ahí que, si bien dicha afirmación es coherente puesta en boca de R. MOURULLO en el seno de la concepción neoclásica del delito, no puede decirse lo mismo si es invocada por CUERDA ARNAU, con arreglo a las premisas de las que parte VIVES. De hecho, esta autora cita expresamente (2019, p. 30) en apoyo de su postura la referida opinión de R. MOURULLO. Pero no es eso todo, la incongruencia se redobra si se comprueba que CUERDA (2019, p. 29) comparte conmigo y con GÓRRIZ la idea de que la referencia al “hecho” en el art. 28 CP “obliga a entender (scil., la autoría) desde criterios lógico-gramaticales y no valorativos”. Y es que, precisamente, como ha explicado con rotundidad y acierto el propio VIVES, si acogemos la teoría objetivo-formal para caracterizar la autoría lo coherente es descartar la accesoriidad limitada y acoger la accesoriidad referida al tipo, aunque sus partidarios usualmente no lo hayan entendido así, al confundir el plano gramatical o lógico (una conducta es accesoria porque se define como lógicamente dependiente de otra principal) con el plano valorativo o sustantivo (vid. VIVES, 2011, p. 791).

En suma, la adopción del criterio de la accesoriidad referida al tipo de acción (accesoriidad lógica, y no valorativa), es una idea de VIVES, que estaba, desde luego, implícita en la 1ª ed. de los Fundamentos, publicada en 1996 (idea que MARTÍNEZ-BUJÁN hizo explícita en la 2ª ed., de su DPEE, PG, publicada en 2007, pp. 344 s.) y que VIVES convirtió también en explícita con meridiana claridad en la 2ª ed., de 2011, donde recoge su trabajo “Diez tesis sobre el problema de la autoría” (esbozadas ya antes en el prólogo al libro de GÓRRIZ, 2008, p. 19). En págs. 790 y 791 explica VIVES, con rotundidad, por qué la accesoriidad debe ser *objetiva*, vinculada a un concepto de autor lógico-gramatical (que no exige obrar con dolo o imprudencia). Y en págs. 794 a 796 explica con total nitidez que, dado que las causas de exclusión de la ilicitud (o causas de justificación) son (permisos) *personales*, la conducta personal justificada del autor no puede en modo alguno extenderse a las conductas personales de los partícipes que no conocen la justificación. En palabras de VIVES, “es falaz” el razonamiento según el cual “si una determinada acción típica es conforme a derecho y, en consecuencia, quienes la realizan no cometen delito, tampoco podrán cometerlo quienes inducen o auxilian a su autor a llevarla a cabo” (p. 794). En síntesis, de una premisa lógica (una acción es accesoria de otra) se extrae erróneamente una consecuencia valorativa (si la primera no es delito, la segunda tampoco puede serlo). En idéntico sentido vid. GÓRRIZ, 2019, pp. 106 s.

Ahora bien, con independencia de lo anterior, a la objeción de la opinión dominante hay que oponer, en cualquier caso, que su argumento solo podría sostenerse en los supuestos en que el partícipe *conoce* las circunstancias de la justificación concurrentes, tanto objetivas como subjetivas, referidas al hecho típico y a su autor, pero resulta insostenible en los casos en que el partícipe las desconoce<sup>22</sup>.

En resumidas cuentas, si el partícipe conoce la justificación de la conducta del autor, no hay inconveniente en entender que el partícipe actúa también justificadamente<sup>23</sup>. No obstante, si se considera que el simple conocimiento de una causa de justificación que concurre en el autor no es suficiente para justificar la conducta del partícipe, porque se exige un auténtico “valor de acción” propio en el partícipe (más allá de dicho conocimiento)<sup>24</sup>, no veo mayores obstáculos para identificar en nuestro Ordenamiento jurídico una causa de justificación *personal* en el partícipe, puesto que en última instancia siempre cabe acudir a la exigente de ejercicio legítimo de un derecho (art. 20-7º CP)<sup>25</sup>, sobre la base de

---

22 Vid. sobre ello atinadamente BOLDOVA, 1995, p. 145, quien escribe que esto sí que sería “verdaderamente absurdo”. Vid. también CEREZO, *Prólogo a BOLDOVA*, p. 16. Vid. asimismo MARTÍNEZ-BUJÁN, 2013, p. 99

23 Vid. CEREZO, P.G., III., p. 230 y *Prólogo a BOLDOVA*, 1995, p. 16: “la conducta del partícipe no solo es lícita cuando está amparada por una causa de justificación, sino también cuando sabe que la conducta del autor, aunque típica, es lícita por concurrir los elementos que sirven de base a una causa de justificación”. Vid. también MARTÍNEZ-BUJÁN, 2013, p. 99; GÓRRIZ, 2019, p. 117.

24 Vid. las objeciones que al respecto formula BOLDOVA, 1995, pp. 175 ss., quien, con todo, admite (p. 179) que el referido conocimiento del partícipe podría servir, no obstante, para fundamentar un error de prohibición (invencible) si el partícipe creyera que para lograr su impunidad podría ampararse directamente en la justificación del autor, sin justificación propia.

25 Comparto la idea de que la aludida exigente comprende genéricamente cualquier derecho en sentido amplio, incluyendo, por ende, el “interés legítimo”. Vid. por todos CARBONELL, 1982, pp. 136 ss.

entender que existe un derecho general a la libertad de actuación humana, concebido como un derecho fundamental con contenido propio, fundamentado en la ley de la ponderación (que remite a valoraciones), que tenga en cuenta, en especial, el sentido final y el significado social de la conducta del partícipe<sup>26</sup>.

Por el contrario, lo que me parece obvio es que si el partícipe no conoce los elementos que sirven de base a la justificación del autor, no hay razón material alguna para que quede eximido del castigo, por más que el autor haya obrado al amparo de una causa de justificación<sup>27</sup>: en este caso el partícipe intervendría en el hecho sin el elemento subjetivo (genérico) de la causa de justificación (concebido como conciencia de que objetivamente concurren los presupuestos objetivos

---

26 Vid. la extensa y cumplida argumentación de BOLDOVA, 1995, pp. 183 ss., como respuesta a la objeción formulada por MIR, relativa a los casos en que al partícipe no se le puede extender *prima facie* la causa de justificación del autor, basada en el cumplimiento de un deber propio (como sucede, v. gr., en el ejemplo del que recoge y entrega la cuerda que se le cayó al verdugo y con la que este va a ejecutar al condenado). Dicho de forma muy resumida, sobre la base de la tesis de ALEX Y la interpretación del TC alemán, arguye BOLDOVA que es perfectamente trasladable a nuestro Derecho la idea de que existe un derecho general de libertad de la acción humana, con arreglo al cual a toda persona le está permitido hacer y omitir lo que quiera siempre que no intervengan restricciones razonables y suficientes (fundamentadas en el principio de proporcionalidad) y consecuentemente toda persona posee un derecho frente al Estado a que este no impida sus acciones y omisiones. En fin, a la luz de estas consideraciones parece que, ante ejemplos como el propuesto por MIR, habría que concluir que, dado que la conducta del verdugo aparece estatalmente autorizada, la ponderación de intereses conduce a entender que el partícipe puede justificar su propio acto penalmente típico con base en el ejercicio legítimo de un derecho.

27 Sin embargo, en el seno de la opinión dominante es usual que se afirme categóricamente, sin necesidad de recurrir a mayores argumentos, como, v. gr., hace DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO (2002, p. 980), que la accesoria mínima “no debe aceptarse, porque el favorecer hechos justos, o sea no prohibidos ni desvalorados por el Derecho, no puede ser a su vez jurídicamente desvalorado y prohibido”.

o materiales de una causa de justificación)<sup>28</sup>, en atención a lo cual actuaría en una situación de error inverso sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación, situación que, a mi juicio, debe recibir el mismo trata-

---

28 Sobre la distinción entre el elemento subjetivo de la justificación genérico, requerido en todas las causas de justificación (consistente en conocer y querer la situación y la acción justificantes), y los especiales o específicos elementos subjetivos de la justificación, exigidos en algunas causas de justificación (concebidos como la contrapartida o el reverso de los especiales elemento subjetivos del tipo de acción), así como los meros motivos, vid., desde la perspectiva de la concepción significativa, MARTÍNEZ-BUJÁN, 2020-a, pp. 322 ss.

Situados en este contexto, es obvio también que en la hipótesis específica que plantea GÓRRIZ (2019, pp. 119 s.), referente al sujeto que provoca una situación de necesidad en el autor para que este lesione al agresor en legítima defensa, el provocador no va a quedar amparado por esta eximente si después colabora con el autor en la acción llevada a cabo por este en legítima defensa. No obstante, con arreglo a la caracterización que personalmente acojo sobre los elementos subjetivos de la justificación, ello no se fundamentaría en la ausencia del elemento subjetivo (*genérico*) de la causa de justificación, elemento que, a mi juicio, sí concurriría, porque el provocador conoce la situación justificante y realiza su contribución justificante al amparo de la eximente, sin que posea relevancia aquí su *móvil* (o, como dice GÓRRIZ, su *ánimo*, como, v. gr., “enemistad del partícipe con quien realiza la agresión ilegítima”) inicial ilegítimo concebido como revelador de la ausencia de un sedicente elemento subjetivo *específico* de la justificación. La razón de que no sea posible aplicarle la eximente de legítima defensa o la de estado de necesidad (cuando menos en sus versiones completas) se deriva del incumplimiento del requisito tercero del art. 20-4º CP y del requisito segundo del art. 20-5º CP. Por lo demás, entiendo que ningún problema habrá para apreciar la autoría mediata del provocador en los casos en los que el dolo de este se proyecte sobre el contenido de la lesión que va a causar el autor lógico-gramatical (concebido como un puro instrumento) al agresor (por más que GÓRRIZ observe “dificultades”). En lo que sí coincido con GÓRRIZ (2019, p. 120) es en que la adopción del criterio de la accesoriadad mínima objetiva vendría a “ofrecer una solución alternativa” a la autoría mediata (en los supuestos en los que no se cumplieren los requisitos de esta), permitiendo castigar al partícipe provocador, solución imposible de acoger desde la perspectiva de la accesoriadad limitada, porque el autor víctima de la agresión ilegítima obraría al amparo de una causa de justificación y no realizaría una conducta antijurídica.

miento que se propone en el caso de que sea el autor el que obra de ese modo<sup>29</sup>. Y conviene subrayar que esta conclusión no supone introducir una quiebra en el principio de la unidad del Ordenamiento jurídico, puesto que, sin ir más lejos, hay que recordar que se admite unánimemente sin problemas la coautoría en casos en que un sujeto actúa justificadamente y otro no, así como también se acepta la participación justificada en una conducta antijurídica realizada por el autor<sup>30</sup>. Incluso en la doctrina germánica (y pese a que en Alemania se ha consagrado legislativamente el criterio de la accesoriidad limitada) algunos autores defienden la naturaleza personal de las causas de justificación. Así esta naturaleza late en la idea de JAKOBS de la “justificación relativa”, que parte de la base de que la operatividad de la justificación depende de la “necesidad” de la intervención, esto es, de si el sujeto inter-

---

29 Sobre el tratamiento de esta situación, que debe recibir una solución análoga a la prevista para el error inverso sobre el tipo, vid., desde la perspectiva de la concepción significativa, MARTÍNEZ-BUJÁN, 2013, pp. 84 ss., y 2017, pp. 123 ss.: castigo por delito consumado, sin perjuicio de que pueda ser objeto de atenuación (atenuante analógica, o incluso eximente incompleta si se considera que el elemento subjetivo de la eximente no es esencial). Esta situación debe distinguirse de aquella en que el error versa sobre la existencia o los límites de una causa de justificación (que es una hipótesis particular de un error inverso sobre la prohibición), en cuyo caso estamos ante un supuesto de delito *putativo*; por tanto, si el partícipe cree erróneamente que no concurre jurídicamente una causa de justificación en el autor que realmente existe (error inverso sobre la existencia o los límites de una causa de exclusión de la ilicitud) no incurre en responsabilidad penal.

30 Vid. por todos BOLDOVA, 1995, p. 164, quien llama la atención, acertadamente, acerca de la contradicción en la que incurren los partidarios de la accesoriidad limitada cuando admiten que pueda concurrir directamente una causa de justificación en el partícipe, esto es, la posibilidad de que este actúe con arreglo a Derecho en el marco de un hecho antijurídico (pp. 162 s.), a pesar de que, a partir de las premisas de la accesoriidad limitada, lo coherente sería, empero, asumir la idea de que el partícipe no se debe a sí mismo su contenido de injusto, sino que este procede del injusto del autor, de tal manera que entonces lo congruente sería rechazar la existencia de una justificación propia (en la persona del partícipe) (p. 150).

viene utilizando el medio menos lesivo entre los que tiene a su disposición; asumida esta premisa, añade el penalista alemán que en el supuesto de intervención de varias personas en la comisión de un delito puede suceder que dicha necesidad concorra en unos sujetos pero no en otros, puesto que, si bien el *hecho* debe considerarse como una obra conjunta de todos los intervinientes, la necesidad, en cambio, depende de la capacidad individual de cada uno<sup>31</sup>.

Con respecto a esta cuestión merece especial mención la más arriba apuntada tesis de ROBLES, que (como indiqué) se halla próxima en sus consecuencias a la que aquí se mantiene en materia de accesoriadad de la participación.

En efecto, pese a la coincidencia con algunas de las conclusiones obtenidas por ROBLES, hay que reiterar que la construcción que aquí mantengo ofrece una diferencia con respecto a la propuesta por este penalista. Y es que, en coherencia con las premisas de las que parte (en concreto con la idea de que la accesoriadad va referida a un “hecho” concebido normativamente), considera dicho penalista que la accesoriadad que propone es “una accesoriadad limitada a la parte objetiva del injusto (elementos objetivos del injusto típico no objetivamente justificado)”<sup>32</sup>. Frente a ello, la caracterización que aquí propongo admite que se pueda castigar al partícipe (aun cuando la conducta del autor esté objetivamente justificada) si este desconoce la situación justificante que concurre en el autor: en el marco de la concepción signi-

---

31 Vid. JAKOBS, P.G., L.12/30 y 21/84, quien opera con el ejemplo del sujeto que proporciona un cuchillo a quien está siendo víctima de una agresión ilegítima con el fin de que este se defienda del atacante, a pesar de que para la defensa hubiese sido suficiente con que le entregase un palo, que el partícipe también tenía a su disposición. La conclusión de JAKOBS es que la defensa está justificada en el caso del que repele la agresión ilegítima, pero no lo está para el partícipe. Haciéndose eco de esta idea de la justificación relativa, vid. en nuestra doctrina PEÑARANDA, 1990, 338 n. 55 y BOLDOVA, 1995, pp. 165 s.

32 ROBLES, 2003, p. 222.

ficativa el castigo del partícipe no exige que el hecho principal “no esté objetivamente justificado”, puesto que (reitero una vez más) no hay en rigor hechos objetivamente justificados (solo los comportamientos estarán justificados). Por tanto, para la concepción significativa hay que expresarlo de otra manera: será posible el castigo de la participación en una conducta principal justificada (personalmente) para el autor.

En concreto, entiende ROBLES que, si el autor realiza un hecho justificado, tanto desde el punto de vista objetivo (porque concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación) como subjetivo (porque el autor conoce efectivamente la situación justificante), el partícipe permanecerá impune aun cuando desconozca que se dan los presupuestos objetivos de la causa de justificación<sup>33</sup>. A tal efecto,

---

33 Aclara ROBLES (2003, p. 224, n. 113) que “con ello queda claro que con la postura aquí propuesta no se está acogiendo la denominada accesoriadad mínima”. Eso sí, ROBLES admite, como no podía ser de otro modo, que en el caso de que el autor realizase un hecho en el que concurren los presupuestos objetivos de una causa de justificación, pero sin el elemento subjetivo de la justificación (o sea, desconociendo la situación justificante), el partícipe que intervenga desconociendo también la situación justificante responderá del mismo modo que responde el autor. En concreto, a su juicio, ambos responderán por delito consumado con aplicación de la eximente incompleta. Vid. ROBLES, 2003, p. 223 y n. 110, donde razona -acertadamente, en mi opinión- que la solución del delito consumado es preferible a la de la tentativa que propone un sector doctrinal (como, v. gr., LUZÓN, P.G., I, p. 580; TRAPERO, 2000, pp. 327 ss. y 377 ss.), puesto que “aquí se ve con claridad que el partícipe que desconoce también la presencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación no está participando en una tentativa, sino en un hecho consumado cuyo contenido de injusto está reducido. Desde luego la analogía con la tentativa no es completa: en la tentativa *no hay desvalor del resultado, porque no hay resultado*, en los casos de desconocimiento de la situación justificante *hay valor del resultado o, en todo caso, hay resultado*”.

Asimismo, admite coherentemente ROBLES (*ibid.*) que si, en la hipótesis que se acaba de plantear, el partícipe obra con el elemento subjetivo de la justificación (o sea, conoce la situación justificante), quedará sin castigo, con independencia de que sí se castigue al autor, porque

arguye ROBLES que la imposibilidad de castigar al partícipe se deriva de que, como el hecho está objetiva (y subjetivamente) justificado, “la mera pretensión subjetiva del partícipe de favorecer un hecho antijurídico ajeno es irrelevante (tentativa de participación impune)”<sup>34</sup>.

Sin embargo, frente a esta argumentación cabe responder que no se puede compartir la afirmación de que en el supuesto planteado haya en el partícipe una “mera pretensión subjetiva” de favorecimiento o una “tentativa de participación”<sup>35</sup>. Al contrario, el partícipe lleva a cabo completamente su conducta de participación, esto es, ha consumado su comportamiento de favorecimiento del hecho principal. Es más, cabría añadir que también el propio autor ha realizado completamente el *hecho típico*, consumándolo<sup>36</sup>;

---

“los presupuestos subjetivos de la justificación son personales”. Por lo demás, baste con señalar que la impunidad del partícipe se admite también comúnmente en la doctrina, aunque sea a través de otras vías (vid. por todos TRAPERO, 2000, p. 365 y n. 128).

34 Vid. ROBLES, *ibid.* A la misma conclusión llega la doctrina dominante, sobre la base de invocar el criterio de la accesoriedad limitada: vid. por todos TRAPERO, 2000, p. 364, quien también afirma que la conducta del partícipe “objetivamente supone una tentativa de participación en un hecho objetivamente (y subjetivamente para el autor) justificado”.

35 Además, la terminología empleada induce a error. En rigor, hablar de “tentativa de participación” equivale a hablar de “participación fracasada”, lo cual sucedería en el caso de que tuviese lugar un acto de participación, pero después el hecho principal no se llegase a ejecutar, o bien en el caso de que el comportamiento del partícipe no llegase a traducirse en consecuencias que incidiesen en la realización del comportamiento tipificado como principal, aunque éste alcanzase la consumación. Así, cfr., correctamente, CUERDA RIEZU, 2017, pp. 505 y 506 (respectivamente, según los casos), quien añade, acertadamente, que en tales casos la intervención del partícipe quedará impune en las figuras de la cooperación necesaria y de la complicidad y podrá ser castigada como provocación (según se dispone en el art. 18-2) en el caso de la inducción.

36 Por tanto, tampoco cabría hablar en el supuesto que nos ocupa de una “participación intentada”, terminología con la cual algunos penalistas aluden –a mi juicio correctamente– a los casos en que la ejecución del hecho principal ni siquiera llega a comenzar (cfr. CUERDA RIEZU, 2017, p. 506, aduciendo que también el TS la suele emplear en este

lo único que sucede es que en esta ejecución de la conducta típica concurre una causa de justificación, que, con arreglo a las premisas de las que aquí parto, es una eximente personal, aplicable solo a aquel sujeto en quien concurra. Por tanto, desde los postulados que aquí acojo, nada se opone a que el partícipe responda por su intervención en la realización de un hecho típico penalmente relevante y ofensivo (material u objetivamente antijurídico), al no poder transmitírsele la justificación que existe en la persona del autor. En definitiva, el partícipe responderá por el tipo de acción ejecutado (y consumado) por el autor, por más que su responsabilidad pueda verse atenuada (con la atenuante analógica o, en su caso, con la eximente incompleta) en la medida en que quepa argüir que el resultado se halla “objetivamente” justificado al concurrir un “valor de resultado”, de la misma manera que sucede –insisto– en el caso de que sea el autor el que actúe sin el elemento subjetivo de la justificación, o sea, desconociendo la situación objetivamente justificante<sup>37</sup>. Y semejante solución parece justa desde la perspectiva material, dado que, si convenimos en que hay que castigar al autor que obra con un error inverso sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, habrá que castigar también al partícipe (obviamente con la pena del partícipe) que actúe en idénticas circunstancias<sup>38</sup>. En este sentido se ha pronunciado

---

sentido). Con respecto a ello, recuérdese que en la doctrina alemana se suele emplear, asimismo, la expresión “participación intentada” en este mismo sentido. Vid. por todos ROXIN, ROXIN, A. T., II., (P.G.,II) § 26/2.

En la doctrina española otros penalistas se refieren a los casos en los que lo que tiene lugar es una imperfecta ejecución de la participación (vid. por todos MIR, P.G., L.15/64 y 91).

37 Vid. en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN, 2013, p. 85, donde se recoge la tesis alternativa, que propone un sector doctrinal, de castigar el hecho a título de tentativa inidónea; tesis que, por cierto, se viene sosteniendo asimismo en la doctrina alemana por algunos penalistas en el caso de que sea el partícipe el que desconoce la situación de justificación en la que se halla el autor (vid., así, BAUMANN/WEBER, A.T., p. 583).

38 Y, de hecho, un sector doctrinal, consciente de lo insatisfactorio de la impunidad del partícipe, alude a la posibilidad de recurrir a la cons-

(según indiqué más arriba) también BOLDOVA, quien considera dignas de castigo “con carácter general” las hipótesis de “ignorancia del partícipe sobre la concurrencia de una causa de justificación en el autor (o, lo que es lo mismo, suposición errónea de que el hecho del autor es antijurídico)”, argumentando acertadamente que “cuando el autor actúa justificadamente y el partícipe no lo sabe, puede faltar el desvalor de resultado, pero en todo caso persiste un desvalor de la acción del partícipe que no puede compensarse con el desvalor de la acción del autor (pues no puede hacerse accesorio lo que se desconoce)”<sup>39</sup>. Aceptar la tesis contraria, a partir de los postulados de la accesoriedad limitada, vendría a suponer en la práctica en nuestro Derecho la admisión de una especie de causa de justificación supralegal aplicable a los partícipes que actúan en hechos justificados<sup>40</sup>, que no puede ser explicada desde los presupuestos de una concepción del delito que caracterice la norma como directiva de conducta (como aquí hago), habida cuenta de que se trataría de una causa de exclusión de la ilicitud que no exigiría conocimiento alguno en el partícipe sobre los elementos de la situación de justificación<sup>41</sup>.

---

trucción de la autoría mediata “para castigar al hombre de atrás que desconoce la situación objetiva de justificación y que ha utilizado como instrumento a otro sujeto que actúa justificadamente, por concurrir la situación objetiva de justificación y ser reconocida como tal por el instrumento” (así, cfr. TRAPERO, 2000, p. 364). No obstante, esta solución, aparte de no ser aplicable obviamente a los genuinos supuestos de participación, no es compartida por buen número de autores (vid. por todos ROBLES, 2003, p. 223, n. 110); es más, la propia TRAPERO a renglón seguido matiza “siempre y cuando se cumplan las reglas de la autoría mediata, lo que no será fácil”.

39 BOLDOVA, 1995, p. 151 y n. 48.

40 Cfr. BOLDOVA, 1995, p. 169, donde explica las insatisfactorias (y contradictorias) consecuencias que en nuestro Derecho se derivan de la adopción del criterio de la accesoriedad limitada, operando con el conocido ejemplo de la legítima defensa, en el que un sujeto se encuentra a dos personas peleando entre sí y, desconociendo que concurre en realidad una situación de legítima defensa, decide intervenir a favor de uno de ellos y contribuir así a la causación de la muerte del otro.

41 Sin embargo, a DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO (1991, p. 127) esta consecuencia de la accesoriedad limitada le parece correcta, puesto que

En fin, como conclusión de lo que se ha expuesto en el presente epígrafe hay que señalar que es preciso renunciar al criterio de la accesoriadad limitada. Y a ello cabe añadir que, como ya puso de relieve VIVES, esta renuncia debería derivarse ya, coherentemente<sup>42</sup>, de la adopción de la llamada teoría objetivo-formal sobre la autoría<sup>43</sup>, aunque sus parti-

---

“cuando menos, es muy problemático considerar merecedora y necesitada de pena la conducta de quien fomenta hechos que al Derecho penal le son indiferentes o incluso valora positivamente, mientras se limite a fomentar y no a manipular o instrumentalizar tales conductas”. Vid. críticamente, con razón, BOLDOVA, 1995, p. 169, n. 84, quien además (en p. 180) insiste acertadamente en que “no todas las hipótesis imaginables que particularmente aparecen como merecedoras de pena pueden resolverse a través del recurso a la autoría mediata” y, por otra parte, añade que “los supuestos en los que, desde un punto de vista de justicia material, aparece indicada la impunidad del partícipe, en nuestra opinión, coinciden con aquellos en los que personalmente concurre en aquél una causa de justificación”.

42 Es obvio que la delimitación del concepto de autor aparece incuestionablemente determinada asimismo por el criterio que se acoja en materia de accesoriadad, puesto que este criterio no solo es el que permitirá abrir la posibilidad de castigar las conductas de participación una vez que se haya afirmado la concurrencia de una conducta de autoría, sino que también es el que permite fijar a partir de qué nivel dogmático en la estructura del delito cabe asegurar ya la presencia de un autor. Hace hincapié en esta precisión también: DÍEZ RIPOLLÉS, 1998, p. 48.

43 Interesa recordar, una vez más, que la caracterización de la autoría con arreglo a la concepción significativa se asienta sobre la base de una orientación objetivo-formal y de un modelo restrictivo de autor, que –una vez que se ha eliminado el problema de la acción– nos remite al significado de los concretos verbos *típicos* con el fin de averiguar en cada caso a partir de qué momento se da comienzo a la ejecución del hecho. Vid. VIVES, 2011, p. 789, GÓRRIZ, 2008, p. 437, MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 26 ss. A la bibliografía citada en estos lugares debo añadir la mención de CUERDA RIEZU, 2017, pp. 497 ss.

Con todo, conviene matizar que en el seno de la concepción significativa se entiende que la teoría objetivo-formal no ofrece por sí misma un concepto general de autor, sino el obligado punto de partida para delimitar al autor en sentido estricto. En efecto, la premisa básica de dicha teoría es irrenunciable, en la medida en que permite vincular indisolublemente al autor con la realización del tipo y, consecuentemente, se acompasa mejor con la función de garantía que debe cumplir el tipo

darios usualmente no lo hayan venido entendiendo así, al confundir el plano gramatical o lógico (una conducta es accesoria porque se define como lógicamente dependiente de otra principal) con el plano valorativo o sustantivo (esto es, no ya el de determinar quién *realizó* el hecho típico y quién contribuyó a que otro lo realizase, sino el de establecer la distinta gravedad de atribución de la responsabilidad por el hecho entre lo más grave y lo menos grave, entre lo principal y lo secundario)<sup>44</sup>.

Por tanto, con relación a este aspecto, debo llamar la atención acerca de la trascendental diferencia que existe entre la sistemática que ofrece la concepción significativa, de un lado, y otras sistemáticas basadas también en una orientación objetivo-formal de la autoría, sean las concepciones tradicionales, sean incluso algunas concepciones modernas. En efecto, como queda dicho, las sistemáticas tradicionales no extraían en el ámbito de la accesoriadad de la participación la consecuencia ineluctable que se deriva de la aludida premisa básica en materia de autoría, a saber: una concepción objetivo-formal debe conducir a concebir la accesoriadad, no como una relación valorativa, sino como una *relación gramatical o lógica*, en el sentido de que la participación sólo

---

penal. Ahora bien, ese punto de partida que proporciona la realización del hecho debe ser concretado acudiendo a los delitos previstos en la Parte especial para perfilar al autor con arreglo al sentido otorgado a los verbos típicos correspondientes. Cfr. ya GÓRRIZ, 2008, pp. 424 s. quien pone de relieve que esta caracterización de la autoría viene a plasmar una posición complementaria entra las dos versiones tradicionales de la teoría objetivo-formal: la *originaria*, conforme a la cual la ejecución sería ya la característica esencial de la autoría, y la *moderna*, según la cual el concepto de autor solo puede deducirse acudiendo *directamente* a los tipos de la Parte especial. Vid. además MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 74 ss.

44 Cfr. VIVES, 2011, pp. 791 y 794 ss., añadiendo que ello posee repercusión no solo en orden a la configuración de la autoría y la participación sino también de cara a la configuración de la coautoría y de la autoría mediata.

es lógica o gramaticalmente accesoria frente a la *realización de la acción típica*. En definitiva, como concluye VIVES, el criterio de accesoriidad que debe acogerse no es el de la accesoriidad limitada (que adoptaban los partidarios de la teoría objetivo-formal tradicional y siguen adoptando algunas concepciones modernas que se basan en la teoría objetivo-formal<sup>45</sup>), sino el de la accesoriidad *mínima*<sup>46</sup>, o, para ser más precisos, el de la accesoriidad vinculada a un tipo de acción, relevante y ofensivo, o sea, la accesoriidad *mínima objetiva*<sup>47</sup>,

---

45 Esto es lo que sucede, v. gr., con la posición de DÍAZ G.-CONLLEDO, 1991, p. 532, 754 y *passim*, 2004, p. 64, con la de DÍEZ RIPOLLÉS 1998, pp. 48 s. y P.G., 2016, p. 369, o con la de GARCÍA DEL BLANCO, 2006, p. 684, quien, para el castigo de la participación, exige asimismo “un hecho antijurídico realizado por un autor”.

Sobre el abandono del criterio de la accesoriidad limitada en la moderna doctrina española, partiendo de otras concepciones metodológicas diferentes a las que aquí acojo y con matices propios en cada caso, vid. indicaciones en MARTÍNEZ-BUJÁN, 2013, pp. 92 ss., donde se analizan las posiciones de MOLINA, ROBLES y BOLDOVA. Más recientemente hay que añadir el trabajo de MOLINA, 2017, pp. 735 ss., especialmente p. 750. Y a estas posiciones hay que agregar también la de SILVA (2013, pp. 60 s.), quien ha venido a adherirse a la necesidad de revisar la dominante concepción del principio de la accesoriidad media o limitada de la participación (que –nos recuerda bien SILVA– no es la histórica del sistema neokantiano, en el que la accesoriidad limitada ya significaba accesoriidad objetiva, sino la procedente de la sistemática finalista, que integró el dolo y la imprudencia en el ámbito de la antijuridicidad) y regresar a la accesoriidad objetiva; un regreso que también se propugna en el seno de la doctrina alemana, como, v. gr., señaladamente propone FREUND (Vid. SILVA 2014, p. 8, reiterando la idea de que resulta cada vez más difícil sostener que el concepto *welzeliano* de injusto personal pueda constituir el denominador común de la accesoriidad de la participación). Por lo demás, recuérdese que FREUND se inscribe, coherentemente, en una concepción básicamente objetivo-formal de la autoría.

46 Cfr. VIVES, 2011, p. 791.

47 Repárese –de nuevo– en que, al concepto de accesoriidad mínima (empleado por VIVES), añadido el calificativo de *objetiva*. Según anticipé en el epígrafe I, ello obedece a la equivocidad de la noción de “accesoriidad mínima”, a secas, concebida por la opinión mayoritaria como aquella que va referida a un tipo de injusto (que engloba la infracción

según paso a explicar en el epígrafe siguiente, porque, a mi juicio, el entendimiento de la accesoriidad desde una perspectiva lógico-gramatical conduce inexorablemente no solo a la renuncia a la accesoriidad limitada, sino también a la renuncia a una accesoriidad mínima “subjetiva”.

### **III. La renuncia al criterio de la accesoriidad mínima subjetiva**

#### **3.1. La acogida del criterio de la accesoriidad mínima objetiva**

Con arreglo al plan expositivo aquí trazado, una vez que he llegado a la conclusión de descartar el criterio de la accesoriidad limitada y, consiguientemente, asumir que el castigo de la participación debe ir vinculado simplemente a la realización de una *conducta típica* por parte del autor, corresponde ahora determinar cuál es el contenido que atribuyo al tipo penal.

Según esbocé anteriormente, a partir de las premisas de la concepción significativa el tipo debe ser concebido como *tipo de acción* (y no como tipo de injusto o tipo de ilícito), lo cual supone, por tanto, que no incluye la infracción de la norma personal de conducta. Así las cosas, para el castigo de la participación bastará con que el autor haya llevado a cabo un tipo de acción (relevante y ofensivo), lo cual exige simplemente que este haya dado comienzo a la ejecución del tipo de que se trate, sin necesidad de constatar que ha obrado con dolo o con imprudencia.

Eso sí, según indiqué también más arriba, en el supuesto de que una determinada figura delictiva exija un

---

de la norma personal de conducta, configurada como parte subjetiva del tipo), y que, por ende, nos remite a una accesoriidad mínima *subjetiva*, en el mencionado sentido *welzeliano*. De ello paso a ocuparme en el epígrafe siguiente.

especial elemento subjetivo en el tipo de acción será necesario acreditar su presencia para admitir el castigo de la participación, puesto que, al ser dicho elemento subjetivo un momento definitorio más de la acción, su ausencia implicará que no quepa hablar de un tipo de acción relevante y ofensivo. Tal circunstancia concurrirá en todo caso en la tentativa, dado que su tipo de acción requiere un especial elemento subjetivo, consistente en lo que –en terminología de la opinión dominante– puede denominarse *resolución (o voluntad) de consumir el hecho típico*, o, con una formulación más correcta, *voluntad (eventual) de alcanzar una meta que coincide (objetivamente) con el hecho descrito en un tipo penal*<sup>48</sup>.

Del mismo modo que expliqué en el epígrafe anterior, al exponer las razones para descartar la accesoriidad limitada, también cabe argüir, de nuevo, que la acogida de la accesoriidad mínima *objetiva* vuelve a ser coherente con una concepción objetivo-formal de la autoría como la que aquí propugno, puesto que esta clase de accesoriidad es la única que puede ser concebida como una accesoriidad puramente gramatical o lógica.

Recuérdese, asimismo, que, según indiqué también en el epígrafe anterior, en lo que atañe a la vertiente que ahora nos ocupa, una accesoriidad *objetiva* se preconiza también a partir de otras concepciones sistemáticas, como sucede singularmente con las más arriba apuntadas de MOLINA, ROBLES y SILVA.

Sentado lo que antecede, me interesa destacar, a mayores, que una accesoriidad así concebida es la que se acompasa, congruentemente, con la nítida distinción que aquí mantengo entre antijuridicidad material (u objetiva) y antijuridicidad formal (o subjetiva, o simplemente ilici-

---

48 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2020-a, pp. 80 ss. De las consecuencias que se extraen en materia de participación me ocuparé *infra* en el epígrafe III.3.2.4.

tud), basada en dos diferentes pretensiones de validez de la norma penal, de tal manera que en la primera (la pretensión de relevancia) únicamente tiene cabida la vertiente objetiva del delito y en la segunda (la pretensión de ilicitud) queda incluida la vertiente subjetiva: en la primera se trata de constatar que concurre una acción relevante y objetivamente ofensiva para un bien jurídico-penal (imputación objetiva en sentido estricto) y en la segunda, que tiene lugar la infracción de la norma de conducta<sup>49</sup>. Expresado de otra forma, cabe añadir que el hecho de que la accesoriedad de la participación vaya referida exclusivamente al primer aspecto, esto es, al tipo de acción, es algo que resulta coherente con la diferenciación de tratamiento –que aquí también mantengo– entre el error sobre el tipo objetivamente invencible y el error sobre el tipo subjetivamente (o personalmente) invencible. En efecto, repárese en que, si el autor obra con un error objetivamente invencible sobre el tipo, el hecho ya no será evidentemente punible para nadie, en la medida en que en tal caso no cabrá afirmar ya la predecibilidad general<sup>50</sup> y no

---

49 A análoga conclusión llega MOLINA (2001, pp. 706 ss.), partiendo de su consabida premisa de distinguir dos categorías diferentes (la valoración general del hecho desde la perspectiva de su lesividad con efectos intersubjetivos, de un lado, y la delimitación del comportamiento individualmente prohibido o infracción del deber personal, de otro) y asumiendo que la primera categoría (lesividad) simplemente serviría como núcleo de las diversas normas de los diferentes sujetos que pueden intervenir en el hecho, dado que la norma completa se formularía para cada uno de los intervinientes sobre la base de un deber personal, ajustado a sus características individuales, de tal modo que para ninguno de estos sujetos sería una condición de aplicación de su norma el que otro hubiese infringido un deber personal impuesto por la norma de este. Recuérdese, en concreto, que para MOLINA la referida regla intersubjetiva de la lesividad es la que sirve de base para terceros “que pueden participar en hechos ajenos” (p. 25) y puede consistir en “un comportamiento jurídicamente correcto o debido” (p. 27).

50 Vid. en este sentido MARTÍNEZ-BUJÁN, 2013, pp. 47 s. y 2017, pp. 18 ss., donde se explica que la concepción significativa del delito, pergeñada por VIVES, propone una concepción estrictamente *objetiva* de la causalidad, en virtud de la cual se parte del criterio de la predecibilidad

existirá ya una acción típicamente *relevante* para el Derecho penal<sup>51</sup>. En cambio, en el caso de que el autor obre con error subjetivamente (o personalmente) invencible sobre el tipo (y por ello no realice una acción ilícita, porque actúa en caso fortuito) no existirá obstáculo para castigar al partícipe que tiene un conocimiento correcto de los hechos<sup>52 53</sup>; y lo mismo

---

general, que se sitúa en el nivel más alto posible de conocimientos teóricos y prácticos hasta un punto que pueda ser común a todos los posibles espectadores objetivos, a saber, todos aquellos conocimientos que estuviesen al alcance de la sociedad en el instante de la realización de la acción, de tal manera que a nadie pueda exigirse dicho nivel, dado que ninguna persona puede poseer la totalidad del saber social. Por consiguiente, en la afirmación de la causalidad carece de sentido plantear la hipótesis de que el partícipe tenga unos conocimientos especiales que no concurren en el autor.

- 51 A la misma conclusión llega ROBLES (2003, p. 224 n. 112) a partir de sus premisas, anteriormente referidas: “si el error es objetivamente invencible, lo que faltará es ya la tipicidad, por lo que no será posible castigar al partícipe”.

Por lo demás, es obvio que cuantos menos sean los requisitos que se exijan en la conducta del hecho principal más se amplía la posibilidad de hacer responder al partícipe (vid. por todos PEÑARANDA, 1990, pp. 337 s.). No obstante, hay que insistir en que la utilización del criterio de la accesoriadad mínima objetiva en el marco de la concepción significativa no supone una desmesurada extensión del ámbito de lo punible para el partícipe, desde el momento en que para el castigo de la participación siempre habrá de acreditarse la realización de una conducta típicamente relevante y ofensiva para un bien jurídico-penal por parte del autor, predecible por tanto según leyes generales, por lo que habrá de ser objetiva o materialmente antijurídica.

- 52 En la misma línea se pronuncia también MOLINA (2001, p. 842), en coherencia con su citada premisa: “la acción cometida en error (*scil.* personalmente) invencible de tipo sigue siendo objetivamente lesiva para el derecho, pese a no infringir una norma de comportamiento de su autor. Como el presupuesto de aplicación de las normas de terceros es la lesividad jurídica, el sujeto que por sus mejores conocimientos no incurre en dicho error tiene el deber de impedir este hecho y la prohibición de participar en él”. Esta es también la posición de ROBLES (2003, p. 222), quien considera que estamos ante errores que no excluyen la imputación objetiva y, por tanto, “el autor obra de manera típica objetivamente e injusta objetivamente, pero sin que concurra la parte subjetiva del injusto”; como ejemplo de error sobre el tipo, menciona el caso

cabe predicar del error subjetivamente invencible sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación<sup>54</sup>, habida cuenta de que, como indiqué en el epígrafe

---

de la madre ciega que da un preparado venenoso a su hijo, creyendo que es el medicamento que ella había dejado en el mismo sitio de siempre, cuando, en realidad, la asistente había cambiado de sitio el medicamento: en tal caso habrá que castigar como partícipe en el homicidio a quien favorece ese hecho, p. ej., “alcanzando el preparado a la madre y confirmandole que ese preparado es un medicamento, cuando, en realidad, sabe que es veneno” (p. 225, n. 116).

- 53 Los partidarios de un enfoque clásico y neoclásico en la teoría jurídica del delito llegan también a la (deseable) conclusión de permitir el castigo del partícipe que posee un conocimiento correcto de los hechos (así como de permitir la intervención defensiva de terceros), porque, en su planteamiento, el hecho realizado por el autor en error invencible sobre el tipo es un hecho antijurídico, aunque no sea culpable; ello no obstante, como bien razona MOLINA, esta conclusión se obtiene sobre la base de convertir la normas de conducta en algo ajeno a su naturaleza, incurriendo en una serie de inconsecuencias (vid. 2001, p. 841).

En cambio, los partidarios del sistema finalista (así como aquellos que adoptan sus consecuencias sistemáticas en este punto, o sea, la doctrina dominante en la actualidad) tienen que llegar a la conclusión contraria, habida cuenta de que el error invencible sobre el tipo excluye ya la propia tipicidad del hecho realizado por el autor, con lo cual el partícipe que posee un conocimiento correcto de los hechos no puede ser castigado (y, por idéntica razón, no cabe la actuación defensiva de terceros). Ciertamente, a la postre esta indeseable conclusión se trata de evitar, pero a través de vías indirectas que no resultan plenamente satisfactorias ni sistemáticamente adecuadas, como, señaladamente, ampliar de manera incontrolada la autoría mediata (o, en el caso de normas defensivas, ampliar el campo de aplicación del estado de necesidad o crear un estado de necesidad defensivo). Vid. MOLINA, 2001, pp. 841 s.

- 54 Cuestión diferente es –según señalé más arriba– que el autor obre con un error subjetivamente invencible sobre la existencia jurídica o los límites de una causa de justificación, dado que en este caso se trataría de un error sobre la prohibición. Con todo, en este supuesto no hay, obviamente, duda alguna acerca de la efectiva responsabilidad del partícipe que posee un conocimiento correcto de la prohibición, puesto que el autor realiza una acción que ya es ilícita o formalmente antijurídica. Asimismo, a esta última conclusión llegarán, evidentemente, quienes consideran que el error sobre los presupuestos objetivos o materiales de una causa de justificación es un supuesto de error sobre la prohibición (vid. por todos BOLDOVA, 1995, pp. 171 s.).

anterior, su tratamiento debe ser equiparado, a mi juicio, al del error sobre el tipo<sup>55</sup>. Por el contrario, el partícipe permanecerá sin castigo, claro es, si, hallándose él en situación de error subjetivamente invencible, interviene en una conducta típica y antijurídica (ilícita) del autor<sup>56</sup>.

---

55 La solución que propongo en el texto es la que también propugna ROBLES (2003, p. 222), partiendo asimismo de la base de que el tratamiento de estos supuestos no es el reservado para el error sobre la prohibición. Y es que, en efecto, de forma coherente con sus premisas considera este penalista que en tales casos estamos también ante errores que no excluyen la imputación objetiva. Como ejemplo de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación cita ROBLES el caso del sujeto que proporciona un arma a quien se está defendiendo frente a un agresor putativo, sabiendo que el presunto agredido se halla en una situación de error invencible: a su juicio, el partícipe responde por su intervención en un homicidio subjetivamente justificado en la medida en que la accesoriedad va referida a la parte objetiva del injusto, que requiere que el hecho no esté objetivamente justificado, y no que el hecho no esté subjetivamente justificado (cfr. ROBLES, 2003, p. 224). Pudiera pensarse que en estos casos cabría recurrir a la autoría mediata para castigar al hombre de atrás; sin embargo, a mi juicio esta posibilidad no puede ser admitida, como ha demostrado convincentemente BOLEA, 2000, pp. 183 ss. y 190 s.; vid. también ROBLES, 2000, pp. 223 ss.

56 Con relación a este aspecto de la llamada accesoriedad “positiva” hay que compartir la idea de que, cuando se trata de elementos personales, debe regir un “principio de no accesoriedad” para el partícipe en quien no concurren tales elementos personales. Vid. por todos, en la doctrina española, PEÑARANDA, pp. 340 s. y n. 64, quien, por cierto, considera, de un lado, que la adopción de la accesoriedad limitada no implica necesariamente que todos los momentos relativos al tipo de injusto del hecho principal hayan de ser imputados sin más a los partícipes, y, de otro lado, que la totalidad de los elementos subjetivos, con independencia de su ubicación sistemática, son estrictamente personales a tales efectos.

Por lo demás, los casos de diversidad de conocimientos por parte de los intervinientes en un hecho han sido calificados por PEÑARANDA (1990, p. 338 n. 55) como supuestos de “tipicidad relativa”, en la medida en que la tipicidad de un comportamiento puede depender de un juicio de carácter relativo. En concreto, cita este autor el caso indicado por PEDRAZZI (1952, pp. 61 ss.) del juicio de peligro o adecuación, para el que pueden ser decisivos los conocimientos especiales de alguno de los intervinientes. Con respecto a ello entiende PEÑARANDA que es “digna de consideración” la solución propuesta por el autor italiano:

Por lo demás, no hay duda de que –como ya anticipé más arriba– la accesoriadad *objetiva* permite colmar las “incomprensibles lagunas de punibilidad” que surgen con la accesoriadad subjetiva, algo que se reconoce en el seno de los partidarios del criterio de la accesoriadad limitada concebida subjetivamente<sup>57</sup>.

### 3.2. Consecuencias

La adopción del criterio de la accesoriadad mínima objetiva lleva aparejadas importantes consecuencias de cara a cubrir indeseables lagunas de punibilidad, puestas de manifiesto ya desde antiguo por la doctrina y la jurisprudencia. De hecho, cabe asegurar que la relevancia práctica que se deriva de acoger este criterio, en lugar del criterio de la accesoriadad subjetiva que propugna la opinión dominante, es mayor que la que dimana de adoptar el criterio de la acce-

---

“cuando de la valoración de un hecho derivan efectos para diversas personas es necesario a veces adaptarse a una solución elástica, renunciando a una concordancia absoluta de los diversos juicios. Lo esencial es que cada valoración sea coherente con sus propias premisas, esto es, que se sostenga desde el punto de vista del sujeto que debe sufrir los efectos”. Por lo demás, recuérdese que PEÑARANDA alude también al “fenómeno paralelo de una ‘justificación relativa’ (en relación con la accesoriadad limitada)”, al hilo de los supuestos planteados por JAKOBS, P.G., L.12/30 y 21/84.

57 Vid. por todos ROXIN, A.T., II., (P.G.,II), § 26/36, quien, a diferencia de lo que opinaba en relación con la accesoriadad limitada sin adjetivos, entiende, empero, en referencia a la accesoriadad subjetiva, que “no se le puede atribuir sin más a la exigencia de un hecho principal *doloso* los calificativos de correcta o adecuada materialmente” y que “es dudoso si esa exigencia está incluida en el principio de accesoriadad limitada”. Es más, agrega de forma harto clarificadora que “siempre se podría entender el principio de accesoriadad limitada de tal modo que, para él, junto a la antijuridicidad de la acción del autor, solo sea preciso que se realice el tipo objetivo. Y, en todo caso, el legislador podría haberlo dispuesto así”, como, de hecho, se sostenía en la concepción clásica en la que el dolo formaba parte de la culpabilidad (Rn. 35). Eso sí, reconoce que el legislador alemán ha consagrado conscientemente la accesoriadad subjetiva (Rn. 39).

soriedad limitada en lugar del criterio de la accesoriedad máxima<sup>58</sup>. Ciertamente, la relevancia práctica del criterio que aquí se preconiza será tanto mayor cuanto más restrictiva sea la caracterización de la autoría mediata que se ofrezca<sup>59</sup>; no obstante, aun acogiendo una caracterización amplia de autoría mediata, el criterio de la accesoriedad mínima objetiva tiene un importante ámbito de operatividad en los casos que paso a examinar en las páginas siguientes<sup>60</sup>.

### **3.2.1. La participación del *extraneus* en el caso del autor que obra en error personal sobre el tipo en delitos que presuponen la infracción de un deber, así como en el caso de los delitos de propia mano y en el caso de los delitos con modalidades limitadas de acción**

La accesoriedad mínima objetiva permite solventar satisfactoriamente y con sencillez todos aquellos supuestos en los que los que un *extraneus* –familiar, asesor, etc.– instrumentaliza al sujeto al que le incumbe un específico deber jurídico extrapenal (trátese de delitos puros de infracción de deber o trátese de delitos mixtos con un componente de dominio –o de pura realización típica– y un componente de infracción de deber), de tal manera que este obra en una verdadera situación de error sobre el tipo<sup>61</sup>.

58 Valga por todas la opinión de ROXIN (A.T., II., -P.G.,II-, § 26/33), cuando razona acertadamente que “la relevancia práctica de la accesoriedad limitada (scil., con relación a la accesoriedad máxima) no es muy grande, porque la utilización de una persona exculpada por enfermedad mental, estado de necesidad (scil., exculpante) o error de prohibición invencible, por regla general fundamenta una autoría mediata que excluye una participación”.

59 Vid. sobre ello MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 147 ss.

60 Recuérdese que, obviamente, a estos casos que voy a exponer a continuación hay que añadir los que se derivan de asumir la naturaleza personal de las causas de justificación (casos que también añaden los partidarios del criterio de la accesoriedad mínima subjetiva), puesto que la accesoriedad que aquí propugno no solo se adjetiva de *objetiva*, sino también de *mínima*.

61 No obstante, la utilidad del criterio de la accesoriedad mínima objetiva también se puede observar en delitos de pura realización típica (o

Un importante caso particular paradigmático se plantea en el usualmente denominado “caso del testaferrero” (o mero “sujeto de paja”)<sup>62</sup>, caracterizado por el dato de que, en el seno de una sociedad, la persona de atrás instrumentaliza a un sujeto que, desconociendo sus obligaciones

---

de dominio), por más que los casos sean mucho menos frecuentes. Así, son imaginables casos de *suposición errónea de que el autor obra dolosamente*, como los ejemplificados por ROXIN.

A incita a B a que dispare sobre C, creyendo erróneamente que B obra con dolo de homicidio; sin embargo, B dispara sólo por broma sobre C (creyendo que el fusil está descargado) y le causa la muerte (A.T., II., -P.G.,II-, § 26/7). En este caso, con el criterio de la accesoriedad subjetiva no se podría castigar a A como inductor, porque el autor del homicidio obra sin dolo; en el CP español solo se podría castigar en su caso como provocación (art. 18-1).

A facilita un veneno a B en la suposición errónea de que este quiere matar a C. En este caso tampoco se podría castigar a A por cooperación (dolosa) en un homicidio; y, además, el hecho podría quedar totalmente impune, dado que la cooperación intentada no se castiga y dado que, como sostiene la doctrina alemana dominante, el dolo del que entrega el veneno se opone a la apreciación de un homicidio imprudente (aunque esto último sea discutible, como sugiere el propio ROXIN, habida cuenta de que cabría sostener que en todo dolo se contiene una imprudencia como un *minus*). Cfr. A.T., II., -P.G.,II-, § 26/36 y n. 41.

- 62 Aquí me refiero, pues, a la figura del testaferrero o sujeto de paja en sentido estricto, que se limita a firmar acuerdos sociales y a figurar como administrador en el Registro mercantil. Dejo al margen el caso del sujeto que se presta a desempeñar la función de administrador de derecho con un cierto conocimiento de la actividad delictiva en la que se involucra y que, incluso, suele realizar alguna actividad material relacionada con el hecho delictivo. Vid. por todos CORCOY BIDASOLO, 2020, pp. 109 ss., con exposición de las diversas clases de testaferreros. Con todo, y aunque el tema sea discutible, a los efectos que aquí me interesan (los delitos especiales que presuponen la infracción de un deber) lo normal es que esta segunda vertiente de la figura del testaferrero posea los mismos perfiles jurídico-penales. En efecto, incluso en la hipótesis de que se admita la doctrina de la ignorancia deliberada para atribuirle una responsabilidad, se trataría de una conducta materialmente constitutiva de participación y no de autoría (como ha reconocido la jurisprudencia), con lo cual el hecho seguiría permaneciendo impune al no existir un autor (porque el administrador puramente fáctico no reúne la cualidad especial de autoría), según explico a continuación en el texto.

jurídicas, actúa como administrador de derecho, esto es: se instrumentaliza a una persona que obra en una situación de error (personal o subjetivo) sobre el tipo (sea invencible, sea vencible en delitos de exclusiva comisión dolosa)<sup>63</sup>.

Obviamente, en tal situación no podrá serle imputado el hecho delictivo a la persona que obra en situación de error, pero, según la opinión dominante en jurisprudencia y doctrina, tampoco cabe admitir la solución de acudir a la autoría mediata, porque la persona de atrás es un *extraneus*, que carece del *status* requerido por el tipo especial. En efecto, en las dos clases de delitos especiales apuntados el *extraneus* (que intervenga en un hecho como autor mediato en sentido “material”) nunca podrá llegar a ser un auténtico autor mediato del delito especial<sup>64</sup>, en la medida en que no reúne la cualificación necesaria para ser autor y, por tanto, no puede “realizar el hecho” en el sentido del art. 28 CP.

Ahora bien, sucede entonces que, si se acoge el criterio de la accesoriedad limitada (subjetiva) en materia de participación, la inadmisibilidad de la autoría mediata conduciría a una injustificada laguna de punibilidad<sup>65</sup>. Y es que, en efecto,

---

63 Este caso prototípico del testarferro debe ser diferenciado, en principio, del previsto en el art. 31 CP, dado que en este precepto el *extraneus* accede ya *inmediatamente* a los elementos del tipo que son de acceso no restringido, y es entonces cuando el art. 31 le permite acceder al elemento típico restringido, consistente en la especial cualidad personal. Vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS, 1998, p. 52 y n. 86; MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 5ª ed., 2016, pp. 567 s., y 2019, pp. 229 y n. 143.

64 De esta opinión, vid., entre otros, SILVA SÁNCHEZ, 2005, pp. 67 s. y 71 s.; GÓMEZ MARTÍN, 2013, pp. 430 s.

Evidentemente, ningún problema habrá para admitir la autoría mediata en la hipótesis inversa: un *intraneus* utiliza a un *extraneus* como un verdadero instrumento. Vid. por todos, con indicaciones, HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, p. 306; DÍEZ RIPOLLÉS, 1998, p. 52.

65 El propio TS, en STS 277/2015, de 3-6, lo ha venido a reconocer expresamente, al afirmar que “la solución de la atipicidad vinculada al principio de accesoriedad de la participación deja un profundo poso de insatisfacción”. Evidentemente, ello sucede porque el TS asume el criterio de la accesoriedad limitada (vid., expresamente, p. ej., la STS 714/2016, de

en esta tesitura el *extraneus* (que no posee la especial cualidad de autoría) tampoco podrá ser castigado como partícipe, habida cuenta de que el *intraneus* no realiza ya una conducta típica<sup>66</sup>. Incluso si se acoge el criterio de la accesoriadad *mínima subjetiva* (sustentado, entre otros, por los partidarios de la concepción finalista del delito), el hecho también debe quedar impune, porque el *intraneus* no habría realizado una conducta típica (faltaría el dolo) y, por tanto, en esa conducta no se podría participar<sup>67</sup>.

Y conviene insistir en que, para la opinión dominante, no hay forma de castigar la conducta del *extraneus*.

Ilustrativa al respecto es la opinión de TIEDEMANN, al comentar el art. 13-3 de la Propuesta de Eurodelitos<sup>68</sup>, cuando reconoce que, dado que los *extranei* solo pueden ser

---

26-9) con la particularidad añadida de que comparte (con la opinión doctrinal dominante) la idea de que el dolo queda incluido en el tipo, con lo cual acoge el criterio de la accesoriadad *subjetiva*.

66 Así lo entiende la opinión dominante: vid. indicaciones, por todos, en MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, p. 229, n. 144.

67 Así vid., coherentemente con su premisa, HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, p. 307.

En la doctrina alemana vid. por todos ROXIN, A.T., II., (P.G.,II) § 26/38, quien refuta convincentemente el “remedio de excepción” que plantea un sector doctrinal minoritario (p. ej., FRISCH, 1983, p. 252), para poder castigar en algunos supuestos la inducción del extraño, sobre la base de entender que el autor obra con un error sobre la permisión que deja subsistente el dolo. A mi juicio, como ya subrayé más arriba, tal remedio no puede ser aceptado (ni siquiera a título excepcional), porque el error sobre los presupuestos de una causa de justificación es siempre un error sobre el tipo, que excluye el dolo. Por lo demás, un remedio análogo –según indico más abajo– es el que propone nuestro TS, convirtiendo un claro error sobre el tipo en un error sobre la prohibición.

68 Este precepto –conforme a la redacción pergeñada por el propio TIEDEMANN en colaboración con SCHÜNEMANN– establece que “en aquellos casos en los que la punibilidad se fundamenta en especiales circunstancias o cualidades personales sólo puede ser autor la persona en quien concurren, o asuma, las funciones descritas en estos elementos”.

partícipes<sup>69</sup>, como sucede en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos europeos, pueden surgir lagunas de punibilidad cuando el hecho principal del *intraneus* no cumple los presupuestos de la accesoriad (que la Propuesta de Eurodelitos concibe también como accesoriad limitada), por ejemplo, porque actúa de manera no dolosa<sup>70</sup>.

69 En el art. 16-3 de la Propuesta de Eurodelitos se admite el castigo del partícipe *extraneus* en el delito especial realizado por el *intraneus*: “los elementos personales que pertenezcan al injusto del hecho se imputarán a inductores y cómplices cuando concurren en el autor y tengan conocimiento de ello”.

70 Vid. TIEDEMANN, 2000, p. 94, quien extiende la observación a los delitos de propia mano. No obstante, este penalista entiende que estas lagunas de punibilidad han de “asumirse, puesto que el *extraneus* no se ve afectado por un deber especial y solo puede realizar un injusto derivado”. Por ello, prosigue TIEDEMANN, podrá proponerse como modelo de una regulación semejante a la contenida en el StGB alemán. En concreto, para el castigo de la inducción y de la complicidad, el art. 16 (apartados 1 y 2) de la Propuesta de Eurodelitos exige la realización de una conducta dolosa y antijurídica del autor.

Con todo, frente al referido argumento de este penalista, relativo a que el *extraneus* no se ve afectado por un deber especial, cabe precisar que ello podrá justificar una menor punición (como prevé el CP español en el art. 65-3), pero en modo alguno puede justificar una total ausencia de responsabilidad, dado que el *extraneus* está contribuyendo a la realización del hecho por parte del *intraneus*. Además, la inmensa mayoría de los delitos especiales que incorporan la especial infracción de un deber extrapenal son delitos mixtos, por lo que no hay duda de que (además del aspecto personal) existe en ellos una dimensión general u objetiva accesible para cualquier persona. Únicamente en los delitos que consisten exclusivamente en la infracción de un deber o que poseen un sentido exclusivamente personal (que agota ya plenamente el contenido del tipo de acción) cabría sostener que el partícipe no debería responder penalmente; pero, aparte de que estos delitos son muy escasos, resulta incluso discutible mantener la plena impunidad del *extraneus*. Vid. indicaciones, por todos, en MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 5ª ed., 2016, pp. 621 ss.

A favor de la exigencia de un hecho principal doloso suele invocarse el argumento esgrimido ya por WELZEL, consistente en entender que, de lo contrario, se relajaría demasiado la vinculación de la participación con el tipo. Sin embargo, este temor resulta infundado, puesto que en los delitos que se construyen sobre la base de la infracción de un deber el tipo presenta ya perfiles suficientemente claros en la medida en que

Y es que, efectivamente, por un lado, según la opinión dominante la regla del actuar por otro no sirve para solventar estos casos, puesto que la cláusula del art. 31CP no puede aplicarse en los casos de genuina instrumentalización, y, desde luego, queda completamente vedada en los supuestos de personas físicas, dado que, para tal hipótesis, el precepto exige que el representante *extraneus* debe actuar “*en nombre o en representación*” de otro<sup>71</sup>. Por otro lado, tampoco la vía de la comisión por omisión, ni la vía de la construcción de los delitos de infracción de un deber aportan aquí solución alguna<sup>72</sup>.

En fin, ni siquiera podría mantenerse en la actualidad la tesis que sostuvieron LUZÓN y DÍAZ G.-CONLLEDO, interpretando que algunos de estos supuestos podrían ser reconducidos al primer inciso del antiguo art. 14, 2º CP 1944/1973, referido a los que fuerzan a otro a ejecutar el hecho, lo cual permitía solucionar los casos en los que el *extraneus* hubiese empleado fuerza (entendida en sentido amplio, como comprensiva de la intimidación) sobre el *intraneus* instrumento<sup>73</sup>. Por tanto, y con independencia de que esta tesis solo permitía resolver determinados supuestos, lo cierto

---

se requiere una actuación del sujeto al que le incumbe el deber. Cfr. ROXIN, A.T., II., (P.G.,II) § 26/40, quien, como ya señalé más arriba, agrega que hay que “lamentar” que la accesoriedad *subjetiva* (que consistentemente ha impuesto el legislador alemán) “abra incomprensibles lagunas de punibilidad” (Rn. 36) y que “la única solución clara consistiría en admitir con carácter general la participación en un hecho no doloso del autor” (Rn. 39), o sea, entendiendo que para admitir la accesoriedad del partícipe “sólo sea preciso que se cumpla o realice el tipo objetivo” (Rn. 35).

71 Sobre la imposibilidad (sostenida por la opinión dominante) de aplicar la regla del actuar por otro en el caso del administrador puramente fáctico que instrumentaliza al administrador de derecho que desconoce por completo sus obligaciones jurídicas en delitos que presuponen la infracción de un deber, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019-a, pp. 118 ss.

72 Cfr. DÍAZ G.-CONLLEDO, 2001, p. 48.

73 Vid. entre otros trabajos DÍAZ G.-CONLLEDO, 2001, pp. 48 s.

es que el vigente CP de 1995 ha suprimido la referencia a los supuestos de forzar. De ahí que DÍAZ G.-CONLLEDO, tras tener que reconocer que, desde su perspectiva de la accesoriadad limitada, “seguirán produciéndose lagunas de punición indeseables”, se vea obligado a reclamar aquí una solución de *lege ferenda*, que podría consistir en una cláusula general *ad hoc* (aunque seguramente limitada a ciertos grupos de delitos), del mismo modo que, para solucionar el problema de la actuación por otro, se ha establecido la cláusula del art. 31 CP de 1995<sup>74</sup>.

Y, precisamente, si analizamos la cuestión que se acaba de examinar desde la perspectiva de la jurisprudencia española, podemos comprobar cómo nuestros tribunales, tras reconocer la imposibilidad de recurrir a la figura de la autoría mediata, se han esforzado en tratar de evitar la impunidad de la persona de atrás (que –insisto– no reúne la cualidad de ser sujeto activo idóneo) cuando el autor obró realmente sin el dolo típico. Ahora bien, el problema es que, al seguir partiendo del criterio de la accesoriadad limitada (subjetiva) para poder castigar al *extraneus* como partícipe y no poder hacerlo porque el autor obró sin dolo, el TS ha recurrido en algunas ocasiones (que a todas luces consideraba, con razón, materialmente mercedoras de castigo) a argumentos extravagantes y erróneos<sup>75</sup>.

Sirvan de ejemplo las SsTS 539/2003, de 30/4, y 606/2010, de 25/6, en las que se sancionó al partícipe *extraneus* en sendos delitos contra la Hacienda pública, pese a que el *intraneus*, obligado tributario, obró sin dolo. En ambas sentencias el TS empleó una deficiente fundamentación dogmática, al no reconocer que el *intraneus* obró, realmente y claramente, en situación de error (personal o subjetivo) sobre

---

74 DÍAZ G.-CONLLEDO, 2001, p. 49

75 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 5ª ed., 2016, pp. 618 s., y en 2019-a, pp. 125 ss., con indicaciones jurisprudenciales y doctrinales, que resumo a continuación en el texto.

el tipo (cuando menos vencible) y basar la condena del partícipe en la circunstancia de que concurría en el autor un hecho antijurídico porque “infringía la normativa tributaria”<sup>76</sup>.

El problema cobra singular importancia práctica en los delitos socio-económicos y en los delitos contra la Administración pública, contruidos con elementos de infracción de un deber, como señaladamente la prevaricación, sobre la que existen reveladoras resoluciones jurisprudenciales, desde la perspectiva que nos interesa. Así sucede, v. gr., con la STS 222/2010, de 4/3, en la que se castiga la participación, pese a absolver al autor, sobre la base de convertir un clarísimo error sobre el tipo en un error sobre la prohibición: se arguye que el autor obró con antijuridicidad (y, por tanto, con dolo típico), porque fue consciente de que dictaba una resolución, pero no obró con culpabilidad, puesto que no fue consciente de la antijuridicidad de su conducta, al ignorar que la resolución que dictaba era arbitraria e injusta (por lo que incurrió en un error sobre la prohibición)<sup>77</sup>. Y también sucede en la STS 303/2013, de 26-3, en la que otro clarísimo supuesto de error sobre el tipo se transmuta, por

---

76 Vid. la crítica de SILVA SÁNCHEZ, 2013, pp. 60 s., quien menciona además la STS 222/2010, de 4/3, en el ámbito de los delitos de administración pública. Como bien razona críticamente este penalista, “algún observador podrá apreciar que en ninguno de los casos señalados se señala con claridad que al autor *intraneus* le falte el dolo natural; en algún caso se deja abierta la cuestión de si obró en error de tipo o en error de prohibición (en todo caso impune por invencibilidad). Es más, incluso en la última de las sentencias citadas (scil., la STS 606/2010, de 25/6, en un caso de fraude a las Comunidades Europeas) se realizan ímprobos esfuerzos para tratar de sostener que los *intranei* obraron con alguna suerte de conocimiento mínimo. Se trata, en parte, de una oscura manifestación indirecta de lo que antes se denominó ‘expansión del error de prohibición’. En puridad dogmática, sin embargo, hay pocas dudas acerca de que los *intranei* en cuestión obraron en un error de tipo”.

Vid., en el mismo sentido crítico, ROBLES PLANAS, 2014, pp. 355 ss.,

77 Vid. críticamente sobre esta dirección jurisprudencial, VIDAL CASTAÑÓN, 2014; CASAS HERVILLA, 2018, pp. 607 ss.

arte de magia, en un error sobre la prohibición<sup>78</sup>. Ahora bien, peor solución que la de acudir a argumentos extravagantes y erróneos para (absolviendo al autor) poder castigar como partícipes a los *extranei* (verdaderos artífices del delito) es la solución de castigar al *intraneus* como autor a pesar de que este hubiese actuado en una situación de error sobre el tipo (siquiera sea vencible) por faltarle el conocimiento de los hechos necesario para el dolo, un conocimiento que sí tenían, en cambio, los asesores o personas allegadas a él<sup>79</sup>.

En conclusión, hay que reiterar que el único modo dogmáticamente correcto de evitar la impunidad es acoger el criterio de la accesividad *minima objetiva* para castigar la participación: no hay inconveniente en sancionar al *extraneus* como partícipe en la conducta realizada por el *intraneus*, aunque este obre en situación de error personal o subjetivo sobre el tipo y quede, por ello, exento de responsabilidad criminal con arreglo al art. 14-1 CP. Se trata además, sin duda, de la calificación jurídica materialmente más satisfac-

---

78 Sobre esta sentencia, además del comentario de los penalistas citados en la nota anterior, vid. la crítica de MOLINA, 2017, p. 750, quien cita como casos similares los enjuiciados en las sentencias más arriba mencionadas (SsTS 4-3-2010 y 25-6-2010). En la STS 26/3/2013 dos técnicos, que debían hacer el informe previo en una licitación de obra pública, amañaron mediante falsificación, las plicas concurrentes para favorecer a un amigo, y provocaron así que el órgano decisorio adoptara una resolución arbitraria e injusta. Como bien escribe MOLINA, el TS recurre a una “curiosa construcción” que consiste en condenar a los técnicos por cooperación necesaria “en una prevaricación ‘objetiva’, estimando que el elemento subjetivo no afectaba a la ilicitud objetiva del hecho, sino a la culpabilidad (¿habría un error de prohibición, no de tipo!)”.

Eso sí, MOLINA propone como solución el regreso del dolo a la culpabilidad. Sin embargo, como ya apuntó MARTÍNEZ-BUJÁN (2019, pp. 109 s., n. 3), basta simplemente con extraer el dolo del tipo, sin que ello implique necesariamente incardinarlo en la categoría de la culpabilidad: en efecto, puede situarse en la categoría intermedia de la ilicitud, según se propone con base en la concepción significativa del delito.

79 Sobre esta solución en el ámbito del delito de defraudación tributaria, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019-a, pp. 126 ss.

toria<sup>80</sup>, sin perjuicio de aplicar la (potestativa) regla contenida en el vigente art. 65-3 CP en el caso de los delitos especiales propios que incluyen elementos de infracción de deber<sup>81</sup>. Así, en fin, no habría necesidad de desvirtuar las categorías dogmáticas, “incurriendo en contradicciones insalvables”<sup>82</sup> como aquellas en las que incurre el TS para llegar a obtener una solución materialmente justa.

Examinados los delitos que se construyen sobre la base de la infracción de un deber, basta con añadir que algo similar cabe predicar de los delitos de propia mano y de los delitos con modalidades limitadas de acción. En ambos casos hay también una amplia coincidencia a la hora de entender que la autoría mediata no es posible, en virtud de lo cual el criterio de la accesoriedad mínima objetiva permitirá eludir las indeseables lagunas de punición<sup>83</sup>.

### **3.2.2. La participación del *extraneus* en el caso del autor que realiza un tipo de omisión pura de garante o un tipo de omisión impropia**

Ante la posibilidad de aceptar una autoría mediata *en* los delitos de omisión, es preciso diferenciar entre los delitos de omisión propia (o pura) de garante y los de omisión impropia (referidos a resultado)<sup>84</sup>.

En lo que concierne a los tipos de omisión pura de garante, si la cualidad especial no concurre en la persona de

---

80 Así lo reconoce la opinión dominante, p. ej., DÍAZ G.-CONLLEDO, 2001, p. 48, aduciendo que de *lege ferenda* “parece preferible que se le pudiera castigar, aunque tal vez habría que tener en cuenta su mayor lejanía, como *extraneus* al injusto específico del delito especial, a la hora de determinar su responsabilidad”. Por mi parte, simplemente aclaro que en el CP vigente esa “mayor lejanía” puede tenerse en cuenta a través de la regla del art. 65-3, según indico a continuación en el texto.

81 Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019-a, pp. 130 ss., con indicaciones.

82 Cfr., críticamente, MOLINA, 2017, p. 751

83 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 234 ss., con amplias indicaciones.

84 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 242 ss.

atrás, esta no podrá ser obviamente autora, pero sí podrá ser castigada a título de *partícipe* (activo)<sup>85</sup> en el tipo omisivo ejecutado por el omitente garante a título de autor inmediato con tal de que este realice el tipo de acción, y con independencia, por tanto, de que este pudiese quedar exento de responsabilidad penal incluso por ausencia de dolo o imprudencia, con arreglo al criterio de la accesoriedad mínima objetiva; y todo ello, de nuevo, con independencia además del posible delito (v. gr., coacciones) que la persona de atrás hubiese podido cometer para impedir la acción esperada del obligado a actuar.

Por lo que se refiere a los delitos de omisión impropia o comisión por omisión, si la persona de atrás *no es garante* y solo la persona de delante lo es, tampoco cabrá admitir una autoría mediata en comisión por omisión, porque se trataría de un supuesto de instrumentalización de un *extraneus* sobre un *intraeus*, algo que no resulta factible<sup>86</sup>. Pero tampoco cabe aceptar una autoría mediata *por acción* de la persona de atrás referida al delito no impedido<sup>87</sup>. Ahora bien, a mi juicio,

---

85 Evidentemente, ningún obstáculo existe para apreciar una participación activa en un delito de omisión pura, como modalidad de la denominada “omisión por hacer”. Vid. ROXIN, A.T., II (=PG, II) §31/101.

86 Vid. por todos, DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., p. 373, quien afirma que, al no tener la posición de garante, la persona de atrás tiene vedada la posibilidad de ser autora en comisión por omisión, porque le falta el elemento típico de acceso restringido (por más que este elemento concurra en el instrumento).

87 Algunos penalistas admiten en tal caso una *autoría mediata por acción*. Así, v. gr., CEREZO (P.G., III, p. 273), tras afirmar que “no cabe la autoría mediata en la omisión”, añade a renglón seguido que “el que mediante la coacción impide que otro realice la acción debida, por ejemplo consigue que el garante no impida, pudiendo y debiendo hacerlo, la producción de un resultado de muerte, es autor de un delito de acción (homicidio doloso)”.

Sin embargo, creo que, frente a esta opinión, hay que oponer que la persona de atrás no realiza el tipo de homicidio *por acción* porque su conducta consiste en impedir que otro (el garante) lleve a cabo la acción debida, pero no *mata* (ni siquiera da comienzo a la ejecución del homi-

conforme al criterio de la accesoriedad mínima objetiva que aquí propugno, no habrá obstáculo alguno para castigar a la persona de atrás no garante como partícipe (activo) en el delito de comisión por omisión realizado por el instrumento garante a título de autor inmediato, a cuyo efecto basta con que este realice el tipo de acción y con independencia, por tanto, de que quede exento de responsabilidad penal, incluso por ausencia dolo o imprudencia; y todo ello, de nuevo, con independencia del posible delito (v. gr., coacciones) que la persona de atrás eventualmente hubiese podido cometer para impedir la acción esperada del obligado a actuar.

### 3.2.3. *La participación en delitos imprudentes*

Otra consecuencia lógica que se deriva de la caracterización de la accesoriedad que aquí se acoge en el marco de la concepción significativa es que no existirá obstáculo alguno para admitir la participación dolosa<sup>88</sup>, en cuanto tal,

---

cidio): si en el caso propuesto la persona de atrás no puede ser autora mediata en comisión por omisión, menos aún podrá ser autora mediata por acción.

- 88 Aludo a la participación dolosa porque, a mi juicio, la participación imprudente es impune en nuestro Derecho. Vid. en este sentido, por todos, LUZÓN, P.G., I., p. 507 y Lecciones 3ª ed., L. 18/43 ss.; DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, 1991, p. 283 y 2002, p. 982; ROSO, 2002, p. 397. No obstante, no hay que olvidar que un sector doctrinal admite la participación imprudente, lo que, en la cuestión que aquí nos ocupa, puede llevar a la insatisfactoria conclusión a la que me refiero dos notas más abajo. Vid. por todos MIR, P.G., L.15/37; Díez Ripollés, P.G., p. 404; SILVA, 1997, pp. 105 ss. (pero considerando problemático el castigo de la participación por imprudencia inconsciente); ROBLES, 2000, pp. 236 ss., MIRÓ, 2009, pp. 246 ss.). Por lo demás, Díez Ripollés (P.G., p. 405) sostiene expresamente que el partícipe imprudente responderá por un delito imprudente, a pesar de que el autor realice un delito doloso; pero, en puridad de principios, esto no podrá ser admitido por quienes acojan el criterio de la accesoriedad subjetiva y exijan que la norma de referencia para el castigo de la participación es un hecho (objetiva y subjetivamente) típico en el autor. La única forma de mantener el castigo de la participación imprudente, respetando el principio de accesoriedad, es entender que basta con que el autor realice un tipo de acción (o el tipo objetivo para la opinión dominante).

en delitos imprudentes (o sea, mejor dicho, en la realización de un tipo imprudente por el autor), algo rechazado por la opinión dominante, partidaria de la accesoriadad subjetiva (ya sea la limitada, ya sea la mínima)<sup>89</sup>. En efecto, con arreglo a las premisas que aquí asumo, la conducta del partícipe debe tomar como base únicamente la realización de un tipo de acción ofensivo para un bien jurídico penal (pretensión de relevancia); y ello con independencia de la intención subjetiva que rige la conducta del autor, puesto que esta pertenece a una pretensión diferente (la de ilicitud) en la que se dilucida el momento de la infracción de la directiva de conducta contenida en la norma. En suma, si en lo que se participa es simplemente en un tipo de acción, o, lo que es lo mismo, en un *hecho* objetivamente o materialmente antijurídico, ningún inconveniente existirá en que el autor realice un tipo de acción a título de imprudencia y que el partícipe (que posee un pleno conocimiento de los hechos y que contribuye dolosamente a la ejecución de la conducta del autor) responda a título de dolo por ese mismo tipo de acción: así, en fin, quien induce o ayuda dolosamente a otro para que este mate por imprudencia será castigado como partícipe de un homicidio doloso mientras que el autor responderá por un homicidio imprudente.

Es más, según indiqué anteriormente, será perfectamente posible castigar al partícipe que contribuye dolosamente a la realización de un tipo de acción realizado por el autor, y que, en cambio, este quede exento de responsabilidad criminal por haber obrado sin dolo y sin imprudencia. Y es que, en efecto, la solución que aquí se propone es congruente con la posibilidad de admitir la participación en la ejecución de un tipo de acción llevado a cabo por un autor en error sobre el tipo subjetivamente (o personalmente) *invencible*.

---

Por su parte, recuérdese que el CP alemán exige dolo en el partícipe, conforme al tenor literal de los §§ 26 y 27 StGB. Vid. por todos ROXIN, A.T., II., (P.G.,II) § 26/8.

89 Vid. por todos CUERDA RIEZU, 1995, pp. 293 s.

En efecto, si se acepta esta posibilidad (o sea, realización de un tipo de acción por parte de un autor que obra sin dolo ni culpa), con mayor motivo habrá que admitir también la participación cuando el autor actúa en error de tipo subjetivamente *vincible*, que es la actuación que da lugar a un tipo de acción imprudente.

Evidentemente, hay que insistir en que esta conclusión no podrá ser compartida por quienes incluyen el dolo en el tipo, puesto que en tal caso sin dolo del autor no hay tipo de homicidio en el que participar dolosamente. De ahí que para la doctrina dominante, que parte de un concepto de tipo que incluye una vertiente objetiva y otra subjetiva, el castigo de la participación dolosa (en cuanto tal, o sea referida a un tipo doloso) en un hecho requiere inexcusablemente el dolo en el autor principal<sup>90</sup>. En cambio, dicha conclusión sí podía

---

90 Vid. por todos MIR, P.G., L.15/37. Con todo, conviene aclarar que ello no es óbice para que en el seno de la opinión dominante se acepte que, si bien la participación dolosa en un hecho imprudente no es punible como tal participación dolosa, ningún problema habrá para castigar al interviniente como partícipe en el delito imprudente y a partir de este marco penal típico (vid. así MIR, P.G., L.15/39; y esta es, según creo, aunque no lo diga expresamente, la opinión de DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., p. 405, cuando admite la “participación dolosa en delito imprudente”). Sin embargo, no deja de ser un contrasentido que, en el planteamiento de la opinión dominante, aquellos que, como MIR, admiten el castigo de la participación imprudente tengan que concluir que, si se interviene en un hecho principal imprudente, se castigue con la misma pena al partícipe que obra con dolo y al partícipe que actúa con imprudencia. Y el contrasentido es todavía mayor si se admite una autoría mediata (dolosa) a través de un instrumento que obra con imprudencia, y, en particular, se reconoce la existencia de casos dudosos, fronterizos entre la autoría mediata y la participación, como sucede con el ejemplo del guía inductor, propuesto por DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., p. 405, (“en una empresa de deportes de aventura uno de los guías, que quiere que otro sea despedido, conociendo el carácter poco reflexivo de éste, le induce a escoger una ruta de descenso de un pico muy peligrosa, contando con que se producirá algún percance entre los clientes que guía; el guía inducido, aun consciente de las dificultades, acepta la propuesta y uno de los clientes muere despeñado debido a su negligencia”): en casos como este

ser sustentada en el pensamiento causalista, dado que, en el marco de esta concepción sistemática, el elemento subjetivo del partícipe no quedaba cubierto por el principio de accesoriedad y, por tanto, el partícipe respondía de acuerdo con su propia reprochabilidad, puesto que para la existencia de un hecho típico y antijurídico no se tenía en cuenta todavía la *forma de culpabilidad* de cada autor<sup>91</sup>.

---

la (a todas luces desproporcionada) alternativa sería o bien el castigo por autoría mediata de homicidio doloso o bien el castigo como partícipe doloso pero a partir del marco penal típico del homicidio imprudente.

La solución que propone otro sector doctrinal, consistente en entender que “el supuesto partícipe doloso de un delito imprudente” es, en realidad, siempre un autor mediato de un delito doloso, utilizando como instrumento a un sujeto que actúa imprudentemente (vid. por todos CERZEZO, P.G., III, p. 235; por su parte, otros penalistas diferencian casos de autoría mediata y casos de participación dolosa en el hecho imprudente, como , v. gr., DÍEZ RIPOLLÉS, *ibid.*), no puede ser admitida, puesto que, con independencia ya de que son imaginables muchos casos en los que la persona de atrás no lleva a cabo una contribución que pueda ser entendida como la realización o ejecución de hecho, lo cierto es que, con arreglo a la caracterización que me parece más adecuada, la figura de la autoría mediata requiere siempre que el instrumento sea penalmente irresponsable. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 170 ss.

En fin, la tesis que aquí mantengo también se diferencia de la tesis que sostiene LUZÓN (Lecciones, P.G., 3ª ed., L.8/49), la cual ofrece algunas peculiaridades con relación a las posiciones que acabo de apuntar. En efecto, la tesis de este penalista coincide con la que preconizo en entender, de un lado, que el CP español no castiga la participación imprudente y, de otro lado, que es posible admitir la participación dolosa en una autoría imprudente (eso sí, según LUZÓN, cuando dicha participación no llegue a constituir una autoría mediata dolosa que maneje como instrumento al autor imprudente). Ahora bien, la divergencia reside en que, debido a la caracterización de la accesoriedad que preconiza, LUZÓN sostiene que el marco penal de la participación será el mismo que el del hecho principal imprudente (eso sí, agregando el matiz de que la existencia de dolo en el partícipe “puede aconsejar en la determinación de la pena imponerla en cuantía más elevada que la del autor imprudente”).

91 Vid. por todos RUIZ ANTÓN, 1982, p. 331; COBO/VIVES, P.G., 1999, p. 756.

Por lo demás, baste con señalar que la misma conclusión que aquí se obtiene en cuanto a la participación en delitos imprudentes es asumida coherentemente ROBLES a partir de su citada caracterización de la accesoriedad como nexo normativo suficiente que debe concurrir entre la conducta del interviniente y el “hecho” típico<sup>92</sup>: ese nuevo entendimiento de la accesoriedad le “permite admitir sin problemas la participación en delitos imprudentes, pues lo básico es que el hecho típico y la conducta del interviniente vienen determinados de manera objetiva. El lado subjetivo pertenece a cada interviniente y por ello no es accesorio”<sup>93</sup>.

Con respecto a ello, cabe recordar, de nuevo, que a esta misma conclusión se había llegado ya coherentemente a partir de la premisa básica de que la participación debe ir referida al delito en cuanto hecho objetivamente consi-

---

92 Recuérdese que en el planteamiento de dicho penalista la accesoriedad debe ir referida a ese “hecho”, el cual es un factor independiente de la intención subjetiva de sus intervinientes (vid. supra lo expuesto en el epígrafe anterior).

93 Así, ejemplifica este penalista, “quien incita al cazador que se halla en un error sobre su presa (cree que es un jabalí y es, en realidad, una persona) a disparar debe responder como partícipe en un hecho imprudente si sabe que allí hay una persona agachada” (ROBLES, 2003, p. 224). Con relación a la descripción de este ejemplo pudiera interpretarse que, en su literalidad, ROBLES está reconociendo simplemente la posibilidad de una participación dolosa en un hecho imprudente en la que el partícipe responde a partir del tipo imprudente; sin embargo, esta interpretación resulta desmentida por la aclaración que este penalista efectúa a renglón seguido (en coherencia con sus premisas), al afirmar: “pero, además, si se lleva este planteamiento hasta sus últimos extremos, no solo podrá admitirse la participación en supuestos de error de tipo vencible, sino también cuando no hay tipo subjetivo por concurrir un error personalmente invencible”, de lo cual cabe deducir obviamente que en este caso el partícipe responderá por el tipo de acción doloso a pesar de que el autor obre sin dolo y sin imprudencia. Vid. también lo expuesto por este penalista en p. 223, donde, desde su punto de partida, vuelve a insistir en que dicha conclusión “no significa una apuesta por la accesoriedad mínima”, sino una accesoriedad que “se reduce a requerir la concurrencia de la *parte objetiva del injusto*”. Vid. además, de este mismo autor, 2000, pp. 241 ss.

derado. Así, llegaba a admitir PEDRAZZI, hace bastantes años, una participación dolosa en un delito imprudente (y una participación imprudente en un delito doloso), sobre la base de entender que “una vez que lo accesorio deriva de lo principal para la calificación del hecho, no importa si el título de la responsabilidad es diverso, siempre, naturalmente, que se reconozca que delito doloso y culposo tienen idéntico el tipo objetivo”<sup>94</sup>.

Finalmente, conviene reiterar la singular relevancia que posee admitir la participación (dolosa) en un hecho imprudente del autor, si se parte de la base de que no es posible aceptar una autoría mediata de la persona de atrás cuando el autor que realiza el tipo llega a ser penalmente responsable<sup>95</sup>.

### 3.2.4. *La participación en una conducta de tentativa y en los tipos de acción con elementos subjetivos específicos*

Como anticipé más arriba<sup>96</sup>, la caracterización del tipo de acción de la tentativa que se desprende de la concepción significativa (y, en concreto, la función que, dentro de él, desempeña el elemento subjetivo de la resolución de consumir el hecho descrito en un tipo penal) permite llegar a unas consecuencias político-criminales satisfactorias en materia de *participación*, si además se asume para esta el criterio de la accesoriedad mínima objetiva, referida al tipo de acción.

En efecto, con arreglo a la concepción significativa, la caracterización del tipo de acción de la tentativa supondrá entonces que un principio de ejecución así configurado –con la exigencia del especial elemento subjetivo– sea el que

---

94 PEDRAZZI, 1952, p. 82. Justo es reconocer, con todo, que este planteamiento de PEDRAZZI estaba presente ya en ALIMENA (1947, pp. 143 ss.), como bien revela RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, p. 866, n. 102.

95 Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 241 s.

96 Vid. *supra* III.3.1.

constituya el tipo de acción del delito intentado y el que (de conformidad con el mencionado criterio de la accesoriidad mínima objetiva) sirva, pues, como regla intersubjetiva de cara a terceros, *permitiendo* la posibilidad de participación (y también de actuaciones defensivas de terceros), con independencia –claro es– de la concreta responsabilidad personal que *después* (en el seno de la segunda categoría del delito) quepa atribuir al autor y a los partícipes con base en la infracción de sus respectivas normas personales de conducta<sup>97</sup>.

---

97 A la vista de lo que expongo en el texto se comprenderá la coincidencia y la discrepancia que existe con la tesis de MOLINA, próxima a la que aquí mantengo. Así, cuando este penalista escribe que “el hecho de que la actuación del autor principal sea considerada contraria a una norma directiva de conducta, y por ello antijurídica, no significa que este hecho *sea necesario ni suficiente* para la operatividad de otras normas directivas dirigidas a terceros” (2001, p. 750, la cursiva es mía), hay que distinguir dos aspectos.

Por un lado, hay que compartir la afirmación de que la conducta del autor no es, obviamente, *suficiente* para la operatividad de las normas de terceros. Por tanto, en principio, cabe convenir con MOLINA en la ulterior afirmación que, a renglón seguido, incluye: “si el tercero, por sus conocimientos, es capaz de percatarse de que la tentativa iniciada por el autor, peligrosa conforme al criterio de éste, no tiene en realidad capacidad lesiva, no tiene ningún deber de evitarla, ni de no participar en ella”.

Por otro lado, empero, no comparto la afirmación de que la conducta del autor no es *necesaria* para los hechos de los terceros. Frente a ello, reitero que, según la tesis que aquí mantengo, la conducta del autor realizando un tipo de acción relevante y ofensivo (lesividad objetiva del hecho o antijuridicidad material) es una condición indispensable para la operatividad de las normas de los terceros, según explico a continuación en el texto. De ahí que, ante la ulterior aclaración de MOLINA –consistente en afirmar que “para cada sujeto rige su propia norma en la que se le obliga o prohíbe realizar hechos lesivos o intervenir en los de terceros atendiendo a la lesividad del hecho evaluada por sus propios conocimientos (los de los demás no sirven para una norma directiva) y tomando en cuenta lo que el ordenamiento puede exigirle según sus capacidades”– haya que responder que la lesividad del hecho no puede evaluarse por los propios conocimientos de cada sujeto; estos solo rigen para la determinación de la infracción de la norma personal de conducta.

Por tanto, para poder castigar al partícipe se requerirá necesariamente que el autor (en sentido lógico-gramatical) haya dado principio a la ejecución del delito (incluyendo la resolución de consumir el hecho típico), realizando así el tipo de acción de la tentativa<sup>98</sup>. En cambio, si el autor obró sin la resolución de consumir el hecho descrito en la ley como delito, no existirá ya el tipo de acción de la tentativa y el partícipe quedará impune por más que él hubiese obrado en la creencia de colaborar en una acción de tentativa<sup>99</sup>. Al no existir ya un tipo de acción, nunca podrá admitirse una participación punible<sup>100</sup>.

---

98 Evidentemente, en nuestro Derecho no existe inconveniente alguno para castigar las conductas de participación en una tentativa, puesto que también en la tentativa se está realizando el “hecho” en el sentido del art. 28 CP. Vid. por todos MIR, P.G., L.15/64 y 91. Lo que no cabe es la denominada “participación intentada”, porque si bien es cierto que el partícipe, además de participar en un delito, realiza otro “delito” (el de participación en el hecho principal), este último delito debe entenderse, pues, en sentido *no autónomo*, lo cual impide la posibilidad de castigar la imperfecta ejecución de la participación, así como la de admitir la participación en la participación. Vid. por todos MIR, P.G., L.15/28.

99 Operando con el conocido ejemplo relatado por COBO/VIVES (P.G., pp. 402 s.), si un sujeto, creyendo que otro se dispone a penetrar en una morada ajena para robar, le ayuda para que trepe por la fachada de la casa, no responderá criminalmente si, en realidad, el trepador lo hacía por puro equilibrio. A mi juicio, por más que podamos afirmar que el colaborador cree que infringe su norma personal de conducta, no lleva a cabo actos de participación punible porque el autor no realiza el tipo de acción de la tentativa de allanamiento o del robo, un tipo de acción que, como queda dicho, debe incluir la resolución de consumir el hecho típico.

100 Reitero que aquí reside la discrepancia con MOLINA (2001, p. 750). A lo anteriormente expuesto debo añadir que, obviamente, no comparto la conclusión final de este penalista cuando finaliza la exposición de su tesis con la afirmación de que “un hecho que para el autor puede ser un comienzo de ejecución punible, puede no serlo para el tercero, y vice-versa, un hecho en principio inocuo para el autor puede percibirse como lesivo por el tercero”.

Nada, por supuesto, hay que objetar –como queda dicho– a la primera parte de la conclusión. Sin embargo, la segunda parte no puede ser admi-

Ahora bien, de modo análogo a lo que sucede en el supuesto del delito consumado, será posible que el autor (en sentido lógico-gramatical) llegue a quedar exento de responsabilidad penal por el tipo de acción de la tentativa realizada, si él no obró con dolo<sup>101</sup>, y, sin embargo, será posible que el partícipe pueda llegar a ser castigado por su contribución a esa tentativa si él obró con dolo<sup>102</sup>.

---

tida, puesto que si a lo que se refiere MOLINA con la expresión “un hecho en principio inocuo para el autor” es al dato de que el hecho no es objetivamente ofensivo o al dato de que el autor obra sin la intención de consumir el hecho descrito en la ley como delito, entonces el autor no realiza una tentativa (no hay, pues, tipo de acción), y, por tanto, el tercero que colabore en el hecho realizado por el autor no va a responder penalmente, por mucho que el tercero “lo perciba como lesivo”. En tal supuesto estamos ante un error inverso del partícipe sobre un elemento del tipo (que, ciertamente, en el caso de que se tratase del autor daría lugar a una tentativa inidónea vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2013, pp. 38 ss.), que resulta completamente irrelevante, porque, de un lado, el partícipe nunca “ejecuta” o “realiza” el hecho y por tanto no podrá llevar a cabo una tentativa y, de otro lado, como queda dicho, tampoco puede responder penalmente por su intervención en un hecho ajeno que no constituye un tipo de acción. En síntesis, cabría decir que se trataría de una hipótesis de tentativa absolutamente inidónea de participación, un delito putativo.

Esó sí, cuestión diferente –según expongo a continuación en el texto– es que el autor hubiese llevado a cabo realmente una tentativa (obrando con el elemento subjetivo de querer llevar el proceso ejecutivo hasta el final), pero sin haber percibido su lesividad (o sea, actuando en situación de error personal sobre algún elemento del tipo), en cuyo caso el tercero que hubiese colaborado en su ejecución con conocimiento de su lesividad (sin incurrir en error), responderá penalmente. Insisto en que la razón de ello estriba en que, según las premisas de la concepción significativa, en esta segunda hipótesis el autor realizó un tipo de acción (autoría en sentido lógico-gramatical), por más que, a la postre, él no hubiese infringido su norma personal de conducta.

101 Aunque, en principio, no hay obstáculo *conceptual* alguno para atribuir una responsabilidad personal por imprudencia en la tentativa realizada, comparto la tesis de que en el CP español no es punible una conducta de tentativa realizada por imprudencia. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, 2020-a, pp. 224 ss., con indicaciones.

102 Así, p.ej., el partícipe que contribuye a la tentativa del delito de abuso sexual, sabiendo, por sus mejores conocimientos, que el sujeto pasivo no

Por otra parte, en lo que atañe a los tipos de acción que incorporen un *especial elemento subjetivo* cabe predicar algo similar a lo que se acaba de exponer con respecto al elemento subjetivo del tipo de acción de la tentativa.

Si en la realización de una conducta no concurrese el especial elemento subjetivo que exige conceptualmente un tipo de acción, el hecho llevado a cabo no solo carecerá de relevancia penal para el autor desde la perspectiva de ese tipo, sino también para los restantes intervinientes<sup>103</sup>, habida cuenta de que, al no existir el tipo de acción, no concurre ya tampoco la infracción de una norma emitida en condiciones ideales, que sirva como regla con un alcance intersubjetivo de cara a terceros. En cambio, si concurre el necesario especial elemento subjetivo y, consiguientemente, se realiza un tipo de acción, existirá ya una norma que sirve de base para regular la intervención de terceras personas aun cuando el autor no hubiese infringido su norma personal de conducta.

En lo que concierne, en concreto, a la participación, cabe señalar que, según acabo de indicar con relación al tipo

---

consiente o que tiene menos de 18 años, podrá ser castigado como partícipe de una tentativa de un delito de abuso sexual, por más que el autor (en sentido lógico-gramatical) no hubiese infringido su norma personal de conducta (por creer que el sujeto pasivo consiente o que tiene más de 18 años) y hubiese quedado exento de pena.

En el ejemplo del cazador, más arriba relatado, el partícipe que contribuye a la tentativa de homicidio sabiendo con seguridad, por sus mejores conocimientos (o por su mejor vista), que el bulto que avistaba era una persona, podrá ser castigado como partícipe en una tentativa de homicidio, que para él es un homicidio en su forma dolosa, por más que el autor hubiese quedado exento de responsabilidad penal, al haber obrado en situación de error sobre un elemento del tipo, al creer que el objeto sobre el que disparaba era un animal (sea el error invencible, sea vencible, porque, como acabo de indicar en la nota anterior, en el CP español no es punible una conducta de tentativa realizada con imprudencia).

103 Para la opinión dominante también es evidente que el tipo no existe si no concurre el (necesario) especial elemento subjetivo en el autor, mientras que, en cuanto al partícipe, basta con que éste sepa que tal elemento concurre en el autor. Vid. por todos JESCHECK/WEIGEND, A.T., § 30, III.

de acción de la tentativa, allí donde el tipo de acción de una figura legal exija un especial elemento subjetivo, la constatación de tal elemento en la conducta del autor será, obviamente, en todo caso imprescindible para poder castigar al partícipe.

Por tanto, si bien es cierto que para el castigo de la participación no se exige el dolo en la conducta del autor, no es suficiente, empero, la realización de los elementos objetivos del tipo de acción. Si el tipo requiere un especial elemento subjetivo, habrá que demostrar que el autor llevó a cabo los elementos objetivos del tipo movido por esa específica intención.

La razón es obvia, y fue ya apuntada en relación con el tipo de acción de la tentativa: si el autor se limita a realizar los elementos objetivos del tipo de acción (o sea, por mejor decir, actos externamente coincidentes con los de un tipo penal) y no obra guiado por el especial elemento anímico requerido por el tipo, no existe ya de antemano peligro alguno objetivo para el bien jurídico en la conducta del sujeto que realiza la acción, por más que concurra un (sedicente) “dolo” referido a dichos elementos objetivos<sup>104</sup>. Por consiguiente, el sujeto

---

104 Así, entre otras consecuencias, ello supondrá que desde la perspectiva de la concepción significativa sea ya conceptualmente incorrecto hablar de un “instrumento doloso sin intención”, figura reconocida, empero, por la opinión dominante: si el agente obra sin el específico elemento subjetivo del tipo de acción, no hay tipo, y, por tanto, carece de todo sentido afirmar que obra con dolo, por mucho que conozca y quiera realizar los elementos objetivos del tipo.

Si, v. gr., en el conocido ejemplo de los gansos el criado obra sin ánimo de lucro (o ánimo de apropiación definitiva de la cosa), no realiza ya el tipo del hurto, por más que sepa que los gansos de los que se apodera son de propiedad ajena. De ahí se infiere que no exista problema alguno para calificar como autor mediato al señor (sujeto de atrás) que sí actúa con el ánimo de lucro. Sobre esta (tradicionalmente discutida) forma de autoría mediata a través del denominado “elemento doloso sin intención” o “elemento subjetivo egoístamente delimitado”, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 218 ss.

que contribuye a realizar esta acción está interviniendo en una conducta que no es penalmente típica (p. ej., un sujeto cree que participa en la obtención de una copia no autorizada con ánimo de beneficio económico para el autor, cuando tal ánimo no existe): únicamente cabrá hablar de una mala fe, una voluntad de contribuir a un tipo penal que solo existe en su mente, esto es, según indiqué anteriormente, únicamente existiría una tentativa absolutamente inidónea de participación<sup>105</sup>.

Por lo demás, ni que decir tiene que si en estos de tipos de acción que incorporan un especial elemento subjetivo analizamos una conducta de tentativa<sup>106</sup>, habría que accredi-

105 La cuestión expuesta en el texto es ilustrada por MARTÍNEZ GARAY (2008, p. 390) con el siguiente ejemplo: “una persona trastornada abre la correspondencia de sus vecinos en el convencimiento de que los sobres contienen informaciones dirigidas a él por agentes secretos”. Hay que compartir con esta penalista la afirmación de que “aquí en principio falta el elemento subjetivo que requiere el art. 197-1 CP (“para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro”). Sin embargo, no se puede compartir en todos sus términos la ulterior afirmación que efectúa a renglón seguido, a saber, que “la calificación jurídica adecuada para este supuesto es ... de ausencia de imputabilidad”; y no se puede compartir en todos sus términos porque, si bien es innegable que el sujeto es un imputable al tratarse de un “supuesto de delirio” (y ciertamente ello poseerá relevancia a los efectos de imponer una medida de seguridad), no es menos innegable que no realiza ya el tipo de acción del art. 197-1, al faltar el elemento subjetivo del tipo. Estas matizaciones permiten resolver adecuadamente los interrogantes que se plantea MARTÍNEZ GARAY. Así el primer interrogante -“¿estamos todavía ante un ‘hecho previsto como delito’ (arts. 6 y 95 CP)?”- debe ser respondido afirmativamente. Y el segundo (“¿es posible castigar como cómplice a la madre de este sujeto que, ella sí, ávida por leer la correspondencia de sus vecinos, ayuda a su hijo esquizofrénico a coger las cartas?”) también encuentra respuesta a partir de las premisas de la concepción significativa: dado que el hijo no puede cumplir el elemento subjetivo del tipo, no realiza el tipo de acción del art. 197, y, consecuentemente, la madre no podrá ser castigada como participe en una conducta atípica; ahora bien, si tal elemento subjetivo concurre en la madre, no habrá problema alguno en calificarla como autora mediata, al servirse del hijo trastornado como un mero instrumento que realiza únicamente el sustrato material del tipo de acción.

106 Cuestión a la que no suele referirse habitualmente la doctrina, si bien no faltan penalistas que lo han hecho. Vid., p. ej., JESCHECK/WEIGEND,

tar la presencia de dos elementos subjetivos en el autor para que pueda admitirse una participación punible: el especial elemento subjetivo exigido en el tipo y el elemento subjetivo perteneciente a toda tentativa, consistente en la intención de consumir el hecho descrito en la ley como típico.

No obstante, con respecto a estos casos habría que matizar que en los denominados delitos de intención (los únicos que, desde la perspectiva de la concepción significativa, contienen verdaderos elementos subjetivos del tipo y que, desde luego, son muchos menos de los que reconoce la doctrina dominante)<sup>107</sup>, lo que sucede es que la constatación del especial elemento subjetivo del tipo de acción de que se trate abarca ya el elemento subjetivo propio de toda tentativa, puesto que, por definición, el objeto de aquel elemento subjetivo coincide con (o incluso va más allá de) la consumación del hecho típico. Así, v. gr., en el hurto el ánimo de lucro (concebido como ánimo de apropiación definitiva

---

A.T. § 49 III 1 b: “la tentativa exige el tipo subjetivo completo”, en el sentido de que “también deben existir, además del dolo como general elemento subjetivo del tipo, los *especiales elementos subjetivos típicos* que exija el delito en cuestión, ya que en la estructura del concepto de delito se sitúan al mismo nivel que el dolo”. Y ello porque “lo único que falta en la tentativa es la consumación del tipo objetivo” (§ 30 III 3).

Con todo, reitero que mi discrepancia con la opinión dominante reside en que el tipo de acción de la tentativa no requiere el dolo, según recalco a continuación en el texto.

107 No hay elementos subjetivos del tipo de acción ni en los denominados delitos de tendencia intensificada, ni en los llamados delitos de expresión, ni en otros casos *sui generis* como, señaladamente, “el conocimiento de la falsedad y el temerario desprecio hacia la verdad” o “el manifiesto desprecio por la vida de los demás”. Sobre los “sedimentos” elementos subjetivos del tipo de acción en el CP español, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2013-a, pp. 252 ss., y 2020-a, pp. 263 ss., con ulteriores indicaciones. Vid. además RAGUÉS, 2017, pp. 815 ss., en una línea sustancialmente coincidente, tendente a renunciar a reconocer los elementos subjetivos del injusto en su sentido tradicional: solo la *exteriorización* de la motivación subjetiva podría tenerse en cuenta como un factor contextual más para “la valoración social del hecho y, por ende, en el juicio propio de la tipicidad objetiva” (p. 827).

de la cosa) presupone ya la voluntad de disponer potencialmente de la cosa sustraída (momento consumativo). Téngase en cuenta que los tipos de intención coinciden con los tipos de imperfecta realización en ser tipos *incongruentes* por exceso subjetivo, o sea, el autor quería llegar más lejos de lo que ha conseguido objetivamente<sup>108</sup>.

### **3.3. El mantenimiento de un tipo de acción común para autor y partícipe, sin perjuicio de la exigencia de un ataque autónomo del partícipe al bien jurídico, plasmada en un especial elemento subjetivo de la participación**

A la vista de todo lo que antecede, se comprenderá que, desde la perspectiva de la concepción significativa, el criterio de la accesoriedad mínima objetiva que aquí se defiende no supone admitir un tipo de acción independiente en el caso del partícipe ni tampoco implica considerar la participación como un delito autónomo<sup>109</sup>.

---

108 Vid. por todos ya RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, p. 110; MIR, P.G., L. 9/38 ss.

Con relación a ello ha matizado GUARDIOLA (2001, p. 88, siguiendo la opinión ya expuesta por ZIMMERMERL) que en la tentativa “más que un supuesto de excedencia subjetiva, nos encontramos en un caso de falta objetiva”. No obstante, aunque esta matización tenga sentido si se parte de la base (*objetiva*) de que el tipo de la tentativa va referido a un tipo penal completo (consumado) en el caso concreto, ello no desvirtúa la calificación de tipo incongruente por exceso subjetivo, en la medida en que aquí la incongruencia se observa desde la perspectiva (obviamente *subjetiva*) del autor. De hecho, desde esta segunda perspectiva es desde la que se puede afirmar asimismo que los tipos imprudentes suponen un exceso *objetivo*, dado que se produce un resultado no querido por el autor. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *ibid.*; MIR, P.G., L. 9/45.

109 CERESO (P.G., III., p. 230) llega a la misma conclusión a partir de su concepción personal del injusto (partiendo, pues, incluso de la accesoriedad mínima subjetiva). De la misma opinión es BOLDOVA, 1995, pp. 180 s., subrayando que se sigue respetando “en su justa medida” la estructura accesoría de la participación con respecto a la autoría, esto es, “en el sentido de que para pasar a enjuiciar la participación es requisito mínimo imprescindible, pero único, la verificación en la realidad de un tipo (de autor) independiente, del que se derivará el correspondiente al partícipe”.

En efecto, la conducta del partícipe sigue dependiendo de (y, consecuentemente, sigue siendo accesoria de) la realización de un tipo de acción materialmente ofensivo por parte del autor, habida cuenta de que esto es lo único que verdaderamente se transfiere al partícipe desde la conducta del autor. Ahora bien, repárese en que, de acuerdo con las premisas de la concepción del delito aquí mantenida, esto significa que aquello en lo que interviene el partícipe es en la vertiente objetiva del hecho: así, v. gr., en el delito de homicidio se participa en el hecho de “matar a otro”, lo cual equivale a la realización de un tipo de acción que es común tanto al homicidio doloso como al imprudente como, en fin, al ejecutado en caso fortuito por concurrir un error personalmente inveniible en el autor. Por consiguiente, ningún obstáculo dogmático existirá para que el autor responda del hecho de matar a otro con arreglo a la clase de *intención* (subjetiva) que regía la realización de su acción ofensiva y que el partícipe responda, en cambio, de conformidad con su propia *intención* al intervenir en el mismo hecho.

Recuérdese que a una conclusión análoga llega ROBLES, a partir de su entendimiento de la accesoriadad, que, más allá de la diferencia en cuanto a los presupuestos metodológicos que le sirven de base, puede ser compartido. Dicho de modo sintético, el dato de que el injusto de la participación sea un *injusto* propio (en el sentido que aquí también se propugna con relación a la categoría de la *ilicitud*), no implica, a juicio de ROBLES, que el “hecho” del partícipe no sea accesorio del “hecho” realizado por el autor; y es que, en efecto, el partícipe responde en la medida en que exista un hecho con determinadas características, que, si bien es el

---

Ni que decir tiene que, si la accesoriadad mínima supusiese realmente la existencia de un tipo independiente para el partícipe, se produciría una contradicción insalvable con la propia razón de ser de la accesoriadad de la participación, a saber: mantener intacta la estructura de los tipos de la Parte especial en su relación con la responsabilidad de los partícipes (vid. por todos PEÑARANDA, 1990, p. 337).

realizado por el autor, no es patrimonio exclusivo de este, sino que también pertenece, en alguna medida, a los partícipes. En definitiva, la accesoriedad debe ir referida a ese “hecho”, el cual es un factor independiente de sus intervinientes; así, no hay obstáculo para conjugar la accesoriedad de los partícipes con respecto al referido hecho y la auto-responsabilidad, que hace que los partícipes respondan por su propio injusto<sup>110</sup> (o “ilícito”, en la terminología de la concepción significativa).

---

110 Vid. ROBLES (2003, pp. 166 ss.), quien, inspirándose en las contribuciones de JAKOBS, LESCH y DERKSEN, parte de una reformulación de la tradicional noción de accesoriedad, interpretándola como “aquella relación mínima necesaria que debe concurrir entre todo *interviniente* y *hecho* para poder atribuir responsabilidad penal”. Y esta noción de accesoriedad se basa, a su vez, en un entendimiento del hecho, desligado de su configuración naturalística, como perturbación social y, en concreto, como “unidad básica de desestabilización normativa” (p. 174), que es el mismo para todos los intervinientes, puesto que hay un solo acto (y no tantos actos como conductas individuales) con significado para la vigencia de la norma. Por tanto, el hecho no es patrimonio exclusivo del autor (por más que este sea el interviniente decisivo), sino que también pertenece en alguna medida a los partícipes, de tal manera que “el injusto de la intervención en el delito no surge ni del propio injusto del autor ni de la aportación aisladamente considerada, sino de la puesta en relación de la conducta del interviniente con el único hecho injusto que existe: el injusto típico” (p. 178), sin perjuicio de cada cual responda por sus propios hechos. En otras palabras, dado que la conducta del partícipe es en sí misma considerada atípica, entonces solo queda la posibilidad de la imputación al partícipe del tipo que se realiza; y en este contexto el sentido de la accesoriedad es trasladar retroactivamente la tipicidad propia de quien exterioriza un hecho penalmente relevante (el autor) a quien, si bien no exterioriza nada típicamente relevante, ha puesto una razón para que opere tal forma de imputación (pp. 179 s.). En definitiva, “el hecho adquiere significado por sí mismo y queda desprendido de la conducta de uno de ellos (el autor)”, de tal modo que “la accesoriedad se integra en aquel nexo que permite poner en relación al interviniente con el hecho”, pudiendo afirmarse que “la accesoriedad se convierte en aquella relación que necesariamente debe existir entre la propia conducta del partícipe (como razón para la imputación) y el hecho (que solo hay uno y es propio de todo interviniente)”. En síntesis, en esta caracterización la accesoriedad no aparece como un concepto secundario sino primario, porque significa simplemente “posibilidad de imputación” o “acceso” (p. 221).

Por lo demás, cabe añadir que, de nuevo, este planteamiento no carece de antecedentes desde hace bastantes años en la doctrina de aquellos países en los que las respectivas legislaciones no imponían reglas en materia de accesoriadad.

Así, hay que volver a mencionar aquí, ante todo, la posición de PEDRAZZI cuando partía de la base de que, a los efectos de la accesoriadad de la participación, “no se participa en el delito *tout court*: se participa en el hecho, en el delito en cuanto hecho”, en atención a lo cual concluía que “no es de unidad de *delito* de lo que hay que hablar, sino de unidad del *hecho*”<sup>111</sup>. Posición que fue acogida primigeniamente en la doctrina española por RODRÍGUEZ MOURULLO, cuando escribía que “no se participa en el *delito* en sí (hecho ya valorado), sino en el *hecho*”, y que “normalmente a unidad de hecho corresponde unidad de valoración, pero a veces el mismo y único hecho es susceptible de ser calificado (valorado) en atención *a la intención específica* o por la personal condición de algunos de los participantes, conforme a figuras delictivas diversas” (subrayado mío)<sup>112</sup>, aunque hay que efectuar la importante matización de que este penalista reservaba este planteamiento para resolver el problema de la imputación de los elementos personales de los tipos<sup>113</sup>, que es una cuestión diferente a la que aquí examinamos, por más que esté relacionada con ella<sup>114</sup>.

111 Vid. PEDRAZZI, 1952, p. 91. Desde la perspectiva de la coincidencia con la tesis de la concepción significativa que aquí acojo merece ser resaltada la inequívoca posición del penalista italiano: “una unificación no puede concebirse sobre el plano del elemento subjetivo. La unidad del delito no se conciliaría por lo demás con la pluralidad de las penas: naturalísima porque, *si una es la ofensa al bien jurídico, varias son las rebeliones a la ley*, tantas cuantas son los participantes culpables” (el subrayado es mío).

112 Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, p. 866 (planteamiento esbozado ya antes en DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, 1962, pp. 185 y 211). Posteriormente, reitera este autor su idea en el *Prólogo* a PEÑARANDA, 1991, p. 17, quien también la asume en esta obra.

113 En efecto, aunque *prima facie* pudiera pensarse que RODRÍGUEZ MOURULLO aceptaba el planteamiento de PEDRAZZI en su inte-

En otro orden de cosas, interesa subrayar que, con arreglo a la tesis aquí sostenida y más allá de la particular

---

gridad (según se comprueba en el pasaje entrecomillado del texto, del que se desprende que “la intención específica de los participantes” con relación a un hecho puede dar lugar a que este se califique conforme a figuras delictivas diversas), se apartaba después expresamente de la posición del autor italiano en la vertiente que aquí nos interesa, cuando inequívocamente escribía (p. 866 n. 102) que, si bien para PEDRAZZI “hecho significa el hecho objetivamente considerado con exclusión de la culpabilidad”, “cuando nosotros nos referimos al *hecho* lo entendemos de manera distinta, como realidad unitaria, integrada esencialmente por componentes objetivos y subjetivos que constituyen el objeto de las distintas valoraciones jurídico-penales. Un homicidio doloso y un homicidio culposo son, en este sentido, *dos hechos diferentes*. De ahí que para que subsista la unidad de hecho, sin la cual no cabe hablar propiamente de participación, se requiera homogeneidad en el núcleo esencial del elemento subjetivo. La co-causación de un homicidio por parte de dos personas, una de las cuales actúa dolosamente y la otra culposamente, no es una hipótesis de participación de varias personas en un mismo hecho, sino pura convergencia de dos hechos que deben ser valorados, en relación de autoría accesoria, como dos delitos distintos (homicidio doloso y homicidio culposo)”.

En fin, de ello se deduce que cuando RODRÍGUEZ MOURULLO aludía a “la intención específica de los participantes” no se refería a las instancias de ilicitud (dolo y culpa) sino a los específicos elementos subjetivos del injusto o de la culpabilidad.

- 114 Según ha analizado detenidamente PEÑARANDA (1990, p. 345), la resolución del problema de la imputación de los elementos personales sobre la base del entendimiento de la accesoriedad cuenta con antecedentes más antiguos, dado que se remonta al menos hasta ZIMMERL (1928, pp. 137 ss.), para quien, una vez admitido el principio de la accesoriedad limitada, todas las circunstancias (aun las de carácter personal) que afectan al contenido del injusto del hecho deben ser transmitidas a los partícipes; en cambio aquellas que no estén en relación con el injusto, sino que se refieren solo a la culpabilidad o a la peligrosidad, deberían ser valoradas de un modo estrictamente individual en los partícipes en quienes hubiesen concurrido. Por lo demás, posteriormente un planteamiento similar puede descubrirse en otros autores que han acudido también a un concepto restrictivo de hecho, restringido a los elementos materiales del delito, como, por ejemplo, señaladamente PIOTET, 1950, pp. 173 ss., así como en un sector minoritario de la doctrina alemana. Sobre la cuestión de la imputación de los elementos personales de los tipos vid. por todos en nuestra doctrina PEÑARANDA, 2008, RUEDA, 2010.

discrepancia en lo concerniente al concreto criterio de accesoria cualitativa que se propugne, existe una coincidencia con la opinión dominante en cuanto al *fundamento* de la participación. Desde la caracterización que aquí acojo, cabe asegurar que no existe una independencia o autonomía del partícipe con respecto al tipo de acción relevante y ofensivo realizado por el autor. En primera instancia, pues, como presupuesto imprescindible, el castigo de la participación dimana de la ejecución de un tipo de acción por parte de otra persona (el autor), que se transfiere al partícipe. De ahí que deba compartirse la afirmación efectuada por la opinión dominante en el sentido de que la participación es un concepto “accesorio” o “secundario”<sup>115</sup>.

Ahora bien, por otro lado, también comparto con la doctrina dominante la idea de que la contribución accesoria que lleva a cabo el partícipe con respecto al hecho principal debe suponer, simultáneamente, un *ataque autónomo o propio del partícipe al bien jurídico* vulnerado por la norma penal de que se trate, lo que, entre otras consecuencias, permitirá fundamentar debidamente la impunidad del agente de la autoridad encubierto que, cumpliendo los requisitos legales, actúa como genuino *agente provocador*, sobre la base de entender que este no vulnera dicho bien jurídico, sino que – todo lo contrario– evita su vulneración<sup>116</sup>. En suma, el agente provocador no vulnera ya el bien jurídico tutelado por la norma y, por tanto, no se le puede imputar la dimensión valorativa del tipo de acción; en su conducta falta, pues, la antijuridicidad material u objetiva, por más que esta sí esté presente en el comportamiento del autor.

115 Vid. por todos ROXIN, A.T., II., (P.G.,II) § 26/10, 11 y 26 ss.

116 Vid. por todos ROXIN, A.T., II., (P.G.,II) § 26/8 y 9, quien recuerda que ello propicia que quepa hablar de una teoría *mixta* en la fundamentación del castigo de la participación o “teoría de la causación orientada a la accesoria” (ibid., Rn. 11 y 26 ss.), que, por lo demás, posibilita impedir otras ampliaciones indeseables de la punibilidad de la participación, singularmente en el caso de la *participación necesaria* o en el de las *actuaciones neutrales* (Rn. 30).

En conclusión, de conformidad con las premisas de la concepción significativa, cabría decir que la realización de un tipo de acción relevante y ofensivo por parte del autor es un presupuesto imprescindible para el castigo de la participación; no obstante, ello no implica que la realización de dicho tipo de acción se traslade en todo caso al partícipe, dado que ese traslado no sucederá si la conducta del partícipe se halla encaminada precisamente a evitar la vulneración del bien jurídico. Desde la perspectiva de la concepción significativa, la tesis de la exigencia de un ataque autónomo al bien jurídico para poder castigar la participación comporta la necesidad de reconocer también un *especial elemento subjetivo en la conducta del partícipe*, análogo al que se exige en el autor para integrar el tipo de acción de la tentativa. La ausencia de intención de vulnerar el bien jurídico por parte del partícipe equivale a la ausencia de intención de consumar el hecho delictivo en la tentativa: en ambos casos la impunidad no se basa en la falta de dolo (que se incluye en la segunda categoría del delito, como intención subjetiva) sino en la ausencia del especial elemento subjetivo (primera categoría del delito). Ni que decir tiene que esta última conclusión no supone admitir un tipo de acción independiente para el partícipe: hay que insistir en que la admisión de una participación punible presupone siempre la realización de un tipo de acción por parte del autor, que es el tipo al que en todo caso debe contribuir el partícipe, sin que sea posible el castigo de una participación al margen de ese tipo; no obstante, esta afirmación es compatible con la referida idea de la exigencia de un ataque autónomo al bien jurídico, plasmada en el requisito de que, para que se le pueda imputar una contribución al tipo de acción realizado por el autor, no solo hay que acreditar en el partícipe la presencia de una acción material de participación sino también la intención de vulnerar el bien jurídico tutelado.

### 3. 4. Su admisibilidad en el Código penal español

#### 3.4.1. La accesoriadad referida al “*hecho*”

En lo que concierne a la regulación del Derecho español, el criterio de la accesoriadad mínima objetiva aquí propugnado tiene cabida en el marco de nuestro Código penal, dado que en los arts. 28 y 29 se alude simplemente a la realización o ejecución del “hecho”<sup>117</sup>, alusión que no tiene

---

117 Con relación a la interpretación de la palabra “hecho” en el seno del CP comparto el razonamiento de un sector doctrinal, que, ya bajo la vigencia del CP anterior, había venido entendiendo que, por sí sola, no hace referencia ni al tipo ni a la antijuridicidad, pues una cosa es el hecho y otra su valoración jurídica (vid. ya VIVES, 1977, p. 167, n. 74), y que (como añade DÍAZ G.-CONLLEDO, 1991, p. 738, en referencia a los casos de fuerza directa del antiguo art. 14-nº 1 CP) dicha palabra no tiene por qué tener un significado unívoco e inamovible en el CP, ni siquiera dentro del mismo precepto, y que, desde luego, tampoco el concepto de accesoriadad puede basarse en el término “hecho”, “sino más bien en el tratamiento de ciertas cuestiones por la propia ley y en la conveniencia político-criminal de decantarse por una u otra opción, cuando ninguna de ellas esté cerrada por el CP” (vid. ampliamente DÍAZ G.-CONLLEDO, *ibid.*, pp. 245 ss., donde señala que “hecho” no tiene por qué equivaler a “hecho típico y antijurídico” del autor, que es lo que exige realmente el principio de accesoriadad limitada; es más, “hecho” puede ser también simplemente “el supuesto fáctico descrito en los tipos de la parte especial, el sustrato fáctico de los mismos ... independientemente de la valoración que el Derecho penal haga de tal sustrato fáctico”).

Con relación al CP vigente, vid. por todos DÍEZ RIPOLLÉS (1998, p. 48), quien, *a contrario sensu*, viene a reconocer también esta idea, cuando escribe que “no parece que la referencia al ‘hecho’ en el art. 28, p. 1, en cuanto vinculada directamente al injusto específico plasmado en los elementos del tipo, cierre el paso a una consideración plena del injusto e incluyente por ello del injusto genérico”, así como la opinión de GARCÍA DEL BLANCO, 2006, pp. 185 ss., quien, en referencia a la coautoría, considera incluso que, siendo el “hecho” el mismo, cada coautor puede responder por un tipo legal diferente (vid., sin embargo, OCTAVIO DE TOLEDO, 2004, p. 835). Por su parte, GÓRRIZ, pese a mantener *prima facie* que el *hecho* al que se refiere el art. 28 CP debe entenderse como una acción típica e ilícita y que, por tanto, habrá de verificarse la concurrencia de dolo o imprudencia en el autor, así como la ausencia de permisos fuertes que excluyan la ilicitud de aquel hecho,

por qué ser interpretada en el sentido de exigir una acción típica y, además, antijurídica<sup>118</sup>, ni tampoco en el sentido de requerir dolo<sup>119</sup> o imprudencia en la conducta del autor.

---

en sintonía con el criterio de la accesoriedad limitada (2008, pp. 214 s.), posteriormente afirma que el *hecho* del art. 28 debe interpretarse como equivalente a tipo de acción (p. 223), y que “desde la propuesta aquí sostenida bastaría que la conducta del autor fuera típica” (p.418), en atención a lo cual –añado yo– el criterio de accesoriedad debería ser entonces el de la accesoriedad mínima objetiva. Y algo similar cabe predicar de la afirmación de ORTS/G. CUSSAC a partir de la 7ª ed. de su P.G. (2017, p. 311), cuando, pese a aludir previamente al principio de la accesoriedad limitada, escriben que “el partícipe sólo responde de los presupuestos del tipo de acción”; en la 8ª ed. (2019, p. 290), dichos penalistas ya se hacen eco de la expresión “accesoriedad mínima objetiva”.

- 118 Bajo la vigencia del CP anterior también se venía entendiendo que el vocablo “hecho” al que se refería el art. 14 no tenía por qué ser entendido como equivalente a conducta antijurídica. Vid. por todos RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, p. 807, n. 25, con independencia de que, a su juicio, como ya indiqué, la accesoriedad mínima resultaba inadecuada por razones materiales vinculadas a una concepción objetiva de la antijuridicidad.

Con todo, hay que reiterar una vez más que, según el esquema conceptual de la concepción significativa, la accesoriedad mínima requiere que el autor realice una conducta típica y *materialmente antijurídica* (o sea, ofensiva en el caso concreto para un bien jurídico-penal).

- 119 Con relación a la exigencia de un hecho principal doloso, descarta también LUZÓN que (a diferencia de lo que sucede en el StGB alemán) el CP español la imponga, en virtud de lo cual admite expresamente que la solución sugerida de *lege ferenda* por ROXIN (consistente en “admitir con carácter general la participación en un hecho no doloso del autor”) “es perfectamente posible en un CP como el español, cuyos arts. 28-2º y 29 no dicen para nada que el hecho principal al que se induce o en el que se coopera tenga que ser doloso”. Vid. LUZÓN, N. del T. a ROXIN, P.G.,II § 26/39, p. 219. No obstante, según indiqué más arriba, LUZÓN sostiene que el marco penal para el partícipe será el mismo que el del hecho principal imprudente.

Vid. además DÍAZ G.-CONLLEDO (N. del T. a ROXIN, P.G.,II § 26/35, p. 217) apuntando la posibilidad (alternativa a la propuesta de *lege ferenda* de ROXIN –ya citada más arriba– de referir la accesoriedad a la realización del tipo objetivo) de entender que si bien “la accesoriedad limitada requiere que el hecho principal sea típico incluyendo la parte subjetiva del tipo” y que en esta parte subjetiva “el tipo normal exige ciertamente el dolo”, “la ley también prevé en la parte subjetiva

Dicha alusión a la palabra “hecho” lo único que permite descartar es la accesoriadad máxima, en el sentido de que la responsabilidad del partícipe no depende de la imputación personal al autor, según se desprende de su uso en el art. 19 y en los números 1º y 2º del art. 20 CP<sup>120</sup>. Y lo mismo cabe decir de la previsión de los arts. 300 y 453 CP (que se limitan a mencionar un “autor del hecho” que fuere “irresponsable” o estuviere “personalmente exento de pena”)<sup>121</sup>. Y máxime si

---

del tipo (...) como hecho típico menos grave la posibilidad de un hecho típico imprudente”.

120 A favor del criterio de la accesoriadad limitada suele argüirse que el vocablo “hecho”, incluido en los arts. 28 y 29, equivale a acción u omisión típica y antijurídica, del mismo modo que sucede en el art. 20, nº 1º y 2º. Sin embargo, lo cierto es que, incluso en el caso de que se aceptase esto último, ello no obliga a entender que en los arts. 28 y 29 deba quedar incluida una referencia a la antijuridicidad, de la misma manera que la palabra “delito” se emplea en nuestro CP en diversos sentidos. Por tanto, la palabra “hecho” puede ser interpretada con el significado de “acción u omisión típica” (cfr. CERREZO, P.G., III, p. 230).

Por lo demás, en nuestro CP “realizar el hecho” y “ejecutar el hecho” deben entenderse como sinónimos y, por tanto, el autor del art. 28 se identifica con el sujeto que da principio a la ejecución del hecho en el art. 16 (vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 26 ss., con indicaciones). Vid. además, en especial, CUERDA RIEZU, 2017, pp. 498 s., con argumentos que comparto plenamente y que permiten también considerar como equivalentes a los anteriores los verbos “perpetrar” y “cometer”; ni que decir tiene que comparto también la gráfica identificación entre *iter criminis* y autoría y participación como “dos ruedas engranadas, entre las que debe haber coordinación” (p. 498).

121 En la doctrina española se suelen citar estos preceptos como argumentos a favor de la teoría de la accesoriadad limitada (vid. por todos S. BACIGALUPO, 2017, p. 440), pero realmente son argumentos que para lo que sirven es para descartar la accesoriadad máxima. Así, escribe MIR (P.G., L. 15/36): “En favor de la teoría de la accesoriadad limitada, y en especial de la no dependencia del partícipe respecto de la posibilidad de imputación personal al autor, concurren diversos argumentos en el Código penal” (subrayado mío). En el sentido del texto vid. con claridad ROBLES, 2003, p. 171, quien subraya acertadamente que “respecto de la accesoriadad cualitativa solo puede afirmarse con una cierta seguridad que el CP no consagra la denominada ‘accesoriadad máxima’” (subrayado y entrecomillado en el original).

se parte de la base (como aquí hacemos) de entender que las causas de justificación son permisos *personales* y que el tipo no incluye la infracción de la norma personal de conducta<sup>122</sup>.

Por lo demás, a lo anterior hay que añadir que el art. 5 CP establece que “no hay pena sin dolo o imprudencia”. Por tanto, este precepto no dice que no hay “hecho” (o tipo) sin dolo o imprudencia, sino simplemente “no hay pena”, de donde *a sensu contrario* se infiere que puede haber perfectamente un “hecho” o un “tipo” o una “antijuridicidad objetiva u ofensividad” sin dolo o imprudencia. Y esta interpretación se ve corroborada por lo dispuesto en los arts. 10 y 12 CP: una cosa son “las acciones y las omisiones penadas por la ley” (que serían los “hechos típicos”) realizados por el autor, y otra diferente, que esos hechos sean ejecutadas con dolo o imprudencia. En fin, cuando se trata de un hecho ya valorado como delito, el CP lo dice expresamente así, como sucede en el art. 19, párrafo 2 (“hecho delictivo”).

Ciertamente, al definir la tentativa el art. 16 CP habla de dar principio a la ejecución del “delito”, pero (aparte de que, obviamente, la tentativa solo presupone el comienzo de la ejecución) a renglón seguido aclara que se trata de “actos que *objetivamente* deberían producir el resultado”, con lo que

---

En la doctrina alemana se reconoce también que de los ya citados §§ 26 y 27 StGB, así como del § 29 (con arreglo al cual se castiga a cada interviniente “según su culpabilidad, sin tener en cuenta la culpabilidad del otro”) se desprende que el CP alemán no acoge ya la accesoriedad máxima, que era el criterio incluido en la redacción del StGB anterior a la reforma de 29-5-1943. Vid. por todos ROXIN, A.T., II., (P.G.,II) § 26/4 y 32.

Es más, en nuestra doctrina se ha podido llegar incluso a afirmar que el sistema de la accesoriedad mínima es “el único capaz de legitimarse en nuestro Código penal (artículos 8, 14 y 16 CP) [actuales arts. 20, 28 y 29]”. Cfr. BOLDOVA, 1995, p. 180 y, con amplitud, vid. pp. 152 ss.

122 Las expresiones “irresponsable” y “personalmente exento de pena” en los arts. 300 y 453 pueden también ser entendidas en el sentido de admitir la participación, *aunque el autor no hubiese infringido su norma personal de conducta*, esto es, siendo suficiente con que el autor hubiese realizado una conducta (objetivamente) típica y, por tanto, asumiendo el criterio de la accesoriedad mínima objetiva.

ni requiere que estos actos sean realizados con dolo por parte del autor ni, por supuesto, la constatación de que no concurre en éste alguna causa de justificación. También el art. 63 CP habla de “cómplices de un delito consumado o intentado”, pero obviamente esta expresión tampoco prejuzga la adopción de un concreto criterio de accesoriedad, puesto que (aparte de que debe ser interpretado en coherencia con el art. 16 CP) ni siquiera acogiendo el criterio de la accesoriedad limitada puede decirse que el autor tiene que haber realizado “un delito”, sino simplemente un hecho típico y antijurídico.

En suma, a la vista de la “parca regulación” que ofrece el CP español en esta materia, comparto plenamente la idea de que “no existen inconvenientes especiales para alcanzar una solución que permita, en general, adecuar la responsabilidad de los partícipes al contenido del injusto y de la culpabilidad de la conducta por ellos realizada”<sup>123</sup>. De ahí que, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, como por ejemplo el alemán<sup>124</sup>, o de lo que se prevé en la Propuesta de los Eurodelitos<sup>125</sup> (textos en los que se exige dolo

123 PEÑARANDA, 1990, p. 341. En sentido análogo vid. GÓRRIZ, 2008, p. 201, y 2019, p. 103, subrayando que el CP español no contiene una regla explícita que claramente se decante por acoger un sistema concreto de accesoriedad.

124 Recuérdese que los ya citados §§ 26 (inducción) y 27 (complicidad) StGB exigen, además de la tipicidad y la antijuridicidad del hecho del autor, también su carácter doloso. Vid. por todos ROXIN, A.T., II., (P.G.,II) § 26/6.

Esta diferencia se subraya también en la doctrina española. Vid. por todos ROBLES, 2003, pp. 170 ss., quien recuerda que, a la vista de la regulación que ofrece el StGB, singularmente la de su art. 27 (“será castigado como cómplice el que dolosamente haya prestado ayuda a la realización de un hecho antijurídico ajeno llevado a cabo dolosamente”), es evidente que en el Derecho alemán es necesaria la presencia de un hecho antijurídico y doloso realizado por el autor para que la actividad del partícipe constituya un injusto punible.

125 Ello se indica inequívocamente en el art. 16, conforme a la redacción pergeñada por TIEDEMANN: en su apartado 1 se indica que “es inductor quien, sin ser autor mediato (art. 14) o responsable por comportamientos ajenos (art. 15), determina dolosamente a otro para

en el autor del hecho en el que se participa, y dolo también en la participación), en el CP español no hay obstáculo para que el partícipe responda por su propio injusto (o ilícito).

Y, en concreto, no existe óbice para interpretar que la accesoriadad del partícipe debe ir referida, no al tipo delictivo ya valorado<sup>126</sup>, sino al sustrato fáctico de los tipos de la parte especial, con independencia de la valoración que el Derecho penal haga de tal sustrato fáctico<sup>127</sup>. Hay que insistir

---

que realice un comportamiento doloso y antijurídico”; en el apartado 2 se contiene una regla semejante para el cómplice.

Asimismo, si nos atenemos a la justificación de este precepto que ofrece el propio TIEDEMANN, es indudable su opción por el criterio de la accesoriadad limitada, plasmada en la exigencia de un “comportamiento doloso y *antijurídico* en el autor” (vid. TIEDEMANN, 2000, pp. 93 s.). Con todo, entiendo que esta conclusión de la opción por la accesoriadad limitada no es ineluctable a la vista del tenor literal del precepto, puesto que cabría interpretar (en sintonía con los postulados de la concepción significativa) que el vocablo “antijurídico” puede ser entendido en su sentido objetivo o material, como equivalente exclusivamente a la ofensividad o desvalor de resultado. Por tanto, el dictado del art. 16 también se adaptaría a la accesoriadad mínima (eso sí, subjetiva). Y algo similar cabe predicar de la regulación del CP alemán, que en los §§ 26 y 27 StGB exige que se determine o se preste ayuda a un “hecho antijurídico”.

126 Este es, sin embargo, el entendimiento de la doctrina mayoritaria en España. Vid. por todos ya GIMBERNAT, 1966, p. 277, quien, tras afirmar que “la participación es intervención en un hecho”, agrega que “el hecho en el que interviene el partícipe es estrictamente el descrito en la concreta figura delictiva”. Vid. además PEÑARANDA, 1990, p. 348 (“la exigencia de tipicidad del hecho principal ha de ser entendida, no en el sentido del tipo de injusto, sino en el de ‘tipo de delito’: como conformidad con la entera descripción legal de la concreta especie delictiva”).

127 Recuérdese que esta es la interpretación que proponía DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO (1991, pp. 245 ss.) para los casos de fuerza directa del antiguo art. 14-nº 1 del CP. A ello cabe añadir que, haciéndose eco de esta posición, el propio PEÑARANDA (1990, p. 337, n. 55) considera que “es teóricamente posible interpretar la idea de accesoriadad mínima en el sentido de que con ella solo se exige que el ‘hecho’ principal cumpla formalmente las características de una determinada figura de delito, extendiendo así a todas las formas de participación el concepto de hecho” propuesto por DÍAZ.

en que, si la accesoriadad del partícipe tuviese que ir referida al tipo delictivo ya valorado, habría que llegar a la insatisfactoria conclusión de que no podría articularse la participación en el caso de que el autor obrase con un error subjetivo o personalmente invencible sobre el tipo, puesto que, al obrar sin dolo ni imprudencia, el autor no realizaría tipo delictivo alguno<sup>128</sup>.

En cualquier caso, conviene insistir en que lo que aquí propongo como presupuesto de referencia para admitir el castigo de la participación es, en rigor, algo más que un mero sustrato fáctico, habida cuenta de que se trata de un tipo de acción relevante y ofensivo, que presupone que el autor ha realizado al menos una conducta de tentativa en el sentido más arriba expuesto. Tal precisión es importante puesto que, en cambio, para la imposición de medidas de seguridad el presupuesto de referencia no tiene por qué ser el tipo de acción, sino que basta con un simple *tipo*, a secas, o, mejor dicho, basta con la causación de un *hecho* que coincide con los términos que sirven para definir un tipo penal (la “comisión de un hecho previsto como delito”, según se dispone en los arts. 6-1 y 95-1 CP), aunque ese hecho hubiese sido originado por una persona en una situación de inconsciencia (una

---

128 Así, si, v. gr., un sujeto mata a otro con dolo, realiza el tipo delictivo del art. 138 del CP; si lo hace por imprudencia grave, ejecuta el tipo del art. 142-1; y si es por imprudencia menos grave, el tipo del art. 142-2. Pero si no existe alguna de estas formas de ilicitud, por concurrir un error personalmente invencible en el autor, la causación de la muerte de otro, predecible según leyes generales (y, por tanto, concurriendo un error objetivamente vencible en el autor) no comporta la realización de “tipo de delito” alguno, concebido como entera descripción legal de la concreta figura delictiva de la Parte especial.

Ahora bien, lo que, desde luego, este autor realiza es el *tipo de acción* del homicidio en general, en virtud de lo cual deja abierta la posibilidad conceptual de participación en cualquiera de las tres figuras delictivas citadas. Por consiguiente, a la postre será la *intención subjetiva* del partícipe la que determine a qué tipo de acción se adscribe su conducta: eso sí, sentado lo que antecede, hay que recordar que, dado que, a mi juicio, la participación imprudente no se castiga en el CP español, el tipo de referencia para el partícipe será siempre el tipo doloso.

*actio hominis*) y, por tanto, no hubiese existido una verdadera *actio humana*: si la situación de inconsciencia en la que obró una persona estaba provocada por una anomalía mental y se acredita un pronóstico de peligrosidad para el futuro, no debería existir obstáculo para la imposición de una medida de seguridad.

No obstante, conviene también recordar que, para admitir las actuaciones defensivas de terceros, sí es necesaria la realización de un tipo de acción y, por tanto, la presencia, en su caso, del especial elemento subjetivo del tipo de acción de que se trate, porque para apreciar la legítima defensa el CP español exige en el art. 20-4º CP la previa existencia de una *agresión ilegítima*. Así las cosas, el concepto gramatical del vocablo *agresión* no solo presupone la realización de una *actio humana*, sino que se viene a identificar con la noción de tentativa, puesto que implica una finalidad de dañar a alguien, que equivale a la presencia del elemento subjetivo del tipo de acción de la tentativa, concebido –como ya expliqué– como *resolución (o voluntad) de consumir el hecho típico* o, mejor dicho, *como la voluntad (eventual) de alcanzar una meta que coincide (objetivamente) con el hecho descrito en un tipo penal*. Eso sí, lo que no se exige es que esa conducta sea *subjetivamente* antijurídica (o ilícita), dado que será suficiente con que suponga la realización de un tipo de acción relevante y ofensivo (o sea, una *agresión objetivamente* antijurídica).

### **3.4.2. Crítica a la objeción planteada desde la consagración legal de la autoría mediata**

En contra de la conclusión a la que he llegado en el epígrafe anterior no cabe esgrimir, en modo alguno, el argumento de que la previsión de la figura de la autoría mediata en el art. 28 del CP obligue a entender que en nuestro texto punitivo haya que acoger el criterio de la accesoriedad limitada.

En efecto, algunos penalistas han apuntado que, si bien es cierto que el CP no contiene una regla explícita que inequívocamente recoja un determinado criterio en materia de accesoriadad, la regulación expresa de la figura de la autoría mediata como una de las tres formas de autoría en el inciso inicial del art. 28 obliga a interpretar que el texto punitivo español ha adoptado implícitamente el criterio de la accesoriadad limitada<sup>129</sup>.

Frente a este modo de razonar hay que oponer que la previsión de la autoría mediata en el CP resulta necesaria aunque se acoja el criterio de la accesoriadad mínima objetiva que aquí propugno. Ciertamente, podrá afirmarse, que “*la figura de la autoría mediata no resulta tan imprescindible como se revela a partir de otras concepciones sistemáticas*”<sup>130</sup>. Pero obviamente existe una importante constelación de supuestos en la que (aun partiendo de la accesoriadad mínima objetiva) la autoría mediata resulta necesaria, esto es: cuando la persona de delante no realiza un tipo de acción, incluyendo aquí el caso de que falte el especial elemento *subjetivo* requerido por el tipo (v. gr., el ánimo de lucro en el delito de hurto); en tales supuestos no será posible castigar al sujeto de atrás como inductor o cooperador necesario ante la ausencia de un autor que realice un tipo de acción (en sentido lógico gramatical).

---

129 Vid. en este sentido, por todos, de forma paradigmática: S. BACIGALUPO, 2017, quien, pese a partir inicialmente de la base de que el CP no contiene una regulación explícita sobre la accesoriadad (p. 439), acaba concluyendo que “el texto de la ley establece la *accesoriadad limitada*, al admitir en el art. 28 CP la autoría mediata” (p. 445), que es la “solución más razonable” (p. 440).

Por cierto, con relación a esta pretendida mayor “razonabilidad” de la solución de la accesoriadad limitada, recuérdese la juiciosa observación crítica de ROXIN (A.T., II., -P.G.,II-, § 26/36), a la que me aludí más arriba (vid. *supra* III.3.1.), en el sentido de que tal calificativo no puede atribuirse, desde luego, a la accesoriadad limitada *subjetiva*, que es a la que indudablemente se refiere aquí S. BACIGALUPO.

130 Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, p. 216.

En realidad, esta cuestión ya se planteó bajo la vigencia del CP anterior (en el que no se preveía explícitamente la autoría mediata y, sin embargo, se consideraba “posible y necesaria”). Con su habitual maestría y claridad explicaba muy bien RODRÍGUEZ MOURULLO el porqué de esa conclusión: a su juicio, la autoría mediata resultaba imprescindible para cubrir la laguna de punibilidad que se produciría en aquellos supuestos en que, debido al principio de accesoriadad de la participación *en cualquiera de sus versiones*, no pudiesen ser aplicados los números 2 (fuerza e inducción) y 3 (cooperación necesaria) del antiguo art. 14 CP. En particular, aclaraba este penalista que “la laguna de punibilidad no desaparecería aunque se operase con la denominada *accesoriadad mínima*, que se satisface con que la conducta del ejecutor sea típica. Aun así quedarían fuera de los números 2 y 3 del art. 14 los supuestos de autoría mediata en los que el instrumento no actúa típicamente, por no concurrir en relación con él determinados elementos típicos objetivos o por obrar sin los requeridos elementos subjetivos del tipo”<sup>131</sup>.

Y, aun cuando se acoja el criterio de la accesoriadad mínima objetiva, la autoría mediata resultará imprescindible en determinados supuestos<sup>132</sup>, esto es: aquellos supues-

---

131 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, pp. 806 s. (y vid. ya anteriormente 1969, pp. 277 ss.) con referencia a una accesoriadad mínima que, además, vendría a coincidir con la que aquí sustento, dado que este penalista acogía el tradicional sistema neoclásico en el que dolo e imprudencia no se incluían en el tipo, sino que eran formas de culpabilidad y, por tanto, en la tipicidad solo se incluían los elementos objetivos y, en su caso, el especial elemento subjetivo (como, v. gr., el ánimo de lucro). Haciéndose eco de ello vid. asimismo CEREZO (P.G., III, p. 214), afirmando coherentemente que no siempre será posible castigar al sujeto de atrás “como inductor o cooperador necesario, aunque se parta del criterio de la accesoriadad mínima”: ciertamente para este penalista dicha accesoriadad mínima es *subjetiva* (en el sentido de que incluye dolo e imprudencia en el tipo) pero la afirmación es coherente porque lo relevante es que incluye también los especiales elementos subjetivos del injusto en la tipicidad.

132 Vid. sobre ello MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 157 ss.

tos en los que el instrumento realice una conducta atípica y lleve a cabo solamente el sustrato material del tipo<sup>133</sup>. En particular, esto último sucederá siempre en los siguientes casos: en primer lugar, en los tipos de acción que requieran un elemento subjetivo específico para caracterizar la propia acción (en los que cabe la posibilidad de que tal elemento no concorra en el instrumento y solo concorra en la persona de atrás<sup>134</sup>, lo cual conducirá a calificar en todo caso como

---

133 Precisamente, cabe recordar que la naturaleza de la autoría mediata como auténtica autoría se pone de manifiesto precisamente en este caso, en el que solo existe un autor (incluso, en el más básico de los sentidos, el lógico-gramatical), que es el autor mediato. En sentido próximo, vid. COBO/VIVES, P.G., p. 748, si bien su apreciación va referida a la realización de un “injusto típico”.

Me interesa insistir en que en esta hipótesis es cierto que el instrumento no lleva a cabo el tipo de acción (en su sentido jurídico) de que se trate, por lo que consecuentemente no puede ser considerado autor, pero no hay duda de que siempre realizará el hecho en su vertiente fáctica. En este sentido hay que entender también la afirmación de DÍAZ G.-CONLLEDO, 1991, p. 649, cuando escribe que el instrumento tiene que realizar “una acción que determine objetiva y positivamente el hecho, independientemente de que (...) su conducta sea o no típica” y que esa realización es imprescindible para hacer surgir la autoría mediata. En otras palabras, la actuación del instrumento no puede quedar reducida a un mero factor causal del resultado –como pretenden algunos penalistas al menos para algunos supuestos– como ROXIN. Vid. críticamente, con razón y contundencia, DÍAZ G.-CONLLEDO, 1991, pp. 649 s., subrayando la importancia de la actuación del instrumento para la fundamentación de la autoría mediata.

134 Así, v. gr., en el delito de hurto del art. 234 CP el ánimo de lucro no tiene por qué concurrir en el instrumento, pero sí necesariamente en el autor mediato, quien será entonces el único autor del delito en el sentido lógico-gramatical. En este sentido, pero a partir de otra fundamentación, vid. también MIR, P.G., L.14/64-66.

Con todo, con respecto a este supuesto conviene recordar, una vez más, que, a mi juicio, los tipos de acción que requieren un elemento subjetivo para su *definición* (como nota conceptual del tipo) son mucho más reducidos de lo que sostiene la opinión doctrinal mayoritaria (vid. supra III.3.2.4.). Ni que decir tiene entonces que en los casos de *sedicentes* elementos subjetivos del tipo, el tipo de acción se realizará ya plenamente sin la presencia de tal pretendido elemento subjetivo, en virtud de lo cual se puede afirmar que el instrumento también sería autor de dicho

autor mediato a esa persona de atrás que actúe movida por tal ánimo específico<sup>135</sup>); en segundo lugar, en los delitos especiales (en los que el instrumento no puede realizar el tipo de acción en su totalidad por faltarle la cualidad especial para poder ser sujeto activo)<sup>136</sup>, en cuyo caso cabrá calificar como autor mediato a la persona cualificada de atrás si la persona de delante obra sin libertad o en situación de error o, en todo caso, si se admite la autoría mediata a través del (mal llamado) denominado *instrumento doloso no cualificado*<sup>137</sup>; en fin, en tercer lugar, en algunos casos en los que la víctima del hecho delictivo sea el propio instrumento (y tal hecho no sea penalmente típico, si lo realiza la víctima<sup>138</sup> sino que lo será solo cuando lo realiza otra persona sobre él<sup>139</sup>).

---

tipo en el sentido lógico-gramatical: ello sucederá, por de pronto, en los denominados delitos de tendencia intensificada, en los llamados de delitos de expresión y en otros casos *sui generis* como, señaladamente, “el conocimiento de la falsedad y el temerario desprecio hacia la verdad” o “el manifiesto desprecio por la vida de los demás”; pero también sucederá en algunos de los intitulados delitos de intención.

135 Recuérdese que, según indiqué ya supra (III.3.2.4.), desde la perspectiva de la concepción significativa, es ya conceptualmente incorrecto hablar de un “instrumento doloso sin intención”.

136 Vid. por todos MIR, P.G., L.14/52: “el funcionario hace destruir a su secretaría particular unos papeles confiados a aquél por razón de su cargo”.

137 Sobre esta discutible forma de autoría mediata vid. por todos, con indicaciones, MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 246 ss.

Sobre ella comparto la idea de que la autoría mediata siempre debería ser posible en todos los casos en los que el instrumento no realiza ya el tipo de acción y, por tanto, no puede ser autor en sentido lógico-gramatical. A partir de otra concepción sistemática, algunos penalistas, como MIR (P.G., L.14/58-61), también la admiten, sobre la base de su construcción de la autoría sobre la idea de *pertenencia* (desarrollada para la autoría mediata especialmente por BOLEA, 2000). De hecho, como bien recuerda DÍAZ G.-CONLLEDO (2011, p. 31), el fundamento de la construcción de MIR sobre la autoría basado en la apuntada idea de *pertenencia* se observa particularmente bien en este supuesto de la llamada autoría mediata por instrumento doloso no cualificado.

138 Vid. por todos MIR, P.G., L. 14/58: p. ej., “A hace tocar a B un cable de alta tensión ocultándole esta circunstancia y produciéndole de esta

Pero no es eso todo. Y es que en cualquier caso hay que subrayar que, obviamente, no es lo mismo que la persona de atrás sea calificada como partícipe que lo sea como auténtico autor mediato, habida cuenta de que en esta segunda hipótesis se abre la posibilidad de admitir la participación (señaladamente la inducción) de terceras personas en la propia conducta de la persona de atrás que actúa como verdadero autor (mediato)<sup>140</sup>. Por otra parte, en el caso concreto de la inducción la existencia de una tentativa punible únicamente surge cuando el instigado da comienzo a la ejecución del hecho (hasta ese momento el inductor permanece impune en atención al principio de accesoriedad de la participación); en

---

forma la muerte; B no realiza el tipo objetivo del homicidio ni ningún otro, porque el matarse a sí mismo es atípico”.

El procedimiento de instrumentalización más usual será el de la creación o aprovechamiento de un *error* sobre el significado del comportamiento, al que cabría añadir el caso de la provocación de comportamientos automatizados (cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., p. 367, v.gr., “se interpone un obstáculo en la calzada, de forma que el conductor, dadas las circunstancias, dará un volantazo automatizado que le resultará necesariamente mortal”), siempre, claro es, que se admita que estos sean considerados como una acción, porque (según indiqué) si el sujeto de atrás no realiza una *acción humana* (lo que es claro en los supuestos de ataques epilépticos, comportamientos reflejos, comportamientos durante el sueño, fuerza irresistible) no hay instrumento y la autoría de la persona de atrás no sería mediata sino inmediata.

También son imaginables (aunque sean menos frecuentes) los casos de coacción para que otro se autolesione o suicide, en cuyo caso habrá asimismo una autoría mediata. Eso sí habrá de tratarse de una auténtica coacción, provocadora de ausencia de una voluntad libre del instrumento, dado que, de no ser así, estaríamos ante un supuesto de inducción o cooperación a autolesiones (impune) o al suicidio (impune en unos supuestos, pero punible en otros, a tenor del vigente art. 143). Vid. en este sentido DÍAZ G.-CONLLEDO, 2001, pp. 34 s.

139 Cabría decir, pues, que la víctima-instrumento no realiza *valorativamente* (tan solo materialmente) los elementos objetivos del tipo. Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, P.G., p. 367. En el ejemplo descrito en la nota anterior el comportamiento de la víctima daría lugar en el plano objetivo a un suicidio y no a un homicidio.

140 Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 207 ss., al examinar los casos de ausencia de culpabilidad.

cambio, en la autoría mediata la tentativa comienza ya con la actuación sobre el instrumento<sup>141</sup>. En fin, y por supuesto, no dejaría de ser insatisfactorio en cualquier caso calificar como mero partícipe a quien realiza/ejecuta plenamente el significado específico del hecho, ocupando la posición principal en las conductas de intervención penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALIMENA, “La colpa nella teoria generale del reato”, Palermo 1947
- BACIGALUPO, S., “Infracción del deber y participación”, en LH Mir Puig, Madrid 2017
- BAUMANN/WEBER/MITSCH, “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, 11ª ed., Bielefeld 2003.  
<https://doi.org/10.1007/978-3-642-55833-7>
- BOLDOVA PASAMAR, “La comunicabilidad en las circunstancias y la participación delictiva”, Madrid 1995
- BOLEA BARDÓN, “Autoría mediata en Derecho penal”, Valencia 2000
- CARBONELL MATEU, “La justificación penal”, Madrid 1982
- CARBONELL MATEU (dir.), “La justificación penal: balance y perspectivas”, Valencia 2008
- CASAS HERVILLA, “La participación del *extraneus* en el delito de prevaricación administrativa: principales problemas y propuestas para su solución”, en *EPCr*, (38) 2018. <https://doi.org/10.15304/epc.38.5517>
- CEREZO MIR, “Autoría y participación en el borrador de anteproyecto de Código penal, de octubre de 1990”, en *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid 1993

---

141 Vid. este argumento ya en RODRÍGUEZ MOURULLO, 1972, p. 805.

- CEREZO MIR, “Curso de Derecho penal español. Parte general, III, Teoría jurídica del delito/2”, Madrid 2001
- CEREZO MIR, “Prólogo al libro de M.A. BOLDOVA PAMAMAR”, *La comunicabilidad en las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid 1995
- COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, “Derecho penal. Parte general”, 5ª ed., Valencia 1999
- CORCOY BIDASOLO, “Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento”, en DEMETRIO CRESPO (Dir.), *Derecho penal económico y Teoría del Delito*, Valencia 2020
- CUERDA ARNAU, “La concepción significativa de la acción v. las pretensiones sistemáticas”, en T. Vives Antón, *Pensar la libertad*, Valencia 2019
- CUERDA RIEZU, “Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español”, en Silva Sánchez (ed.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal: Libro-homenaje a Claus Roxin*, Barcelona 1995
- CUERDA RIEZU, “Límites temporales de la participación delictiva según el Código penal. La accesoriedad cuantitativa”, en LH Mir Puig, Madrid 2017
- DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, “Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas”, Madrid 1962
- DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, “La autoría en Derecho penal”, Barcelona 1991
- DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, “Autoría y participación (en el nuevo Código penal de 1995)”, *La Ley*, nº 3.984, 1996-2
- DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, “La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente”, en *Documentos Penales y Criminológicos*, vol. 1, 2001

- DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, ¿Es necesaria la cooperación necesaria?, en L.H., Cerezo Mir, Madrid 2002
- DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, “Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos”, en *Nuevo Foro Penal*, nº 71, 2007
- DÍAZ GARCÍA-CONLLEDO, “La influencia de la teoría de la autoría (en especial, de la coautoría) de Roxin en la doctrina y la jurisprudencia españolas. Consideraciones críticas”, en *Nuevo Foro Penal, Universidad EAFIT*, Medellín, nº 76, 2011
- DÍEZ RIPOLLÉS, “Una interpretación provisional del concepto de autor”, RDPCr, nº 1, 1998
- DÍEZ RIPOLLÉS, “Derecho penal español. Parte general en esquemas”, 4ª ed., Valencia 2016
- EURO-DELIKTE (Vorschläge zur Harmonisierung des Wirtschaftsstrafrechts in der Europäischen Union. Allgemeiner und Besonderer Teil), Internationales Symposium Freiburg i Br., 2002
- FRISCH, “Vorsatz und Risiko”, Köln 1983
- GARCÍA DEL BLANCO, “La coautoría en Derecho penal”, Valencia, 2006
- GIMBERNAT ORDEIG, “Autor y cómplice en Derecho penal”, Madrid 1966
- GIMBERNAT ORDEIG, “Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts”, ZStW 80 (1968). <https://doi.org/10.1515/zstw.1968.80.4.915>
- GIMBERNAT ORDEIG, “A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad”, ADPCP, 2013, vol. LXVI
- GÓMEZ MARTÍN, “Delitos especiales y moderna dogmática del Derecho penal económico: ¿un matrimonio bien avenido?”, en SILVA/MIRÓ (Dirs.) *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid, 2013

- GÓMEZ RIVERO, “Regulación de las formas de participación intentada y de la autoría y participación”, *La Ley*, nº 3959, 1996
- GONZÁLEZ CUSSAC, en ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, “Compendio de Derecho penal, Parte general”, 3ª ed., 2011, y 8ª ed., Valencia 2019
- GÓRRIZ ROYO, “El concepto de autor en Derecho penal”, Valencia 2008
- GÓRRIZ ROYO, “Autoría y participación a la luz de la acción significativa: algunas consideraciones derivadas de adoptar el criterio de la accesoriedad mínima”, en J.L. González Cussac (coord.), *Lenguaje y dogmática penal*, Valencia 2019
- GUARDIOLA GARCÍA, “Especiales elementos subjetivos del tipo en Derecho penal: aproximación conceptual y contribución a su teoría general”, en RdPP, nº 6, 2001
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, “La autoría mediata en Derecho penal”, Granada 1996
- HERZBERG, “Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme”, JuS, 1974
- HERZBERG, “Täterschaft und Teilnahme”, München 1977
- HERZBERG, “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzesorietät der Teilnahme”, en ZStW, 1987. <https://doi.org/10.1515/zstw.1987.99.1.49>
- JAKOBS, “Strafrecht. Allgemeiner Teil”, 2. Aufl., 1991 (hay trad. española de J. Cuello y J.L. Serrano, Madrid 1997). <https://doi.org/10.1515/9783110906424>
- JESCHECK/WEIGEND, “Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil”, 5. Aufl., Berlin 1996 (hay trad. española de M. Olmedo, Granada 2002)
- LUZÓN PEÑA, “Curso de Derecho penal. Parte general, I”, Madrid 1996
- LUZÓN PEÑA, “Lecciones de Derecho penal. Parte General”, 3ª ed., Valencia 2016
- MARTÍNEZ GARAY, “Incidencia de los trastornos mentales en categorías dogmáticas distintas de la imputabi-

- lidad: supuestos problemáticos entre la exclusión del injusto y la exclusión de la culpabilidad”, en CARBONELL MATEU (dir.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, Valencia 2008
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Derecho penal económico y de la empresa. Parte General”, 2ª ed., Valencia 2007, 3ª ed., Valencia 2011, y 5ª ed., Valencia 2016
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “El contenido de la antijuridicidad (Un estudio a partir de la concepción significativa del delito)”, Valencia 2013
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Los elementos subjetivos del tipo de acción”, en *teoría & derecho*, nº13, 2013-a
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “El error en la teoría jurídica del delito (Un estudio a la luz de la concepción significativa)”, Valencia 2017. <https://doi.org/10.15304/epc.38.5246>
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)”, Valencia, 2019. <https://doi.org/10.15304/epc.38.5246>
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Autoría y participación en el delito fiscal”, en E. Demetrio Crespo/J. A. Sanz Díaz-Palacios (dir.), *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*, Barcelona 2019-a, págs. 109-134
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresarial. Peculiaridades a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal español)”, en E. Demetrio Crespo (dir.) *Derecho penal económico y Teoría del Delito*, Valencia 2020
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, “Los elementos subjetivos en la antijuridicidad. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)”, Valencia 2020-a
- MIR PUIG, “Derecho penal. Parte general”, 10ª ed., (con la colaboración de Gómez Martín, Víctor/Valiente Iváñez, Vicente), Barcelona, 2015

- MIRÓ LLINARES, “Conocimiento e imputación en la participación delictiva”, Barcelona 2009
- MOLINA FERNÁNDEZ, “Antijuridicidad penal y sistema del delito”, Barcelona 2001
- MOLINA FERNÁNDEZ, “El razonable “regreso” del dolo a la culpabilidad”, en LH Mir Puig, Madrid 2017
- MUÑOZ CONDE, “Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?”, en el libro *Derecho penal económico*, C.G.P.J., Madrid 2001, (también en RP, nº 9, 2002)
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de la “responsabilidad penal por el producto”, en LH Ruiz Antón, Valencia 2004
- ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC, “Compendio de Derecho penal, Parte general”, 3ª ed., 2011, 7ª ed., 2017, 8ª ed., 2019
- PEDRAZZI, “Il concorso di persone nel reato”, Palermo, 1952
- PEÑARANDA RAMOS, “La participación en el delito y el principio de accesoriadad”, Madrid 1990
- PEÑARANDA RAMOS, “Concurso de leyes, error y participación en el delito”, Madrid 1991
- PEÑARANDA RAMOS, “Sobre el alcance del art. 65.3 CP: al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber”, en *L.H. Gimbernat*, Madrid 2008
- PEÑARANDA RAMOS, en R. Robles Planas (dir.) *La responsabilidad en los “delitos especiales” (El debate doctrinal en la actualidad)*, Buenos Aires 2014
- PIOTET, “La participation aux délits spéciaux en doctrine générale et en Droit pénal suisse”, Montreux 1950
- RAGUÉS VALLÈS, “Los elementos subjetivos no escritos: ¿hacia su definitiva desaparición?” en L.H. Mir Puig, Barcelona 2017

- ROBLES PLANAS, “Participación en el delito e imprudencia”, en Revista de Derecho penal y Criminología, nº 6, 2000
- ROBLES PLANAS, “La participación en el delito: fundamento y límites”, Madrid 2003
- ROBLES PLANAS, en R. Robles Planas (dir.) La responsabilidad en los “delitos especiales” (El debate doctrinal en la actualidad), Buenos Aires 2014
- RODRÍGUEZ MOURULLO, en DEL ROSAL/COBO/RODRÍGUEZ MOURULLO, “Derecho penal español. Parte especial. Delitos contra las personas”, Madrid 1962
- RODRÍGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en Derecho penal español”, en ADPCP, 1969
- RODRÍGUEZ MOURULLO, en J. Córdoba/G. Rodríguez Mourullo, “Comentarios al Código penal”, t. I, Barcelona 1972
- RODRÍGUEZ MOURULLO, “Prólogo al libro de E. Peñaranda Ramos” *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, Madrid 1991
- ROSO CANADILLAS, “Autoría y participación imprudente”, Granada 2002
- ROXIN, “Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band II”, München, 2003 (hay trad. española y notas por D.-M. Luzón Peña, dir., J. M. Paredes Castañón, M. Díaz García-Conlledo, J. de Vicente Remesal y otros, “Derecho Penal. Parte General, Tomo II”), Madrid 2014
- RUEDA MARTÍN, “Delitos especiales de dominio y su relación con el artículo 65.3”, Granada, 2010
- RUIZ ANTÓN, “El agente provocador”, Madrid 1982
- SILVA SÁNCHEZ, “El sistema de la incriminación de la imprudencia”, en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona 1997
- SILVA SÁNCHEZ, “El nuevo escenario del delito fiscal en España”, Barcelona 2005
- SILVA SÁNCHEZ, “Teoría del delito y Derecho penal económico empresarial”, en J.M<sup>a</sup>. SILVA y F. MIRÓ (dirs.) *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid 2013

- SILVA SÁNCHEZ, ¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?, en *InDret* 3/2014
- TIEDEMANN, “La regulación de la autoría y la participación en el Derecho penal europeo”, *RP*, nº 5, 2000
- TORRES CADAVID, “La responsabilidad penal del asesor fiscal”, Valencia, 2019
- TRAPERO BARREALES, “Los elementos subjetivos en las causas de justificación”, Granada 2000
- VIDAL CASTAÑÓN, ¿Cabe condenar al copartícipe en un delito y absolver al autor del hecho principal?, *DLL*, nº 8297, 24-4-2014
- VIVES ANTÓN, “Libertad de prensa y responsabilidad criminal”, Madrid 1977
- VIVES ANTÓN, “Fundamentos del sistema penal”, Valencia 1996
- VIVES ANTÓN, “Derecho penal. Parte general”, (COBO DEL ROSAL/VIVES ANTON), 5ª ed., Valencia 1999
- VIVES ANTÓN, “Fundamentos del sistema penal (Acción Significativa y Derechos constitucionales)”, 2ª edición, Valencia 2011
- VIVES ANTÓN, “Prólogo al libro de E. Górriz Royo”, *El concepto de autor en Derecho penal*, Valencia 2008
- VIVES ANTÓN/CUERDA ARNAU, “De nuevo sobre la autoría: algunos problemas metodológicos”, en L.H. al Prof. Gonzalo Quintero Olivares, Elcano, 2018
- ZIMMERL, “Zur Lehre vom Tatbestand”, *Strafrechtliche Abhandlungen*, Heft 237, Breslau 1928