

OLAVE, Alejandra: “La accesoriadad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.
Polít. Crim. Vol. 19 N° 37 (Julio 2024), Art. 4, pp. 99-128
<https://politcrim.com/wp-content/uploads/2024/06/Vol19N37A4.pdf>

La accesoriadad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios”*

The accessory nature of aiders and abettors in the discussion about communicability in the so-called “improper special offences”

Alejandra Olave Albertini
Abogada y máster en Derecho Público, Universidad de Chile
Becaria doctoral CONICET, Universidad de Buenos Aires
aolavealbertini@derecho.uba.ar
<https://orcid.org/0009-0006-6311-3944>

Fecha de recepción: 14/06/2023.
Fecha de aceptación: 06/10/2023.

Resumen

El trabajo pretende ser un aporte a la discusión del así llamado “problema de la comunicabilidad”, por la vía de afirmar que no existe un problema tal que pueda ser resuelto de forma unitaria para todas las formas de intervención delictiva. El análisis estará enfocado en la intervención accesoria propia de las figuras de inducción y complicidad, comenzando por (1) una propuesta de comprensión de ambas figuras en tanto formas de imputación de una conducta auxiliar a aquella conducta principal del autor. Posteriormente, (2) se analizará la estructura de los así llamados “delitos especiales impropios” centrándose en la distinción entre delito y hecho punible. A partir de esa distinción se revisará la discusión acerca de la comunicabilidad de circunstancias personales a partícipes *extranei* desde la comprensión de la estructura de imputación propia de la participación como conducta accesoria. Para ello, (3) se presentarán los principales argumentos en contra de que a partícipes *extranei* les sea imputable un hecho punible cualificado por elementos personales, (4) centrándose en la controversia interpretativa que ha suscitado el artículo 64 del Código Penal chileno. Tras presentar una propuesta de interpretación que distingue entre circunstancias modificatorias de la pena y elementos modificatorios del injusto, (5) se contrastará dicha tesis con las propuestas que favorecen la llamada “comunicabilidad limitada” que defienden la “ruptura del título de imputación” para los casos de hechos punibles cualificados por elementos personales. (6) Se concluirá con un breve esbozo acerca de cuál debería ser la solución en casos de intervención principal en un hecho punible, a saber, intervención de autores mediatos y coautores *extranei*.

Palabras clave: delitos especiales propios, delitos especiales impropios, comunicabilidad, accesoriadad

Abstract

* Agradezco a Javier Contesse, Juan Pablo Mañalich, Guillermo Silva e Isabel Yáñez sus valiosas observaciones a una versión preliminar de este texto.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriadad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

This paper aims to be a contribution to the discussion of the so-called "communicability problem", by stating that there is no such problem that can be solved in a sole way for all types of criminal intervention. The analysis will focus on the accessory intervention of the figures of incitement and complicity, beginning with (1) a proposal for understanding both figures as forms of imputation of an auxiliary conduct to the main conduct of the perpetrator. Subsequently, (2) the structure of the so-called "improper special offences" will be analyzed, focusing on the distinction between offence and punishable act. From this distinction, the discussion on the communicability of personal circumstances to *extranei* participants will be reviewed from the understanding of the imputation structure of participation as an accessory conduct. To this end, (3) the main arguments against the immutability of a punishable act qualified by personal elements to *extranei* will be presented (4) by focusing on the interpretative controversy that has arisen around article 64 of the Chilean Penal Code. After presenting a proposal for interpretation that distinguishes between circumstances modifying the penalty and elements modifying the wrongful act, (5) this thesis will be contrasted with the proposals that favor the so-called "limited communicability" that defend the "rupture of the imputation title" for cases of punishable acts qualified by personal elements. (6) It will conclude with a brief outline of what should be the solution in cases of principal intervention in a punishable act, namely, the intervention of *extranei* indirect perpetration and co-perpetrators.

Keywords: proper special offences, improper special offences, communicability, accessory nature

1. La participación como estructura de imputación de una conducta accesoria

En su obra *Grundzüge des Strafrechts*,¹ Ernst von Beling reconoce como nota distintiva de las figuras constitutivas de participación (complicidad e “instigación”²) que estas presentarían la estructura de lo que llama “tipo delictivo subordinado”, consistente en “acciones punibles de *segundo orden*”³ accesorias a lo que serían las acciones punibles de primer orden que se corresponden con el tipo de conducta cuya descripción se encuentra en los tipos penales de la parte especial. Se trataría de preceptos dependientes del catálogo de tipos delictivos, indeterminadas en su contenido, que vuelven “punible una acción humana que, si aquéllas no existieran, sería impune”.⁴ Bajo este modelo, por lo tanto (utilizando conceptos de los que, si bien Beling no disponía, le son plenamente aplicables), las normas que establecen la punibilidad a título de participación⁵ y tentativa⁶ son verdaderas normas constitutivas⁷ cuya función consiste en establecer la punibilidad de conductas cuya

¹ BELING (2002), *passim*. La obra fue titulada “Esquema de Derecho Penal” en la traducción de Sebastián Soler.

² El equivalente argentino a lo que en la dogmática chilena se conoce como inducción.

³ BELING (2002), p. 132, énfasis en el original

⁴ BELING (2002), p. 74.

⁵ Y, como se verá más adelante (sección 6.), también de formas de autoría mediata y coautoría.

⁶ Entendida *lato sensu*, incluyendo tanto la tentativa acabada como la inacabada, categorías recogidas en el artículo 7° del Código Penal chileno bajo los nombres “delito frustrado” y “tentativa”, respectivamente.

⁷ Que pueden expresarse a través de la fórmula: “X cuenta como Y en C”, donde X hace las veces del hecho bruto (la conducta auxiliar), Y el hecho institucional (el título de imputación accesoria) y C el conjunto de reglas que permiten reconocer, a partir del hecho bruto, el hecho institucional. Al respecto, véase SEARLE (1995), pp. 27 y ss. y SEARLE (2010), pp. 96 y ss.

descripción no es susceptible de ser subsumida bajo la descripción contenida en los tipos de la parte especial.⁸ En efecto, tanto las conductas constitutivas de tentativa como aquellas que constituyen alguna forma de participación *no* realizan descripción típica alguna y son, por ende, atípicas. Así,

“[I]a ley, al construir los conceptos de ‘instigación’ y ‘complicidad’, se funda en que todo delito-tipo comprende solamente aquellas personas que han hecho precisamente aquello que corresponde justamente al tipo: a aquél de quien no pueda decirse que ‘ha matado a un hombre’, no puede aplicársele la pena del § 211 y sig.”⁹

En esto consiste el que la conducta del partícipe sea *auxiliar* a la conducta del autor; se trata de una conducta que *no* satisface autónomamente (esto es, sin la necesidad de requerir la descripción de una conducta ulterior de un tercero) la descripción típica.¹⁰ En este sentido, quien entrega un cuchillo a la persona que luego lo ocupa para dar muerte a otro por la vía de apuñalarlo no mata a otro, como tampoco lo hace quien contrata a un sicario que luego da muerte a otro mediante un disparo. La diferencia entre partícipes y autores se define a partir de la distinción entre acciones auxiliares y acciones principales, distinción que a su vez es relativa a las descripciones que especifican la conducta típica.¹¹ Lo anterior implica defender que la distinción entre autor y partícipe depende de un criterio cualitativo, y no cuantitativo;¹² la demarcación entre autoría y participación no responde a criterios de “cercanía” o “lejanía” causal del interviniente con respecto al resultado típico,¹³ sino que está dada por el criterio semántico de realización de una determinada descripción: una conducta podrá ya realizarla de forma autónoma (autoría) o requerirá de un complemento para realizarla (participación), a saber, de la conducta auto-responsable del autor. La entrega del cuchillo requerirá del posterior apuñalamiento con resultado de muerte; el acuerdo de voluntades consistente en el pacto de sicariato requerirá del posterior disparo con resultado de muerte. De esto se sigue la fundamental consecuencia de que la teoría del dominio del hecho no puede hacer las veces de criterio que permita distinguir entre autores y partícipes.¹⁴ Esto, porque es sólo la descripción contenida en la norma quebrantada la que determina quién se encontraba

⁸ MAÑALICH (2021a), p. 32.; NOVOA (1960), p. 122. A esto es lo que se refiere Novoa cuando afirma que el concurso de personas, en simetría con la tentativa, es un “mero ‘dispositivo legal amplificador del tipo’”. NOVOA (1964), p. 1066.

⁹ BELING (2002), p. 145.

¹⁰ MAÑALICH (2014b) p. 74. Este punto es lúcidamente notado por Novoa quien, a pesar de no utilizar los conceptos acá acuñados, afirma que la participación “por su naturaleza supone y exige una acción principal en la que ellos se limitan a ‘tomar parte’”. NOVOA (1964) p. 184.

¹¹ Que la determinación de qué cuenta como acción principal esté dada por la descripción típica, implica que existe la posibilidad de que un tipo penal describa lo que cuenta como un tipo de acción auxiliar que, por el hecho de tratarse de la conducta descrita en el tipo penal cuenta (en referencia a ese tipo penal), como acción principal. Esto es lo que sucede en el caso del auxilio al suicidio, en el que la acción descrita en el tipo (en esa medida, principal) es la de una colaboración (“prestar auxilio”) con el suicidio llevado a cabo por otro. En el mismo sentido, MAÑALICH (2014b), nota 221.

¹² KINDHÄUSER (2003), pp. 67 y ss.; KINDHÄUSER (2011), pp. 51 y ss.

¹³ Esto, pues *toda* conducta que cuente como auxiliar para la obtención del resultado constituye una contribución causal sin la cual no se hubiera obtenido. Esto muestra la inutilidad del análisis causal para efectos de distinguir entre la acción de quien entrega un cuchillo al que, acto seguido, procede a dar muerte por la vía de apuñalar a un tercero; de la conducta de los padres que permitió concebir al sujeto que, años después, hace entrega de ese cuchillo. Sobre la ineficacia del análisis causal como herramienta que entregue criterios para la imputación a título de intervención accesoria véase, MAÑALICH (2014b), pp. 72 y ss.

¹⁴ En este sentido, KINDHÄUSER (2021), pp. 112 y ss.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

inmediatamente en la posición de evitar el comportamiento contrario a deber (quien contaba con una oportunidad-para-la-acción),¹⁵ y no así criterios tales como quién “tiene en sus manos”¹⁶ o al que se puede imputar “como suya”¹⁷ la realización típica, en contraposición con aquellas figuras que contarían como “marginales”, cuya falta de precisión hace que su rendimiento en tanto categorías dogmáticas sea escaso.¹⁸

En este sentido, y volviendo a lo planteado por Beling, resulta impropia la idea de que la conducta del partícipe se subsume bajo la descripción contenida en la norma. En tanto forma de imputación de una acción auxiliar, se trata de una conducta de participación en el hecho punible y no de un hecho punible de participación. Esto último quiere decir que el comportamiento antinormativo es uno y el mismo: el del autor. Así, el objeto de imputación es idéntico tanto para autor como para partícipes, a quienes se les atribuye responsabilidad por su contribución auxiliar en la conducta antinormativa del autor.¹⁹ De esto se sigue que el estudio de las condiciones bajo las cuales un sujeto puede ser inductor o cómplice de un delito está referido a las reglas con arreglo a las cuales se atribuye responsabilidad por una acción auxiliar a título de inductor o cómplice.²⁰

Como se verá, la distinción entre aquello que se imputa (objeto de imputación) y las reglas que establecen las condiciones de su imputación (criterios de imputación) es decisiva al momento de enfrentar el llamado “problema de la comunicabilidad en la participación”, pues si la diferencia es tomada en serio, se hace patente que el problema no se refiere a si aquello que se imputa al autor “se comunica” (como si “se traspasara”) al partícipe. Más bien, el problema gira en torno a los alcances de la accesoriedad en la participación y su relación de dependencia con respecto a la acción principal.²¹ Así, se está ante un problema de imputación propio de la teoría general del delito, es decir, de la parte general del estudio del derecho penal. Se trata de un problema referido a las reglas adscriptivas de la parte general que fijan

¹⁵ VON WRIGHT (1970), pp. 54-55. MAÑALICH (2014b), pp. 72 y ss. Una acabada exposición del concepto de oportunidad-para-la-acción se encuentra en MAÑALICH (2019a), pp. 832 y ss.

¹⁶ DÍAZ Y GARCÍA (2008), pp. 18-19.

¹⁷ MIR PUIG (2006), pp. 365-366.

¹⁸ Para un análisis de la teoría del dominio del hecho a partir del planteamiento de Roxin y su acogida en la obra de Enrique Cury, véase, COUSO (2013) pp. 636 y ss. Una elaboración más desarrollada de las críticas dirigidas a la teoría del dominio del hecho acá perfiladas se encuentra en KINDHÄUSER (2011), pp. 43 y ss.

¹⁹ En el mismo sentido, NOVOA (1960), pp. 235-236. De ahí que referirse a “las tipicidades de los partícipes” en contraposición a lo que sería “la tipicidad principal”, como lo hace GRISOLÍA (1975), nota 8, muestra una confusión entre aquello que se imputa y el título por el cual se imputa.

²⁰ Sobre las reglas que establecen las condiciones de imputación de un hecho punible véase, HRUSCHKA (2005), pp. 29 y ss.

²¹ Este punto es perdido de vista por LEIVA (2017), pp. 221-222 y nota 15, quien, si bien plantea un certero análisis crítico en contra de quienes consideran que la comunicabilidad sería un “principio del derecho penal”, considera que el principal problema se encuentra en aceptar la “comunicabilidad” en tanto principio, asumiendo que en el caso de los así llamados “delitos especiales impropios” lo que corresponde es la imputación a intervinientes no cualificados por el “tipo penal residual aplicable”. En este sentido, la tesis acá defendida (de “comunicabilidad extrema”, en los términos utilizados en su trabajo) no parte “de la base de que, como el legislador regula sólo la incomunicabilidad de las circunstancias modificatorias sin referencia a los elementos integrantes del tipo, estos últimos serían incomunicables” (p. 223), ni utiliza un supuesto “principio de comunicabilidad” cuyas fuentes no se explicitan. Lo que se plantea tiene como base la estructura de la participación en tanto intervención *accesoria* y las consecuencias que ello tiene en casos de concurso de personas, tomando en cuenta la legislación actualmente vigente cuya interpretación, en este caso, se encuentra en disputa. Véase sección 4.1.

las condiciones de imputación de conductas antinormativas, conductas cuya antinormatividad se encuentra determinada por las reglas prescriptivas que conforman la parte especial.²² Y si bien ello no implica que se trate de un problema a cuya solución pueda arribarse sin tener a la vista la estructura de las reglas que definen qué cuenta como un comportamiento antinormativo, no se debe perder de vista que la distinción entre los así llamados “delitos especiales propios”, los “delitos especiales impropios” y los “delitos comunes” es una referida a la estructura de los tipos que constituyen la parte especial y que, por ello, atiende a una clase distinta de reglas que aquellas que establecen los criterios de imputación que determinan la adscripción del comportamiento en cuestión a un sujeto.

2. Delitos especiales impropios

Como principal criterio de distinción entre “delitos especiales propios” y “delitos especiales impropios” se acuña aquel referido a si el estatus del sujeto contenido en el tipo penal es determinante para que exista en tanto delito (“la cualificación fundamenta el injusto”), o si el estatus constituiría un requisito para su calificación o privilegio, mas no una condición para su existencia. Así, los delitos especiales “sólo pueden ser realizados por determinadas personas”,²³ restricción establecida ya en el tipo penal, el cual incluiría en su descripción una cualidad o estatus que deberá detentar el autor para la ejecución u omisión de la conducta prohibida o requerida.²⁴ En los delitos especiales impropios, también la descripción típica incluiría algún estatus que deberá ser detentado por el autor, mas se trataría de la inclusión de un requisito típico en descripciones que ya constituyen delito (en ese sentido, “común”).²⁵ Los llamados delitos especiales impropios, entonces, se construirían sobre figuras comunes a las que se suman “elementos de autoría” que determinarían una especificación del universo de posibles autores de ese delito. Su consecuencia sería el establecimiento de una mayor o menor pena que la establecida para el delito-base.²⁶ De esta forma, y como ha sido entendido por la doctrina española, aquello estipulado en el artículo 65 números 1 y 3 del Código Penal español, en los delitos especiales propios los elementos típicos referidos al estatus del autor fundamentan la responsabilidad de éste mientras que, en el caso de los delitos especiales impropios, dichos elementos sólo agravan o atenúan la responsabilidad, mas no le sirven de base.²⁷

²² Acerca de la distinción cualitativa entre parte general y parte especial y algunas consecuencias del reconocimiento de ésta, véase MAÑALICH (2010a), pp. 186 y ss.

²³ GARRIDO (1984), p. 361.

²⁴ Se separa de esta caracterización NOVOA (1960), pp. 245-246. quien realiza una tripartición entre delitos especiales (tratados de forma similar a la caracterización ya dada de delitos especiales “propios”); aquellos que exigen una calidad especial del autor, pero en los que “el *extraneus* incurriría en responsabilidad penal propia y distinta de realizar solo y por sí mismo el hecho típico” (p. 246), poniendo como ejemplo la malversación de caudales públicos; y los casos de tipos cualificados y privilegiados, en los que —a diferencia de los casos anteriores— defiende la ruptura del título de imputación para partícipes, afirmando que deberán responder por el tipo-base respectivo.

²⁵ Se trataría de delitos que “pueden ser cometidos por cualquiera, pero en los cuales la calidad especial del sujeto agrava la penalidad, existiendo una figura base o *residual* aplicable a los que no la posean.” BALMACEDA (2012), p. 49. En el mismo sentido, OSSANDÓN (2007), p. 7

²⁶ Un exhaustivo análisis de las aproximaciones a la distinción entre delitos especiales propios e impropios en España se encuentra en MATUS (1999), pp. 64 y ss.

²⁷ Críticamente, PEÑARANDA (2014a), pp. 205 y ss.; PEÑARANDA (2015), pp. 464 y ss.; PEÑARANDA (2014b), pp. 1 y ss.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriadad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

Si bien existe relativo consenso al momento de reconocer ciertos delitos como figuras calificadas o privilegiadas de un determinado delito-base, como sucede con el delito-base homicidio, la figura calificada parricidio y la figura privilegiada infanticidio, existen casos en los que no es claro si se está ante un delito especial propio o uno impropio. Sumado a la dificultad anterior, de favorecerse que un determinado delito constituye un delito especial impropio, también aparecen dudas referidas a la pregunta acerca de cuál sería el delito-base respecto del que el delito en cuestión fungiría como forma calificada o privilegiada, como ocurre en el caso de la malversación de caudales públicos,²⁸ el que ha generado una intensa discusión acerca de cuál sería el delito-base susceptible de ser realizado ya no sólo por funcionarios públicos, sino por cualquier persona.²⁹

Una aproximación a este último problema está dada por el reconocimiento de que las características personales requeridas por el tipo en un delito especial impropio no pertenecerían a la “esencia del delito”,³⁰ siendo ésta la acción cuya ejecución u omisión es prohibida o requerida en el respectivo tipo penal, acción que es compartida por uno o más tipos penales cuya diferencia se encuentra en el hecho de que el delito-base no requeriría que el autor presente determinadas características. Así, en el caso del homicidio y el parricidio, la acción que puede identificarse como común es la de dar muerte a otro, estableciéndose la limitación del círculo de posibles autores en la descripción típica del parricidio, mas siendo dicha limitación sólo el fundamento de la aplicación de una mayor pena y no fundamento de la punibilidad de la conducta consistente en matar a otro. Si bien se trata de una aproximación mayoritariamente aceptada, esta se ve enfrentada al bajo rendimiento dogmático del concepto de “esencia del delito”, problema cuyas consecuencias se manifiestan en dificultades para la determinación de delitos-base y sus respectivas figuras calificadas.

Una alternativa para abordar la distinción, que no renuncia a la intuición que se encuentra tras la idea de esencia del delito, está en la adopción del esquema nomológico introducido por Karl Binding, cuyo núcleo se encuentra en la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción.³¹ Dicha distinción se desarrolla a partir de la constatación de que no son las normas que establecen sanciones como consecuencia de la realización (no justificada e imputable) de un determinado supuesto de hecho (aquellas que constituyen la parte especial de los códigos penales), las que son quebrantadas por el autor del hecho. En efecto, la conducta del autor contradice otra clase de normas, de carácter primario,³² cuya formulación se deduce pragmáticamente de las normas de la parte especial. Estas normas primarias constituyen “normas de comportamiento”, mientras que las normas que se encuentran expresamente formuladas en la parte especial de los códigos penales y que tipifican las

²⁸ Para una defensa del carácter de delitos especiales de los delitos de malversación de caudales públicos, véase MAÑALICH (2012), *passim*.

²⁹ Véase, BALMACEDA (2012) pp. 50 y ss., con ulteriores referencias.

³⁰ GARRIDO (1984), p. 376.

³¹ MAÑALICH (2011), pp. 89 y ss. Una exposición de la teoría de las normas de Binding se encuentra en KAUFMANN (1977), pp. 3 y ss. La distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción fue igualmente reconocida por Hart en su magistral crítica al modelo imperativista de Bentham y Austin. HART (1994), pp. 18 y ss.

³² HART (1994), pp. 79 y ss.

distintas formas de comportamiento punible se corresponden con la categoría de “normas de sanción”.

Una norma de comportamiento estará compuesta por un operador deóntico seguido de un supuesto de hecho que se obtiene “por vía de formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción correspondiente”,³³ de manera que, por ejemplo, la norma de sanción que establece que el que mate a otro será sancionado con una determinada pena, permite la formulación de la norma de comportamiento “prohibido matar a otro”. La conducta constitutiva de homicidio punible,³⁴ entonces, sería una que infringe la norma de comportamiento y, a su vez, cumple con el supuesto de hecho de la norma de sanción, que es condición de la aplicación de la pena.

En este sentido, y contrariamente a lo que ha sido defendido por parte de la doctrina penal nacional y comparada,³⁵ la función de las normas de sanción penal no es directamente la protección de bienes jurídicos, sino que, en tanto respuesta al quebrantamiento de las normas de comportamiento, la función de las normas de sanción es confirmar (retrospectivamente) la vigencia de las normas de comportamiento. Así, son estas últimas las que cumplen la función prospectiva de configuración de la conducta de sujetos sometidos a dichas normas, permitiéndoles identificar (y, consiguientemente, evitar) aquellas conductas que tendrán como resultado el menoscabo de determinados bienes jurídicos, entendidos estos como “propiedades de personas, cosas e instituciones que son de elemental significación para el libre desenvolvimiento del individuo en la sociedad.”³⁶

La distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción es la que permite la ulterior distinción entre delito y hecho punible, siendo el último aquella conducta que constituye una infracción imputable a normas de comportamiento y que cumple con los supuestos que hacen aplicable la norma de sanción respectiva. De esta forma, es posible que un injusto culpable se encuentre exento de pena en casos en los que condiciones generales de la punibilidad así lo determinen. En estos casos, a pesar de estar ante un quebrantamiento de una norma de comportamiento constitutiva de un delito, no podrá reconocerse un hecho punible, precisamente por no serle aplicable la sanción correspondiente como respuesta a ese quebrantamiento.

Así, aquello que se reconoce como la “esencia” común que compartirían el homicidio y el parricidio sería que en ambos casos se infringe *la misma* norma de comportamiento, a saber, la que prohíbe matar a otro. Se trata, por ello, de un mismo delito cuya diferencia está dada

³³ MAÑALICH (2010a), pp. 172.

³⁴ Es importante señalar que normas de sanción y normas de comportamiento no se encuentran en una relación de [1:1]. Así, de varias normas de sanción puede obtenerse una sola norma de comportamiento, como es el caso del homicidio, en el que la conducta prohibida consistente en matar a otro se encuentra sancionada no solo en el art. 391, sino también en el art. 390 y en el 394. Asimismo, de una norma de sanción pueden obtenerse una o más normas de comportamiento, como sucede en el caso del art. 470 del CP. Para un argumento a favor de esta última interpretación, véase MAÑALICH (2018), pp. 155 y ss.

³⁵ POLITOFF (1999), pp. 107 y ss. Para una reseña de la discusión y sus consecuencias para la dogmática de la tentativa, aunque defendiendo consecuencias distintas de las acá propuestas para el modelo que llama de “protección del ordenamiento”, véase ALCÁCER (2001a), pp. 333 y ss.

³⁶ KINDHÄUSER (2009a), p. 3.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

por la norma de sanción aplicable. Tratándose de quien dé muerte a su padre, madre, hijo, ascendiente o descendiente o a quien es o ha sido su cónyuge o conviviente, se aplica la norma de sanción establecida en el artículo 390 del Código Penal chileno (en adelante: CP), en la medida en que se cumplan los requisitos propios de la imputación penal. En el caso de que no exista alguna de las relaciones antes mencionadas entre autor y víctima ni se den las circunstancias típicas de los artículos 390 *bis* o *ter*, la norma de sanción aplicable es la del inciso final del artículo 391 CP.³⁷ Por ende, comete el mismo delito el que mata a su padre que el que mata a una persona con la que no tiene vínculo alguno, mas distinto hecho punible. La propuesta del presente trabajo es, en este sentido, reemplazar la noción de “esencia” del delito por la de tipo-base,³⁸ entendiendo a este como la descripción mínimamente compleja de una determinada conducta cuya consecuencia jurídica es la imposición de una sanción, descripción que es coextensiva con la descripción de la conducta prohibida o requerida por una o más normas de comportamiento.³⁹

A partir del tipo-base pueden reconocerse tipos cualificados cuya descripción se corresponde con una especificación semántica de la descripción del tipo-base cuya consecuencia es la delimitación del campo de aplicación del tipo-cualificado en comparación con el tipo-base. Así, el tipo-base correspondiente a la descripción contenida en el N° 2 del artículo 391 se ve cualificado cuando la descripción “matar a otro” se especifica requiriendo que ese “otro” sea cualquier ascendiente o descendiente, o a quien es o ha sido cónyuge o conviviente del autor. En tal medida, los tipos cualificados constitutivos de lo que tradicionalmente se conoce como “delitos especiales impropios” no son delitos diferentes, sino que se trata de hechos punibles diversos, toda vez que el tipo-de-hecho-punible del que se trata especificaría una o más propiedades relativas al estatus del autor que harían reconocible una limitación del universo de posibles autores en referencia al respectivo tipo-base.⁴⁰ De esta forma, los tipos cualificados se encuentran en una relación de subordinación con respecto del tipo-base (en la que los primeros son contenidos por completo por el segundo), como el parricidio con respecto al homicidio.⁴¹

Bajo esta propuesta, el ejercicio de “supresión mental hipotética” —que se plantea como método de identificación del respectivo tipo-base de uno o más hechos punibles especiales—⁴² consiste más bien en la identificación de la conducta cuya descripción constituye el tipo-

³⁷ Entendiendo así que la cláusula “y no esté comprendido en los artículos 390, 390 bis y 390 ter” es una cláusula de subsidiariedad explícita.

³⁸ MAÑALICH (2021b), p. 124 y ss.

³⁹ En tanto se esté ante un hecho punible atómico o compuesto. Al respecto, MAÑALICH (2021a), pp. 22 y ss. Un ejemplo del proceso de individuación de normas de comportamiento y la relación en que se encuentran con las correspondientes normas de sanción, referido a la tipificación de la violación bajo el Código Penal chileno, véase MAÑALICH (2014a), pp. 50 y ss.

⁴⁰ Los delitos especiales, en cambio, sí son una específica clase de delitos caracterizada por consistir en el quebrantamiento de una norma de comportamiento que restringe su universo de destinatarios. Al respecto véase MAÑALICH (2019b), pp. 357 y ss.

⁴¹ La relación de subordinación o inclusión en la que se encuentra el parricidio respecto del homicidio implica que todos los casos de parricidio son casos de homicidio, y no viceversa. De esto se sigue que siempre existirá un concurso aparente de leyes en los casos de parricidio en autoría directa, concurso que deberá ser resuelto a favor del parricidio, por especialidad. Véase MAÑALICH (2021b), pp. 126 y ss. Asimismo, MATUS (1999), pp. 69 y ss., mas sin adoptar la distinción entre delito y hecho punible acá defendida.

⁴² ETCHEBERRY (1997), pp. 83-84. GRISOLÍA (1975), p. 6. PEÑARANDA (2014b), pp. 37-38.

base, descripción que coincidirá con aquella establecida en una o más normas de comportamiento (y cuya especificación semántica constituirá el tipo cualificado). Lo que se entiende como una “agravante” que “supone que hay una responsabilidad base que resulta aumentada”⁴³ es en realidad una cualificación del tipo-base, consistente en la adición de una o más propiedades que permiten reconocer un distinto tipo-de-hecho-punible que hace aplicable una sanción ante el quebrantamiento de la misma norma de comportamiento reforzada por el tipo-base: “la esencia del tipo delictivo”.⁴⁴

Ahora bien, es importante reparar en el hecho de que se puede estar ante conductas constitutivas de un quebrantamiento de una norma de comportamiento a las que les sean aplicables normas de sanción cualificadas por razones diversas a la especificación de un estatus que deberá detentar el autor. La razón del privilegio o calificación, en este sentido, no se limita a cualidades personales del autor. Ejemplos de lo anterior son el robo por sorpresa y el robo con fuerza en las cosas como tipos cualificados del tipo-base hurto, en los que no son las características del autor las que definen la calificación.⁴⁵ De esta forma, tal y como sólo pueden cometer el hecho punible parricidio quienes tengan alguna de las relaciones exigidas en el tipo con otro (quien no tiene relación de descendiente, ascendiente, cónyuge, excónyuge, conviviente o exconviviente con algún otro que se encuentre actualmente con vida *no puede* cometer el hecho punible parricidio), sólo pueden cometer el hecho punible robo con fuerza en las cosas del artículo 442 CP en su variante tercera quienes se encuentren en un lugar en el que las personas cierran puertas y muebles con llave. Pues sólo de esa forma le será posible al autor hacer uso de llaves falsas o verdaderas que se hubieren sustraído, ganchos u otros instrumentos semejantes para entrar en el lugar del robo o abrir los muebles cerrados. En este sentido, si bien se trata de figuras cuya calificación con respecto a la figura-base no está dada por la especificación de determinadas características que deberá detentar el autor, de todas formas implican una limitación al posible universo de autores situacionalmente capaces de llevar a cabo la conducta establecida en el tipo. Esto permite plantear la pregunta: ¿existe alguna diferencia entre los hechos punibles reconocidos como “especiales impropios” y esta otra clase de hechos punibles cuya calificación está dada por elementos típicos distintos de la especificación de determinadas características del autor?

3. Comunicabilidad de calificaciones personales a intervinientes accesorios

Un argumento a favor de reconocer una diferencia sustantiva entre hechos punibles cualificados conocidos como “delitos especiales impropios” y otras clases de hechos punibles cualificados está basado en la particular naturaleza que tendrían los elementos típicos consistentes en características especiales que se exige que detente el autor (los “elementos de autoría”). Principalmente en torno a este punto gira la discusión acerca de la llamada “comunicabilidad de las circunstancias personales” a intervinientes, alzándose como dominante la doctrina de la comunicabilidad limitada, cuya limitación está dada por una ruptura del título de imputación en los casos en que sólo el autor (o el autor sumado a algunos intervinientes, mas no todos) detente el estatus requerido por el tipo-de-hecho-punible, en la medida en que dicho tipo-de-hecho-punible constituya una forma cualificada algún tipo-base.

⁴³ ETCHEBERRY (1997), pp. 84 y ss.

⁴⁴ ETCHEBERRY (1997), p. 84.

⁴⁵ MAÑALICH (2021a), p. 32.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

En semejantes casos, los defensores de la doctrina de la comunicabilidad limitada afirmararán que sólo a quienes presenten el estatus exigido por el tipo cualificado les será aplicable la sanción establecida para esa conducta (en la medida en que se satisfagan las reglas que fijan los presupuestos de la ilicitud y de la imputabilidad de la realización típica) mientras que intervinientes que no detenten el estatus exigido sólo podrán ser hechos responsables por la realización del tipo-base. La ruptura del título de imputación en este caso estaría justificada por el hecho de que la marca característica de los elementos de autoría sería su carácter personal que fungiría precisamente como razón de la mayor o menor pena establecida, según si se trata de una figura calificada o una privilegiada. Al no detentar el estatus exigido que determina dicha punibilidad cualificada, a intervinientes no podrá aplicarse la pena del tipo cualificado, sino sólo aquella establecida en el tipo-base.

Si bien la pregunta acerca de la comunicabilidad de los elementos típicos personales es una que se suele tratar en forma conjunta para todos los casos de intervención en el hecho punible, tanto para las formas de autoría (autoría mediata y coautoría) como para las de participación (inducción y complicidad),⁴⁶ como ya se adelantó, la diferencia sustantiva entre unas y otras clases de intervención hace necesario tratarlas de forma separada.⁴⁷ El problema de la comunicabilidad, por ello, es en realidad uno referido al título por el que deberán responder *extranei* en casos de intervención delictiva, según la estructura de imputación propia de cada una de estas figuras.⁴⁸ Para las formas de participación y a diferencia de las distintas clases de autoría, que se revisarán sólo superficialmente al final de este trabajo,⁴⁹ la pregunta acerca de la comunicabilidad del título de imputación se encuentra directamente relacionada con el principio de accesoriedad de la participación, a saber, la relación de dependencia en que se encuentra la conducta del inductor o cómplice con respecto a la conducta del autor.⁵⁰ Así, lo que se determina a través del estudio de la accesoriedad de la participación es, en primer lugar, qué grado de realización de la conducta principal es suficiente para poder afirmar responsabilidad de quienes ejecutan u omiten la conducta auxiliar a título de inducción o complicidad;⁵¹ y en segundo lugar, qué presupuestos del delito deberán satisfacerse para que pueda haber intervención accesoría en el mismo (es decir, si es necesario: que la conducta

⁴⁶ Así, SCHWEITZER (1948), pp. 198-199. BUSTOS *et al.* (2001), pp. 92 y ss., quienes, a pesar de mencionar la accesoriedad de la participación como un punto relevante, se aproximan a la discusión a partir de la “comunicabilidad” de elementos personales a intervinientes *extraneus* en general.

⁴⁷ Véase, sección 3.

⁴⁸ Esto parece ser pasado por alto por LEIVA (2017), p. 224, quien, si bien menciona la accesoriedad de la participación y critica un fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Los Andes precisamente por no distinguir entre autores y partícipes, continúa su investigación planteando que “la discusión sobre la comunicabilidad de circunstancias o elementos típicos es relevante en cuanto a si puede o no estimarse que los autores o partícipes en sentido restringido —que no tienen la cualidad especial exigida por un tipo concreto— quedan ligados jurídicamente a la misma suerte y cualificación típica de aquellos autores o partícipes que sí poseen una cualidad típica”, sin reparar en la importancia que tiene para la discusión distinguir entre las estructuras propias de la autoría y la participación.

⁴⁹ Véase sección 6.

⁵⁰ En contra, afirmando que de la accesoriedad de la participación “no deben deducirse consecuencias para el problema de la comunicabilidad, que se refiere a una cuestión distinta”, CURY (1973), p. 257. Para un acabado estudio acerca del origen y evolución histórica del principio de accesoriedad, PEÑARANDA (2015), pp. 319 y ss.

⁵¹ Llamada “accesoriedad cuantitativa” por PEÑARANDA (2015), p. 349. Existe relativo consenso en la doctrina acerca de la necesidad de que haya al menos inicio de la tentativa. NOVOA (1960), p. 185.; ETCHEBERRY (1997), p. 80; POLITOFF *et al.* (2005), p. 423; CURY (2005), pp. 642-643.

haya sido dolosa o basta con que haya sido imprudente;⁵² que la conducta sea antijurídica; que el autor sea capaz de culpabilidad; que el autor haya actuado con consciencia de la antijuridicidad, etc.).

Respecto a este segundo punto, bajo la actual comprensión de la accesoriedad y a partir de la graduación que de ésta realiza Max E. Mayer, se reconocen distintos grados de accesoriedad según qué presupuestos delictivos deba satisfacer la conducta del autor. Así, la punibilidad de la participación puede ser dependiente sólo de (1) que la conducta tenga relevancia típica (accesoriedad mínima); (2) que la conducta tenga relevancia típica y además sea antijurídica (accesoriedad media o limitada); (3) que la conducta, además de lo anterior, sea culpable (accesoriedad máxima); o (4) todo lo anterior, sumando además su dependencia de “calidades personales del autor, de manera que circunstancias atenuantes o agravantes de la pena, inherentes a su persona, gravan y aligeran la responsabilidad [de partícipes]”⁵³ (hiperaccesoriedad).⁵⁴ La mayoría de la doctrina tanto en Chile como en el derecho comparado se define a favor de la accesoriedad limitada, entendiendo que no es requisito para hacer responsables a partícipes por su contribución auxiliar el que el autor sea culpable. En este sentido, “(...) el motivo por el que la aplicación de pena al partícipe no está condicionada por la culpabilidad del autor principal es porque se trata de un elemento personalísimo del delito que se traduce en un juicio individual para cada agente”.⁵⁵

Precisamente esta concepción de la culpabilidad como elemento personalísimo es la base desde la que se construye la argumentación a favor de la ruptura del título de imputación para partícipes en los así llamados “delitos especiales impropios”. Al respecto, se afirma que existirían ciertos elementos típicos, entre los cuales se encuentran los elementos de autoría, cuya cualificación del tipo-base estaría dada por el mayor o menor reproche merecido por el autor y que, por lo tanto, no debería afectar a inductores y cómplices. Esto justificaría, entonces, que a partícipes sólo se les aplique la pena establecida en el tipo-base. Sin embargo,

⁵² El requisito de que la acción sea típica como requisito de accesoriedad mínima ha sido comprendido, bajo el modelo de teoría del delito propio de los finalistas, como uno que salda la pregunta acerca de la imputación subjetiva de la realización del tipo (“tipo subjetivo”), descartando por ello la participación en un hecho principal imputable al autor a título de imprudencia. HRUSCHKA (2005), pp. 246-247, refiriéndose críticamente al § 26 del StGB que limita la accesoriedad de la inducción a la existencia de un hecho antijurídico doloso.

⁵³ MAYER (2007), p. 468. El problema de esta caracterización es que la cuarta clase de accesoriedad no se encuentra en la misma categoría que las tres anteriores. Éstas definen qué condiciones de la conducta del autor son necesarias para la atribución de responsabilidad por conductas constitutivas de intervención accesoria, es decir, definen *cuándo* ha de responder un sujeto por su contribución auxiliar. La categoría de la hiperaccesoriedad, por su parte, define respecto *de qué* ha de responder el partícipe: si debe responder por la conducta del autor considerando las cualidades personales que éste detente y que agraven o atenúen su responsabilidad o no. Asimismo, en Chile, NOVOA (1960), p. 187; GARRIDO (1984), p. 391; ETCHEBERRY (1997), p. 80. Se exceptúa CURY (2005), p. 642, cuya definición de hiperaccesoriedad mantiene la consistencia con las otras categorías estableciendo que ella requeriría, para poder penar el comportamiento de partícipes, que la conducta del autor no sólo sea “típica, antijurídica y culpable, sino también que se hayan dado, en el hecho, las condiciones objetivas requeridas por la ley para imponerle una pena, o de que no concurra, en su caso, una excusa legal absoluta.”

⁵⁴ PEÑARANDA (2015), p. 346; GARRIDO (1984), p. 391; VACCHELLI (2015), pp. 115-116; CURY (2005) p. 641; ETCHEBERRY (1997), p. 80, mas sólo distinguiendo entre accesoriedad máxima y limitada (que llama “accesoriedad mínima”). Es crítico de esta clasificación, NOVOA (1960), pp. 187-188. Para la defensa de lo que llama la “accesoriedad lógica o gramatical” como una clase de criterio diferenciado de los acá reseñados véase MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (2020), *passim*.

⁵⁵ VACCHELLI (2015), p. 117.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

y de acuerdo con lo planteado en la primera sección del presente trabajo, del hecho de que la participación consista en la imputación de la ejecución u omisión de una acción auxiliar y — en tal medida— dependiente de la ejecución u omisión de una acción principal por parte del autor, acción cuyo carácter de principal se define por el hecho de que es una instancia de la descripción contenida en el tipo-de-hecho-punible en cuestión, entonces no debería haber problema alguno en afirmar que un *extraneus* puede ser inductor o cómplice de un de-hecho-punible cuya cualificación esté dada por requerir un determinado estatus *del autor*. En efecto, si A (*extraneus*) le entrega un cuchillo a B, quien lo utiliza para dar muerte a su padre, A ha cooperado (ha ejecutado una acción auxiliar) con la acción principal de B: dar muerte *a su padre*, acción que se subsume bajo el tipo-de-hecho-punible establecido en el artículo 390 del Código Penal. Igualmente, si A (*extraneus*) determina a B a dar muerte a su padre (el de B), quien ejecuta la acción productiva de la muerte de éste, A ha realizado una acción auxiliar a la acción principal de B: dar muerte *a su padre*. En este sentido, acierta Schepeler al afirmar que:

“La ley atiende para calificar el hecho a la realidad producida; y respecto de los cómplices y encubridores de manera alguna ha dispuesto que sean cómplices o encubridores de la figura que ellos hubieran cometido en el caso de ser autores, sino del delito perpetrado por el autor. Los cómplices y encubridores no tienen influencia en la calificación del hecho, precisamente porque “cooperan” o “encubren” lo que el autor hace, y consecencialmente califica”.⁵⁶

Si bien acá se guardará distancia con la inclusión del encubrimiento como forma de participación, el argumento anterior es importante, pues ha sido controvertido por la vía de afirmar que no corresponde aplicar a A una pena que se encuentra determinada por la detentación de un estatus que, de hecho, A no detenta.⁵⁷ El problema de semejante crítica es que no alcanza a vislumbrar lo que implica la estructura de la participación en tanto acción auxiliar. En efecto, tanto cómplices como inductores responden por (se les imputa) el quebrantamiento de la misma norma de comportamiento quebrantada por el autor, mas, al tratarse del quebrantamiento imputable a los primeros en tanto hecho ajeno, la punibilidad de dicho quebrantamiento estará definida por el grado de reprochabilidad de ese hecho ajeno, a saber, por el tipo-de-hecho-punible que la conducta del autor ejemplifique.⁵⁸ Dicho de otra manera: qué conductas son o no reprochables se define a nivel de la norma de comportamiento. El grado de reproche, en cambio, tiene sentido que se encuentre explícitamente establecido en el tipo penal, a nivel de la norma de sanción. Así, tanto colaborar con el autor para la producción de la muerte de otro como colaborar con él para la producción de la muerte de su padre son conductas reprochables. Lo que las distingue es que el grado de reprochabilidad de la segunda, establecido en el art. 390 CP, es mayor (al igual que producir la muerte del padre en relación con producir la muerte de otro).

⁵⁶ SCHEPELER (1953), p. 686.

⁵⁷ Así, para GRISOLÍA (1975), p. 21, el “significado” de la conducta de los partícipes “(...) debe restringirse al de tipo estrictamente, o sea, a la mera conducta típica desprovista de los atributos que conducen a la punibilidad, pues no se está operando todavía en función de la responsabilidad punible de cada partícipe”.

⁵⁸ Al respecto véase, MAÑALICH (2014b), pp. 87 y ss.

4. “Circunstancias personales” y “elementos personales”

En contra de lo anterior, se argumenta que se trataría de una propuesta contraria a la legislación chilena, específicamente al artículo 64 del Código Penal, que establece que las circunstancias que consistan en la disposición moral, relaciones particulares o cualquier otra causa personal del delincuente sólo agravarán o atenuarán la responsabilidad de autores, cómplices o encubridores en quienes concurren. Tales “circunstancias personales” se contraponen a las llamadas “circunstancias materiales” (consistentes en la ejecución material del hecho o medios utilizados para realizarlo) las que, según el mismo artículo, agravan o atenúan la responsabilidad de los intervinientes en los que no concurren, bajo la condición de que tuvieran conocimiento de ellas antes o en el momento de la acción o de su cooperación para el delito. De esta forma, la legislación establecería un límite a la comunicabilidad de las circunstancias que determinan la punibilidad del correspondiente delito, límite dado por la incomunicabilidad a partícipes de aquellas circunstancias personales detentadas sólo por el autor.

Se trata de una posición que adopta una de las siguientes posturas:⁵⁹ o bien afirma que el artículo 64 se refiere tanto a aquellos factores que se establecen como elementos típicos personales que cualifican el tipo-base, como a aquellos factores modificatorios de la pena en tanto circunstancias atenuantes y agravantes personales (ejemplo paradigmático de éstas son las reguladas en los artículos 11, 12 y 13 CP),⁶⁰ o bien reconoce que existen diferencias entre ambos y que el artículo 64 se referiría sólo a los últimos, distinguiéndose en este punto quienes agregan que corresponde aplicar el artículo 64 por analogía *in bonam parte* a los casos de tipos cualificados por elementos típicos personales que no concurren en uno o más intervinientes,⁶¹ y quienes niegan esta posibilidad.⁶²

La cuestión acerca de si corresponde reconocer una diferencia relevante entre ambas clases de factores personales dista de ser evidente. Por una parte, el lugar en que se encuentra ubicado el artículo 64 (en el párrafo 4 del Libro I del CP, referido a la aplicación de las penas) sumado al contenido de los artículos inmediatamente anteriores y posteriores a éste parecen hablar a favor de interpretarlo como exclusivamente referido a circunstancias atenuantes o agravantes personales que se tienen en consideración al momento de la determinación legal del marco penal concreto y la determinación judicial de la pena, de acuerdo con las reglas de

⁵⁹ Un detallado análisis de las posiciones debatidas, tanto respecto de la interpretación del artículo 64 como la discusión sustantiva en Chile, se encuentra en HERNÁNDEZ (2011), 372 y ss., con ulteriores referencias. Este último autor se declara favorable a entender que el artículo 64 en caso alguno sería aplicable a elementos típicos personales, mas afirma que la responsabilidad de los partícipes debería limitarse al tipo-base en los casos acá analizados. Véase, nota 85.

⁶⁰ Así, ETCHEBERRY (1997), pp. 88 y ss.; CURY (1973), p. 262; y CURY (2005), pp. 646-647 (modificado su postura original acerca del problema, pero manteniendo su interpretación del art. 64. Véase nota 101). Hadwa, por su parte, asume la identidad entre ambos para el caso de los “delitos especiales impropios”, afirmando que en esos casos es “perfectamente aplicable la regla de la incomunicabilidad establecida en el artículo 64 del Código Penal. HADWA (2007), p. 10.

⁶¹ MATUS y VAN WEEZEL (2009), pp. 356 y ss.; BUSTOS *et al.* (2001), p. 96, con referencias a la doctrina española.

⁶² NOVOA (1960), pp. 240 y ss.; GARRIDO (1984), pp. 372 y ss.; LEIVA (2017), pp. 229-230.; FERDMAN (2013), pp. 683-684.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

los artículos 50 y siguientes del CP.⁶³ A diferencia de aquellas circunstancias personales modificatorias de la pena de eficacia ordinaria, los elementos personales que cualifican el tipo determinarían la punibilidad del tipo-cualificado a nivel del marco penal abstracto, estableciendo un marco inferior o superior al del tipo-base, tal como ocurre con las circunstancias modificatorias personales de eficacia extraordinaria. Además, la distinción entre circunstancias modificatorias de la pena y elementos que cualifican el tipo estaría recogida en el artículo 63 al referirse a circunstancias agravantes “utilizadas para describir y penar el delito” (elementos que cualifican el tipo), estableciendo una prohibición de doble valoración.⁶⁴

Por otra parte, el Código Penal utiliza indistintamente la palabra “circunstancias”, lo que parece hablar a favor de que no reconoce la distinción entre ambas categorías, utilizándola, por ejemplo, tanto en los artículos 11 y 12 como en los artículos 262, 362, 391, entre otros. Sumado a lo anterior, al discutir el inciso tercero del artículo 1º, la Comisión Redactora del Código Penal utilizó como ejemplo de circunstancias que agravarían la responsabilidad del delincuente el parentesco en el caso del parricidio, usualmente utilizado (y difícilmente discutido) como ejemplo paradigmático de un elemento personal que califica del tipo-base homicidio por quienes defienden que ha de reconocerse la distinción.⁶⁵ Finalmente, está el hecho de que algunas de las agravantes del artículo 12 y la circunstancia mixta de parentesco del artículo 13 (considerada circunstancia personal), reaparecen como “elementos típicos” en el catálogo de delitos de la parte especial.⁶⁶ Así, no sólo el parricidio requiere la concurrencia de elementos personales similares a la circunstancia mixta del artículo 13, sino que el asesinato comparte de forma casi literal el contenido de cada uno de sus elementos calificantes con el contenido de cada uno de los primeros cinco números del artículo 12. De esta forma, se argumenta, difícilmente puede reconocerse una diferencia tal entre una y otra clase de factores personales de forma que aquellos que se encuentren integrados en el tipo penal sean comunicables a partícipes que no los detentan, pero aquellos que han de tomarse en cuenta al momento de concreción del marco penal abstracto sólo deberán ser considerados para la determinación de la pena de quien los presenta.⁶⁷

Esta última postura, mayoritaria en Chile, suele nutrirse de las discusiones en Alemania y España, al presentar ambos países reglas (similares mas no idénticas entre ellas) referidas a factores de índole personal cuya función sea agravar o atenuar la pena (el StGB agrega “excluir” la pena). Con todo, ambos países se separan en un punto fundamental de la situación chilena, toda vez que sus respectivos códigos penales cuentan, además, con una disposición que ha sido mayoritariamente interpretada como limitativa de la accesoriedad en el caso de los delitos especiales, estableciendo una atenuación (obligatoria en Alemania, facultativa en

⁶³ En el mismo sentido, interpretando artículo 65.1 del Código Penal español, PEÑARANDA (2014b), pp. 47-48, aunque llegando a la conclusión que de dicha disposición se puede de todas formas deducir un principio general de limitación a la accesoriedad en el caso de factores exclusivamente personales de la responsabilidad criminal, incluyendo aquellos que se encuentran incorporados al tipo.

⁶⁴ GARRIDO (1984), p. 382. Bajo esta interpretación debe entenderse que el legislador asume (correctamente) la posibilidad de que los elementos calificantes lleguen a coincidir con circunstancias agravantes. Véase, sección 4.2.

⁶⁵ BUSTOS *et al.* (2001), pp. 97-98.; CURY (2005), pp. 646-647.

⁶⁶ COUSO (2011), p. 528.

⁶⁷ Este argumento es invocado por NOVOA (1960), pp. 246-247.

España) para los casos en los que falten en los partícipes elementos personales que fundamenten la punibilidad del autor.⁶⁸ Si bien dicho debate y propuestas de interpretación de cada una de las disposiciones mencionadas supera los límites de este trabajo, los argumentos dados para limitar la accesoriedad en casos en los que existan “elementos personales” (o “elementos altamente personales”, según la tesis que se defienda) serán tratados en conjunto con los argumentos dados por la doctrina en Chile. Ahora bien, es de vital importancia diferenciar entre discusiones. La primera se refiere a la interpretación que deba darse al artículo 64. Una segunda discusión se refiere a si existen buenas razones para limitar la accesoriedad en caso de concurrencia de elementos personales. Por lo anterior, se revisará primero la cuestión acerca de si el artículo 64 se refiere a toda clase de factores personales, es decir, tanto circunstancias modificatorias de la responsabilidad como a elementos cualificatorios del tipo o si se refiere sólo a las primeras. Por supuesto, si se considera que el artículo 64 se refiere a toda clase de factores personales, entonces cualquier argumento a favor de la accesoriedad que incluya elementos personales que cualifican el tipo detentados exclusivamente por el autor —como el acá esbozado— quedará limitado a ser un argumento de *lege ferenda*.

Sólo una vez descartada la interpretación del artículo 64 que afirma la identidad entre circunstancias personales modificatorias de la pena y elementos personales que cualifican el tipo, se pasará a revisar la discusión sustantiva acerca de la accesoriedad de la participación, específicamente referida a si deben partícipes responder o no por el tipo-de-hecho-punible cualificado por elementos personales sólo detentados por el autor.

4.1. El artículo 64

Lo primero que debe reconocerse es que tanto los argumentos referidos al lugar ocupado por el artículo 64 en el CP como aquellos referidos a las palabras utilizadas por el legislador, distan de ser concluyentes a favor o en contra de alguna de las posturas planteadas. Así, si bien el lugar en el que se encuentra un determinado artículo sirve *en principio* como argumento interpretativo, existen casos en que éste se ve derrotado por mejores argumentos que redefinen la posición sistemática que aquello en él regulado debiera ocupar. Por ejemplo, en la discusión referida al objeto de protección del delito de aborto y de las normas lo regulan,

⁶⁸ En el caso de la legislación alemana, se establece en el § 28 del StGB:

(1) Si faltan elementos personales especiales (§ 14, párrafo 1) en el partícipe (inductor o cómplice) que fundamentan la punibilidad del autor, la pena deberá ser atenuada conforme al § 49, párrafo 1.

En España, por su parte, el artículo 65.3 establece:

3. Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate.

Ambas disposiciones son de relativa reciente incorporación y han generado un intenso debate acerca de la relación que tendrían con aquellas referidas al tratamiento que ha de dársele a las circunstancias personales que modifican la pena (similar al art. 64 del Código Penal chileno). Para una breve descripción del debate previo a la reforma en Alemania, GIMBERNAT (2006) pp. 221 y ss. Un análisis crítico de la incorporación de la regla en el entonces § 50 del StGB, referido a las consecuencias de menor (o inexistente) responsabilidad penal de quienes intervinieron en los crímenes del régimen nazi, se encuentra en MUÑOZ CONDE (2016), *passim*. Respecto de España, un panorama general referido al art. 65 se encuentra en ROBLES PLANAS (2014), *passim*. críticamente, llegando a referirse a la incorporación del art. 65 al Código Penal español y su posterior reforma como “un cúmulo dislates que, si no fueran sangrantes, podrían dar lugar a un artículo de humor sobre la ‘antología del disparate’ en las reformas penales”, ZUGALDÍA (2005), p. 970.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

hay relativo consenso en que su objeto de protección es la vida del feto en tanto protección de la vida humana dependiente y no “el orden de las familias”, lugar donde se encuentra regulado en el Código.⁶⁹

Lo mismo ocurre con el argumento que afirma que el legislador reconocería la distinción en el artículo 63. A este argumento puede responderse que, a pesar de dar cuenta de la existencia de elementos utilizados para describir y penar el delito, el legislador ha decidido llamarlos a todos “circunstancias”, dando cuenta de la distinción con el único propósito de establecer la incompetencia del juez para realizar una doble valoración, mas no para tratar la comunicabilidad de los elementos típicos personales a intervinientes, la que estaría limitada por el artículo 64. Con todo, semejante análisis resulta igualmente insuficiente, pues que el legislador no haga una determinada distinción es sólo un argumento *en principio* a favor de no reconocerla (“donde el legislador no distingue, no corresponde a la intérprete distinguir”), pudiendo existir buenas razones para defender que algún concepto ha de dividirse en una o más especies para efectos del estudio de la dogmática penal.⁷⁰ Un ejemplo está dado por la distinción dogmática (y pacífica en doctrina) entre clases de eximentes de responsabilidad, todas tratadas indistintamente en el artículo 10 del CP. Así, es prácticamente unánime el reconocimiento de las importantes diferencias estructurales entre causas de justificación, causas de inculpabilidad y causas de exculpación, a pesar de que no existe argumento textual alguno que hable a favor del reconocimiento legislativo de la distinción. A esto habría que sumar el hecho de que el artículo 489 utiliza la misma expresión que el artículo 10 para enumerar lo que se reconoce pacíficamente por la doctrina como excusas legales absolutorias, a las que les corresponde un lugar completamente distinto en la teoría del delito que el que se reconoce a las “eximentes de responsabilidad” enumeradas en el artículo 10.

Algo similar se puede replicar al argumento referido a que el artículo 1° utiliza el concepto de “circunstancias”, sin hacer distinción alguna. De esta forma, incluso de tomarse en consideración aquello que consignan las actas del proceso de redacción de la legislación como fuente para la interpretación de ésta,⁷¹ el que quienes hayan intervenido en la elaboración de la ley desconozcan una distinción no alcanza a ser razón suficiente en contra de su reconocimiento interpretativo. A ello habría que agregar que el inciso tercero del artículo 1° regula un caso distinto de aquel regulado por el artículo 64, a saber, los casos de *error in personae vel objecto* en los que la razón por la que no se tomarían en consideración las circunstancias (*lato sensu*) personales para efectos de agravar la responsabilidad del “delincuente” sería por el desconocimiento de su concurrencia en la persona del ofendido y *no* porque la ley no distinguiría entre circunstancias personales modificatorias de la pena y elementos personales que cualifican el tipo para efectos de la determinación de la pena de partícipes.⁷²

⁶⁹ GARRIDO (2010) p. 98, con ulteriores referencias.

⁷⁰ En el mismo sentido, GARRIDO (1984) pp. 381-382.

⁷¹ Cuestión que puede ser controvertida a partir de la actividad interpretativa que caracterizaría el uso del elemento histórico planteado en la teoría general de la interpretación de Savigny, el que “tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido.” SAVIGNY (1878), XXXII A, p. 150.

⁷² GARRIDO (1984), p. 383. A favor de semejante interpretación habla, además, el hecho de que se trata de un artículo que no distingue entre autoría directa y otras clases de intervención, haciendo aún más difícil su interpretación como una forma de limitación de la comunicabilidad de elementos típicos personales.

Por último, en cuanto a argumentos de texto, Novoa plantea una interpretación sistemática utilizando la regla 4ª del artículo 61 que establece que, en caso de penas copulativas, si una de ellas se impone al autor de crimen o simple delito por circunstancias peculiares a él que no concurren en los demás, no se hará extensiva a éstos. De esta disposición deduce que, en caso de que el tipo contemple circunstancias peculiares que concurren exclusivamente en la persona del autor, el legislador habría aceptado expresamente que se aplique a partícipes la pena contemplada en el tipo-de-hecho-punible que incluye dichas circunstancias peculiares.⁷³ Y a pesar de que la interpretación sistemática *a contrario sensu* de Novoa no ha sido respondida por quienes defienden la identidad entre circunstancias modificatorias personales y elementos del tipo personales, lo cierto es que tampoco se trata de un argumento concluyente, pues es posible que el legislador haya decidido aclarar que en caso de penas copulativas, aquella impuesta al autor por circunstancias peculiares a él no se hace extensiva a quienes concurren, sin que de ello necesariamente haya de concluirse que en los casos en los que las circunstancias peculiares al autor se encuentren en el tipo-cualificado, partícipes hayan de tener que responder por este.

4.2. A favor de la distinción: conexión entre el delito-base y los elementos modificatorios del injusto

Lo que corresponde preguntar, entonces, es si existen razones sustantivas para distinguir entre circunstancias personales modificatorias de la pena y elementos personales que cualifican el tipo, de forma tal que tenga sentido interpretar que el artículo 64 se refiere tan sólo a las primeras y no a los segundos.⁷⁴ En contra de ello hablaría el hecho, arriba mencionado, de que el legislador en algunos casos reconozca ciertos factores personales ya como circunstancias modificatorias, ya como elementos cualificatorios. Semejante hecho permitiría afirmar que no existe diferencia sustantiva alguna entre un tipo-de-hecho-punible cualificado por algún elemento personal y un tipo-base al que posteriormente se le aplicara alguna agravante o atenuante personal genérica. Los casos de correspondencia entre circunstancias personales modificatorias de la pena y elementos personales que cualifican el tipo serían casos en los que el legislador ha querido dar algún especial valor en términos penológicos a ese factor en relación con alguno o más tipos y ha decidido, por ello, incorporarlo directamente a estos.

Si bien la cuestión referida a la naturaleza (si personal o material) de cada una de las calificantes que determinan que un delito de homicidio sea punible sub-especie asesinato es una que dista de estar zanjada, el anteriormente mencionado paralelo entre las calificantes el N° 1 del artículo 391 y las primeras cinco circunstancias agravantes del artículo 12 hace que el asesinato, en tanto tipo cualificado de homicidio, sea un caso particularmente interesante para analizar si existen diferencias sustantivas entre circunstancias modificatorias de la pena y elementos que cualifican el injusto, sean materiales o personales. Quienes niegan lo anterior, afirman que la diferencia no sería más que una referida al efecto que el legislador quiso dar a determinados factores ya un efecto común modificatorio del marco penal, atenuándolo o agravándolo según reglas generales, o un efecto especial referido a uno o más

⁷³ NOVOA (1960), pp. 242 y ss.

⁷⁴ En este mismo sentido, FERDMAN (2013), pp. 685 y ss.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

tipos-base, modificando el marco penal de forma distinta a aquella establecida en las reglas generales. Esto último sería lo que ocurre en el caso del asesinato con respecto al homicidio, en el que se establece un efecto agravatorio mayor en el caso que concurren factores (similares) a las primeras cinco circunstancias establecidas en el artículo 12 que aquel efecto dispuesto por las reglas generales de determinación de la pena. De esta forma, mientras que un tipo-base homicidio, subespecie asesinato, cuya calificación esté dada por alevosía tendrá una pena que irá desde los 15 años, llegando a presidio perpetuo; un tipo-base homicidio al que se le aplique la agravante genérica alevosía (y ninguna atenuante) tendrá una pena que irá desde los dos años y 182 días hasta los 15 años.

Con todo, que la decisión legislativa de vincular ciertos factores a algún tipo-base dé lugar a semejante diferencia penológica lleva a preguntarse qué justifica esa vinculación. Y es en la respuesta a esa pregunta donde se encuentra la clave para afirmar la importancia de reconocer la distinción entre circunstancias modificatorias de la pena y elementos que cualifican el tipo, afirmación que no estará ya basada simplemente en argumentos de texto, sino en la conexión funcional entre los factores que fungen como elementos cualificatorios y el tipo de delito que cualifican.

La razón detrás de la decisión legislativa de incorporar ya en la descripción típica de determinados tipos-base elementos que se encuentran también estipulados como circunstancias modificatorias genéricas es un reconocimiento de que existen ciertos factores cuya conexión con la conducta prohibida o requerida por la norma de comportamiento determina una modificación de la valoración social de esa conducta. Al incorporar dichos factores al tipo-base que describe el comportamiento prohibido o requerido por la norma de comportamiento, estos *modifican el injusto*, estableciendo una figura calificada o privilegiada.⁷⁵

Que el reconocimiento de semejantes elementos modificatorios del injusto esté dado por criterios valorativos socialmente determinados permite entender cómo, de acuerdo con Couso, “la distinción entre [circunstancias y elementos] parece en buena medida contingente (...)”. En efecto, considerando el fundamento material (dependiente de criterios pragmáticos) de la distinción entre unas y otras, la legislación sólo proveerá de indicios que permitirán argumentar a favor de la clasificación de un factor bajo una de las dos categorías. Así, continuando con la cita, “(...) la calificación de una de estas reglas como constitutiva de una figura calificada o privilegiada, o de una agravación o atenuación especial, parece depender, en la práctica (...), de si el respectivo precepto legal construye un marco penal propio o si sólo dispone que debe aumentarse o rebajarse la pena”.⁷⁶

Un indicador es, efectivamente, si el marco penal abstracto se encuentra ya construido en el respectivo precepto legal o si sólo se dispone que debe aumentarse o rebajarse la pena del tipo-base. Otros indicios están dados por el fundamento de la tipificación la figura. En este sentido, el asesinato constituye un ejemplo especialmente interesante, por el hecho ya mencionado de que cada uno de los cinco factores que permiten reconocerlo como un tipo-

⁷⁵ Y es por ello por lo que no se trata de una situación anómala, tal como lo confirma VARAS (1941), p. 272, quien nota que la incorporación de estos factores al tipo penal es algo que “casi todos los Códigos” hacen.

⁷⁶ COUSO (2011), p. 529

de-hecho-punible calificado en relación con el tipo-base son similares a cada uno de los cinco primeros números del artículo 12. En contra del argumento antes esbozado, de esta (cuasi)identidad entre circunstancias modificatorias de la pena y elementos que cualifican el tipo no se sigue la irrelevancia de la distinción, sino lo contrario, considerando en especial que históricamente la función del asesinato tanto en Chile como en derecho comparado fue determinar las condiciones bajo las que procedía un castigo sustancialmente más intenso (originalmente, la pena de muerte) que aquél contemplado para homicidio simple.⁷⁷

Algunos delitos en conjunción con determinados factores, por ende, resignifican la conducta delictiva en virtud de la conexión entre ambos. En este sentido,

“[I]a calificación del homicidio expresa esa graduación político-valorativa: a ciertos homicidios se les atribuye legislativamente (lo que, en principio, supone que ello tenga reflejo en el mundo de la cultura) el sentido de expresar un mayor desprecio por el derecho a la vida o por otras normas relevantes de la comunidad (...).”⁷⁸

Otros indicadores que permiten determinar si se está ante un elemento modificatorio del injusto o ante una circunstancia modificatoria de la pena dicen relación con el reconocimiento de un cierto grado de autonomía de la forma cualificada,⁷⁹ por ejemplo, a través de un diverso *nomen iuris*, tal como ocurre con las figuras de asesinato, parricidio, infanticidio, aborto *honoris causa*, robo por sorpresa, entre otras. La distinción entre circunstancias modificatorias de la pena y elementos modificatorios del injusto, por lo tanto, descansa en el reconocimiento legislativo de que ciertos factores no sólo inciden en la gravedad de la conducta de *cualquier o cierta clase*⁸⁰ de delitos, sino que su grado de incidencia en dicha gravedad implica una modificación del significado mismo de *uno o más delitos* determinados, modificando el injusto de modo tal que sea comprendido como una conducta más o menos grave en virtud de esos factores. Así, difícilmente puede entenderse que el factor motivacional de “ocultar su deshonra”⁸¹ no se encuentra materialmente relacionado a la conducta constitutiva de delito de aborto.⁸²

⁷⁷ Para un análisis de esta función en tanto función institucional del homicidio en Chile y en derecho comparado, con especial detenimiento en el derecho anglosajón, véase WILENMANN (2016), pp. 721-738.

⁷⁸ WILENMANN (2016), p. 741.

⁷⁹ A partir de la construcción acá defendida, la referencia al grado de “autonomía” del asesinato no implica una postura a favor de que el asesinato se encuentre en una relación estructural de completa autonomía con respecto al homicidio, ni tampoco una defensa a la doctrina del *delictum sui generis*. Así, el asesinato *no es* un delito distinto del homicidio: tanto en el homicidio como en el asesinato se quebranta la misma norma de comportamiento, a saber, la prohibición de matar a otro. El asesinato se distingue del homicidio en tanto hecho punible diferenciado, calificando el hecho-base homicidio. Para un análisis de las posturas referidas a la relación entre homicidio y asesinato véase, PEÑARANDA (2014a), pp. 84 y ss., pp. 100 y ss. Acerca de la doctrina del *delictum sui generis*, GÓMEZ MARTÍN (2005), *passim*.

⁸⁰ Lo que ocurre con aquellas que sólo agravan hechos constitutivos de delitos contra las personas.

⁸¹ Contra este punto, afirmando que la motivación de honor establecida en el art. 344 sería una circunstancia modificatoria especial, RODRÍGUEZ COLLAO (2011), p. 411.

⁸² De ahí que, si bien no explícita factor motivacional alguno que justifique el privilegio, la limitación tanto temporal como de características personales que deberán detentar quienes sean autores de infanticidio parece hablar a favor de reconocer una especial preocupación legislativa por lo que el embarazo (aborto *honoris causa*) y posterior nacimiento (infanticidio) le haría al orden de las familias, que justificaría el privilegio en uno y otro caso.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

Todo esto sugiere que en efecto existe una diferencia sustantiva entre circunstancias modificatorias de la pena y elementos modificatorios del injusto,⁸³ de manera tal que únicamente respecto de las primeras los factores personales atenuarán o agravarán exclusivamente la responsabilidad de los intervinientes en los que concurran.⁸⁴ Se trata, por ello, de una diferencia sustantiva que manifiesta sus efectos al momento de determinación de la pena.

Es, también, una diferencia cuyo fundamento permite, además de descartar la aplicación directa del artículo 64 a elementos modificatorios del injusto, también desechar su aplicación analógica a los casos de participación en conductas que ejemplifiquen tipos cualificados por elementos personales modificatorios del injusto, cuando los partícipes sean *extraneus*. Pues, si la diversa valoración político-social de ciertas conductas principales bajo determinados factores (sean o no personales) justifica una decisión de criminalización a través su reconocimiento legislativo en tipos-de-hecho-punible cualificados a partir del tipo-base, entonces igualmente la participación en esas conductas implicará una valoración diversa de esa participación, de acuerdo con la cualificación de la valoración de la conducta principal. En ese sentido, tal como no parece haber problema en considerar que merece mayor reproche quien colabora con un dirigente de alguna asociación de fútbol profesional para “arreglar” un partido, que quien colabora con un coordinador de una liga de futbolito aficionado para hacer lo mismo; para la legislación chilena merece mayor reproche quien participa en un parricidio que quien lo hace en un homicidio.⁸⁵

5. ¿Comunicabilidad limitada?

Contra la presente tesis —favorable a una accesoriedad que incluya elementos personales (que algunos llamarían “extrema”⁸⁶)— se ha replicado que esto implicaría atribuirle al partícipe una conducta o culpabilidad ajena, resultado inadmisibles para un derecho penal liberal que reconozca que cada uno responde por su propia conducta y culpabilidad. Esta es la tesis, defendida por Peñaranda en España, que afirma como límite a la accesoriedad los

⁸³ Que permite responder a lo que Hernández llama “un poderoso argumento”: el razonamiento *a fortiori* que llevaría a afirmar que, si el legislador ha decidido que circunstancias modificatorias personales no se comuniquen, con mayor razón habría que afirmar que elementos modificatorios del injusto tampoco han de comunicarse. HERNÁNDEZ (2011), pp. 378-379. Justamente, el punto de incorporar un estatus especial al tipo penal es que la legislación le asigna mayor importancia a dicho elemento y no menor.

⁸⁴ Se debe aclarar que esto no implica negar que determinadas circunstancias modificatorias de la pena *también* conllevan un cambio de valoración de la conducta del sujeto que significa un aumento o disminución del contenido de injusto o del grado de culpabilidad de éste. Este es el caso de aquellas circunstancias que cabe definir como circunstancias *propias al hecho*, en los términos planteados por MAÑALICH (2015), p. 229. El punto está en que, a pesar de que implican una modificación en la valoración del grado de reprochabilidad del interviniente, el legislador les ha dado un lugar sistemático entre aquellas posteriores reglas de determinación de la pena complementarias a la norma de sanción cuya aplicación se encuentra regulada por las reglas de determinación de la pena de los arts. 50 y ss., reglas que incluyen una limitación para la aplicación de “circunstancias personales” a intervinientes en los que no concurran.

⁸⁵ En este sentido, no se trata de que el estatus de dirigente de asociación de fútbol “se comunique” al *extraneus* colaborador. Simplemente resulta razonable considerar que es peor colaborar con el dirigente que con un coordinador de liga aficionada. En contra, a partir de la teoría de los delitos de infracción de deber (cuya principal aplicación se da en la categoría de los delitos especiales “propios”), VAN WEEZEL (2008), p. 251 y nota 56.

⁸⁶ Con la prevención del problema que trae aparejada la clasificación original. Véase nota 54.

casos en los que la conducta del autor ejemplifique una descripción típica cuya cualificación esté dada por “elementos altamente personales”.⁸⁷ Si bien Peñaranda afirma que es condición necesaria para poder responsabilizar al partícipe que el autor realice un hecho típico y antijurídico (accesoriedad limitada), agrega que lo anterior no es condición suficiente para hacer al partícipe responsable en casos en los que la conducta del autor instancie una descripción típica que incorpore elementos “cuyo tratamiento individualizado se impone por sí mismo (elementos altamente personales)”,⁸⁸ dentro de los que incorpora tanto elementos especiales subjetiva u objetivamente configurados de la culpabilidad y la totalidad de los elementos subjetivos típicos.⁸⁹ Esto, considerando la función negativa del principio de accesoriedad como factor de limitación de la responsabilidad que garantiza que se responda sólo por elementos subjetivos (personales) y culpabilidad propios.⁹⁰

Un punto similar es defendido por quienes afirman que la conducta del partícipe en efecto es accesoria, pero es accesoria “al hecho”, entendido como la conducta independiente de la valoración jurídica que de ella se haga a través de su tipificación. Semejante “hecho” es identificado con “la mera conducta típica desprovista de todos los atributos que conducen a la *punibilidad*, pues no se está operando *todavía* en función de la responsabilidad punible de cada partícipe”.⁹¹ Como se podrá observar, la propuesta de Grisolí coincide a grandes rasgos con la distinción planteada bajo el modelo de teoría de las normas acá adoptado, entre delito y hecho punible. El “hecho”, la conducta que se encuentra prohibida o requerida por la norma, sería aquello por lo que responde el partícipe, a saber, el delito, siendo la descripción de dicha conducta coextensiva con el supuesto de hecho del tipo-base a partir del cual pueden o no tipificarse figuras calificadas. Para Grisolí, entonces, la conducta por la que se responsabiliza a partícipes es accesoria a la conducta descrita por la norma de comportamiento y no a aquella descrita por la norma de sanción cuyo supuesto es realizado por el autor, cuando se trata de una figura calificada por elementos personales que no se encuentran contemplados en la descripción de la conducta prohibida o requerida. Es decir: se interviene en el delito y no en el hecho punible.⁹² La razón tras esto se encuentra en que la incorporación de semejantes elementos personales responde a una valoración por parte del legislador de una mayor o menor culpabilidad en la conducta del autor, fundada en alguna calidad presentada por éste, calidad que si no se presenta en quienes realizan una contribución accesoria, no deberá cualificar la valoración de su conducta.⁹³

El problema de estas posturas es que ellas implican desconocer la diferencia entre el objeto y los criterios de imputación. Pues lo que se imputa al partícipe (el objeto de imputación) es “el quebrantamiento de la *misma* norma cuyo quebrantamiento es imputable al autor (o a los coautores), pero precisamente a título de participación en una (única) infracción de deber por parte de otro(s) cuyo comportamiento representa un presupuesto constitutivo de la

⁸⁷ PEÑARANDA (2015), pp. 464 y ss.

⁸⁸ PEÑARANDA (2015), p. 469.

⁸⁹ Exceptuando aquellos referidos al dolo excedente de lesión o intenciones cuya función es describir figuras típicas de lesión al bien jurídico. Acá Peñaranda sigue lo planteado por JAKOBS (1997), 8/39 y 41, p. 337-339.

⁹⁰ PEÑARANDA (2015), p. 466.

⁹¹ GRISOLÍA (1975), p. 21, énfasis en el original.

⁹² En contra, NOVOA (1960), pp. 161 y ss.; 201 y ss., reconociendo plenamente que el concurso de personas se da a nivel del hecho punible.

⁹³ Asimismo, CURY (2005), pp. 643 y ss.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriadad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

significación «accesoriamente» delictiva del comportamiento de aquél”.⁹⁴ En este sentido, al partícipe se le hace responsable *en tanto colaborador* (criterios de imputación) de la infracción de deber por parte del autor, infracción de deber cualificada en la norma de sanción por un elemento personal que implica una calificación o privilegio de esta infracción por la que responden tanto autor como partícipes. Incluso tratándose de factores que hacen referencia a la base motivacional de quien ejecuta la conducta, identificados como elementos de la culpabilidad (tal como lo sería el caso del asesinato cuya calificación esté dada por premio o promesa remuneratoria), nada impide entender que de todas formas pertenecen al injusto en tanto objeto de imputación,⁹⁵ manifestando un incremento de éste por una mayor fuerza expresiva del desconocimiento del bien jurídico protegido por la norma quebrantada, y distinguiéndose así de la pregunta acerca de la culpabilidad por la infracción de deber en tanto criterio de imputación concerniente a la capacidad y exigibilidad de motivación con arreglo a la norma.⁹⁶

Así, una correcta comprensión de la participación como conducta auxiliar y, por ende, accesoria, implica entender que no corresponde hablar de comunicabilidad o incomunicabilidad de un deber (“altamente personal” o no). No hay algo así como la “transferencia de un deber” al *extraneus*. Semejante impropiedad está dada por una fijación con establecer un requisito de participación en la lesión del deber jurídico (impropiamente llamado, pues es más bien un requisito de lesión *de propria mano* del deber jurídico),⁹⁷ propia de teorías del concepto único de autor que afirman que la diferencia entre formas de autoría y de participación no es más que una diferencia cuantitativa y no cualitativa. Ello, pues efectivamente quien infringe el deber establecido en la norma de comportamiento es el autor o coautores (siendo él u ellos quienes lesionan o ponen en peligro bien jurídico), infracción de deber imputable a partícipes, *por su participación* en ella.⁹⁸

5.1. ¿Ruptura del título de imputación?

La accesoriadad de la participación en el hecho punible así entendida permite, además, dar cuenta de un problema de consistencia del que ha padecido parte importante de la doctrina chilena al enfrentarse a casos de intervención accesoria en hechos punibles cualificados por elementos personales (los mal llamados “delitos especiales impropios”), por una parte, y delitos especiales (“propios”), por otra. Pues tras afirmar que en los así llamados “delitos especiales impropios” el *extraneus* responde sólo por el delito común, agregan que en los delitos especiales “propios” el *extraneus* respondería por el mismo delito que el *intraneus*, evitando así llegar a la conclusión de que el *extraneus* debería quedar impune. La justificación dada a lo anterior es que mientras en los “delitos especiales impropios” el estatus

⁹⁴ MAÑALICH (2014b), pp. 87-88.

⁹⁵ KINDHÄUSER (2008), p. 7.

⁹⁶ Al respecto, MAÑALICH (2011), pp. 93 y ss.

⁹⁷ Véase, por ejemplo y a propósito de la discusión en España, ROBLES y RIGGI (2008), pp. 13 y ss.

⁹⁸ No obsta a lo anterior el argumento dado en la discusión chilena referido a que existirían casos en que la ley consagra expresamente la punibilidad del *extraneus* en delitos especiales propios (HERNÁNDEZ [2011], p. 379, con ulteriores referencias). Esto, porque se trata de la consagración de la punibilidad del supuesto *extraneus* en tanto conducta típicamente principal y no accesoria (por lo mismo, no se trataría realmente de un *extraneus*), por lo que no habría un problema de redundancia al defender la tesis acá presentada y reconocer la existencia de esa clase de hechos punibles.

requerido para el autor sólo agrava o atenúa su responsabilidad, en los delitos especiales (“propios”) dicho estatus es lo que fundamenta la punibilidad de la conducta.⁹⁹

Lo que debería saltar a la vista en este punto es la posibilidad de objetar la afirmación anterior a través de un razonamiento *a fortiori*: si se descarta aumentar o disminuir la pena de los partícipes porque el fundamento de ese aumento o disminución se basa en una característica personal sólo detentada por el autor, con mayor razón debería descartarse aplicar pena alguna a partícipes si el fundamento del reproche penal se basa en una característica personal sólo detentada por el autor.¹⁰⁰ Para justificar esta dispar propuesta de solución para uno y otro caso, se ha acudido a dos líneas argumentativas. La primera afirma que en la medida en que el estatus que se requiere del autor sea inherente al delito y constituya la “clase de mal” que el legislador ha procurado evitar (en delitos especiales), el *extraneus* que participa ha de responder por el mismo delito que el *intraneus* autor “pues también ha colaborado a que éste infrinja su especial deber”.¹⁰¹ En efecto, el *extraneus* ha colaborado con la infracción del deber del *intraneus*. En el caso de hechos punibles cualificados por elementos de autoría, el *extraneus* colabora con la infracción de un deber común y no especial al *intraneus*, la que se ve modificada en términos de su penalidad a través de una calificación o de un privilegio, modificación que afecta igualmente a inductores y cómplices que responden por su conducta auxiliar en un hecho cuya valoración en términos de merecimiento de reproche se ve modificada. Así, es más reprochable colaborar con una conducta que ejemplifica un tipo calificado que con aquella que ejemplifica su respectivo tipo-base; es menos reprochable colaborar con una conducta que ejemplifica un tipo privilegiado que con aquella que ejemplifica su respectivo tipo-base.¹⁰²

Más sorprendente resulta la segunda línea argumentativa adoptada por quienes defienden esta posición. Ella alude a la inadmisibilidad en términos de política criminal de las consecuencias de considerar “incomunicables” elementos personales del tipo en los casos en los que no exista un tipo-base respecto del cual aquellos tipos que incorporan elementos personales signifiquen una calificación.¹⁰³ Esto, porque el resultado de considerar (de manera

⁹⁹ BUSTOS *et al.* (2001), p. 99; ETCHEBERRY (1997), pp. 83 y ss.; CURY (2005), pp. 646 y ss., con ulteriores referencias y abandonando la postura defendida hasta la sexta edición de su manual en la que, siendo coherente con su afirmación de “incomunicabilidad” de circunstancias personales para hechos punibles cualificados, afirma la impunidad en caso de delitos especiales (“propios”). CURY (1973), pp. 259-260.

¹⁰⁰ En el mismo sentido, NOVOA (1960), p. 246.

¹⁰¹ POLITOFF *et al.* (2005), p. 425.

¹⁰² En ese sentido, resulta igualmente improcedente el abandono de la accesoriedad en la participación que significa afirmar que, en el caso de participación de quien sería *intraneus* si hubiera realizado (como autor) la conducta descrita en el tipo, como en el caso en que un sujeto induzca a otro a dar muerte a la madre del primero, cuestión que el tercero *extraneus* hace, el partícipe (“*intraneus*”) deberá responder por el tipo-cualificado, a pesar de que este *no se ha visto realizado* (pues el tercero no ha dado muerte a su madre). A favor de castigar al partícipe *intraneus* por el hecho-punible cualificado, SCHWEITZER (1948), pp. 198-199. En contra, FERDMAN (2013), p. 682. Asimismo, basándose en la “accesoriedad estricta” de la participación, Bustos *et al.*, pp. 100 y ss. Llega a ser sorprendente cómo en el caso de estos últimos autores se muestra un compromiso irrestricto con el carácter accesorio de la participación, afirmando que “[t]odo el problema se centra, pues, en el tipo realizado por el autor en sentido propio. Los demás partícipes [...] tendrán una participación *accesoria* con respecto a la conducta del hechor, y dicha accesoriedad lo será en función del tipo realizado por éste”, sin notar que *el mismo argumento* ha de utilizarse para el caso inverso.

¹⁰³ Véase, al respecto, CURY (2005), p. 647. Son críticos a esta postura, LEIVA (2017), pp. 232 y p. 683 y HERNÁNDEZ (2011), pp. 374-375.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriadad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

consistente) que los elementos personales son incommunicables sería afirmar la impunidad de los partícipes *extraneus* en los delitos especiales (“propios”). Y es precisamente el carácter de inaceptable de esa respuesta lo que muestra cómo el problema está siendo abordado de manera incorrecta. Pues todo el punto de responder por haber colaborado con un hecho ajeno es que aquello que se imputa es lo mismo tanto para partícipes como para el autor: la conducta consistente en la infracción de deber sea esa conducta establecida en la descripción contenida en la norma de sanción sin cualificación alguna (en tanto tipo-base) o cualificada por algún elemento (personal o no).¹⁰⁴

6. Excurso: autoría mediata y coautoría como formas de imputación de una conducta en tanto propia

Como se ha visto hasta acá, no existe problema en afirmar que inductores y cómplices participan del tipo-de-hecho-punible cualificado bajo el que se subsume la conducta del autor, en casos en los que no detentan las características personales exigidas en el tipo, ya que lo que se imputa es el comportamiento auxiliar en una conducta *ajena*. Que sea la estructura de imputación propia de las formas de participación la que determina por qué se hace responsable al partícipe y que se trate de una estructura distinta de aquellas propias de las formas de autoría significa que para estas últimas la pregunta acerca del tipo-de-hecho-punible por el que deberán responder coautores y autores mediatos *extraneus* deberá ser respondida en atención a la estructura propia de cada una de dichas formas de intervención. Y si bien se trata de una cuestión que supera los límites del presente trabajo, una breve caracterización de la estructura de una y otra forma de imputación permitirá adelantar una respuesta que muestre cómo la particular configuración de cada uno de estos títulos de intervención en el hecho punible determina por qué responde cada interviniente, sin que exista algo así como un “principio de comunicabilidad” (o una teoría de la comunicabilidad) cuyo estudio otorgue respuesta a los problemas acá planteados.¹⁰⁵

A diferencia de las formas de participación, en los casos de autoría mediata y coautoría lo que se imputa es el quebrantamiento de la norma a una o más personas en tanto *conducta principal*.¹⁰⁶ Se trata de formas de intervención en las que se altera el modo de adscripción de agencia por defecto propio de la autoría directa,¹⁰⁷ toda vez que, para ambas formas de

¹⁰⁴ En este sentido, pero referido al caso de participación en el quebrantamiento de normas de comportamiento que restringen su universo de destinatarios (delitos especiales “propios”), véase MAÑALICH (2019b), pp. 357 y ss.

¹⁰⁵ Esto permite responder a lo que Leiva plantea como “una de las principales críticas” a la tesis defendida en este trabajo. En efecto, la fuente de la defensa a la unidad del título de imputación *para la participación* no es “el principio de indivisibilidad del título” (pues se trataría de una forma de argumentación evidentemente circular), sino la estructura misma de la participación en tanto intervención accesoria. Por ello, se trata de una tesis que no implica comprometerse con dar la misma solución (“comunicabilidad”) para todos los casos de intervención principal en el hecho punible. LEIVA (2017), p. 231. En el mismo sentido, BUSTOS *et al.* (2001) pp. 95 y ss., quienes se refiere al “argumento de la indivisibilidad del título”.

¹⁰⁶ En el mismo sentido, NOVOA (1960), p. 184.

¹⁰⁷ Véase MAÑALICH (2014b), pp. 76 y ss., quien bajo lo que llama el “principio de economía topográfica” de la imputación explica cómo ésta, en tanto determinación teleológica de una falta de reconocimiento de la norma como razón para la acción “ha de partir examinando la posición de aquella persona que contaba con la correspondiente «oportunidad para la acción», esto es: de la persona en cuya situación la norma de prohibición o de requerimiento pudiera representar una razón inmediata para omitir o ejecutar una acción de cierto tipo. Si

autoría, en principio, un comportamiento (al menos parcialmente) ajeno, constitutivo de un quebrantamiento de la norma, les es imputado como propio.¹⁰⁸

Ello se da, para la autoría mediata, cuando una conducta se atribuye a una persona (“de atrás”) que, a pesar de no haber ella misma ejecutado u omitido la conducta prohibida o requerida por la norma, se hace competente por la situación de déficit de quien en efecto sí se comportó de manera contraria a la norma (la persona “de adelante”).¹⁰⁹ Entendida la autoría mediata como una forma de imputación de una conducta ajena fundada en la competencia del autor mediato por el déficit de agencia del instrumento,¹¹⁰ la conducta del instrumento se imputa al autor mediato.¹¹¹ En este sentido, es el autor mediato, *en tanto autor*, quien deberá detentar las características personales que exija el determinado tipo-de-hecho-punible cuya descripción resulta ejemplificada por la conducta atribuida al autor mediato. Así, en un caso en el que A sea competente por algún déficit que impida la imputación ordinaria de primer o segundo nivel a B por la conducta constitutiva de dar muerte a P, padre de A, a este último le será imputable, en calidad de autor (mediato), el tipo cualificado de parricidio, precisamente porque entendida como propia, la conducta es susceptible de ser descrita como “dar muerte al padre”.¹¹²

Para la coautoría, el quebrantamiento de la norma se imputa personalmente a cada uno de los coautores (en la medida en que todos sean destinatarios de la norma en cuestión) a través de una adscripción de agencia compartida, adscripción que es posibilitada porque cada porción de comportamiento de cada uno de los coautores admite ser interpretado como un comportamiento ejecutado u omitido en representación de todos los demás.¹¹³ Esta adscripción de agencia compartida tiene como fundamento el que actúen bajo un esquema de representación común que permite reconocer el quebrantamiento de la norma en el actuar conjunto de los sujetos, a pesar de que la conducta de cada uno de ellos no alcance, por sí sola, a ejemplificar la acción u omisión prohibida o requerida por la norma. Ahora bien, frente a casos de intervención principal múltiple de *intranei* y *extranei* en hechos punibles

ante el indicio de que la norma en cuestión pudo haber sido quebrantada, se comprueba que esa persona contaba como destinataria de la misma norma y que en ella se satisfacían, además, todos los presupuestos de los cuales depende la imputabilidad de su quebrantamiento, entonces esta persona ocupará por defecto el lugar de autor del delito así constituido.” Una idea similar, refiriéndose a la prohibición de regreso postulada por Reinhard von Frank, se encuentra en HRUSCHKA (2005), pp. 217 y ss.

¹⁰⁸ MAÑALICH (2010b), pp. 390 y ss.

¹⁰⁹ Déficit que puede consistir en el hecho de no ser la persona de adelante destinataria de la norma de conducta en cuestión, en el caso de que ésta restrinja su universo de destinatarios; o en uno que impida la imputación ordinaria de la conducta a la persona de adelante, tanto en un primer nivel de imputación subjetiva de la infracción de deber como en un segundo nivel de imputación a título de culpabilidad por aquella infracción de deber. Al respecto, véase MAÑALICH (2010b), *passim*, quien ofrece un acabado análisis de la autoría mediata en tanto forma de intervención en el hecho punible, con ulteriores referencias. Para la distinción entre imputación ordinaria de primer y segundo nivel, véase HRUSCHKA (2005), pp. 30 y ss.

¹¹⁰ MAÑALICH (2010b), pp. 395-396.

¹¹¹ Asimismo, NOVOA (1960), p. 248, aunque incluyendo el caso de la autoría mediata bajo el problemático título de “intervención accesoria del cualificado”.

¹¹² Y, viceversa, de ser A competente por algún déficit que impida la imputación ordinaria a B por la conducta constitutiva de dar muerte al padre de este último (con respecto del cual A no tiene vínculo alguno), A es imputable como autor (mediato) de homicidio, precisamente porque entendida como propia, la conducta es (sólo) susceptible de ser descrita como “dar muerte a otro”

¹¹³ MAÑALICH (2014b), pp. 82 y ss.

OLAVE, Alejandra: “La accesoriadad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

cualificados por elementos de autoría, si bien tanto de *intranei* y *extranei* puede predicarse que han ejecutado u omitido un comportamiento que ha de ser entendido, bajo su esquema de representación común, como el quebrantamiento de una misma norma de comportamiento, sólo de los *intranei* es posible predicar que cumplen con los presupuestos de punibilidad que cualifican dicho quebrantamiento, por lo que sólo a ellos podrá imputárseles la realización del tipo cualificado, mientras que a los *extranei* sólo les será imputable la realización del tipo-base.¹¹⁴

Por supuesto, esto deja intacta la posibilidad de que a los *extranei* les sea imputable el quebrantamiento de la norma bajo algún otro título de intervención. Y, en la medida en que su conducta pueda entenderse además como una de cooperación a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos,¹¹⁵ se estará ante un concurso entre el hecho-base imputable a los *extranei* a título de coautores y el hecho cualificado por elementos personales imputable a éstos a título de inductores o cómplices, concurso cuya resolución deberá ser analizada en otro momento.¹¹⁶

¹¹⁴ En el mismo sentido, SCHEPELER (1953), p. 690. Difiere de esta posición, salvo respecto de casos de tipos cualificados y privilegiados (véase nota 25), NOVOA (1960), pp. 244 y ss.

¹¹⁵ Esto, por cierto, sólo podría darse cuando se está ante formas de adscripción de agencia distintas de la que se adscribe por defecto, a saber, sólo en casos de coautoría o autoría mediata. Ello, porque la estructura de la autoría directa en tanto forma de imputación por defecto implica la adscripción de responsabilidad por un hecho propio, haciendo imposible así que alguien sea penalmente responsable por el mismo hecho propio y a la vez ajeno. Ahora bien, es claro que un sujeto sí puede realizar una conducta que cuente como cooperación con su propia conducta principal (afilarse el cuchillo antes de utilizarlo para dar muerte a otro, por ejemplo), conducta que es tematizada bajo la rúbrica de “actos preparatorios” y cuya punibilidad resulta excepcional. Así, MAÑALICH (2014b), p. 88.

¹¹⁶ Esto brinda una clave para resolver la posible incongruencia legislativa que existiría en el hecho de que partícipes respondan por un hecho punible cualificado mientras coautores respondan por el hecho-base, cuestión que puede llegar a tener como consecuencia que los primeros sean sancionados con una mayor pena (así, VARAS [1941], pp. 278 y ss.). Precisamente este es el (único) punto que escapa a SCHEPELER (1953), pp. 691-692, quien, fiel a su argumento, decide simplemente aceptar esa “incongruencia” como parte de nuestra legislación.

Bibliografía citada

- ALCÁCER, Rafael (2001a): Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica (Madrid, Edisofer).
- ALCÁCER, Rafael (2001b): “Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo”, en: Revista de derecho penal y criminología (vol. 2, núm. 7), pp. 11-48.
- BALMACEDA, Gustavo (2012): “Comunicabilidad del sujeto activo en los delitos contra la función pública. Especial referencia a la malversación de caudales públicos y al fraude al fisco”, en: Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (núm. 2), pp. 45-81.
- BELING, Ernst (2002): Esquema de derecho penal; La doctrina del delito-tipo (Buenos Aires, Librería El Foro).
- BUSTOS, Jaime; GRISOLÍA, Francisco; POLITOFF, Sergio (2001): Derecho penal chileno. Parte especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica).
- COUSO, Jaime (2011): “Art. 50”, en: COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (Dirs.) Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1º-105). Doctrina y jurisprudencia (Santiago, Abeledo Perrot), pp. 510-544.
- COUSO, Jaime (2013): “Sobre el concepto material de autor. Consideraciones dogmáticas y metodológicas”, en: VAN WEEZEL, Alex (Ed.), Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury (Santiago, Thomson Reuters).
- CURY, Enrique (1973): Orientación para el estudio de la teoría del delito (Santiago, Universidad Católica de Chile).
- CURY, Enrique (2005): Derecho Penal, parte general, 8ª edición (Santiago, Ediciones Universidad Católica).
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (2008): “Autoría y participación”, en: Revista de Estudios de la Justicia (núm. 10), pp. 13-61.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): Derecho Penal, Parte General, 3ª edición (Santiago, Editorial Jurídica), tomo II.
- FERDMAN, Jorge (2013): “¿De qué puede hacerse responsable al extraneus, concurrente a la comisión de un delito que requiere autor calificado? Comentario a propósito de algunos pronunciamientos jurisprudenciales chilenos en el ámbito de los delitos con sujeto activo calificado”, en: VAN WEEZEL, Alex (Ed.), Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury (Santiago, Legal Publishing), pp. 677-689.
- GARRIDO, Mario (1984): Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación (Santiago, Editorial Jurídica).
- GARRIDO, Mario (2010): Derecho penal, parte especial, 4ª edición (Santiago, Editorial Jurídica), tomo III.
- GIBMERNAT ORDEIG, Enrique (2006): Autor y cómplice en el Derecho Penal (Buenos Aires, BdeF).
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2005): “La doctrina del ‘*delictum sui generis*’ ¿Queda algo en pie?”, en: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (núm. 2), pp. 1-52.
- GRISOLÍA, Francisco (1975): “La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude”, en: Revista de Ciencias Penales (núm. 34), pp. 3-47.

- OLAVE, Alejandra: “La accesoriedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.
- HADWA, Marcelo (2007): “El sujeto activo en los delitos tributarios, y los problemas relativos a la participación criminal”, en: *Revista Política Criminal* (núm. 3), pp. 1-18.
- HART, Herbert Lionel Adolphus (1994) *The concept of law*, 2nd edition. (New York, Oxford University Press).
- HERNÁNDEZ, Héctor (2011): “Art. 14”, en: COUSO, Jaime; HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.) *Código Penal comentado. Libro primero (arts. 1º-105). Doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Abeledo Perrot), pp. 365-381
- HRUSCHKA, Joachim (2005): “Reglas de comportamiento y reglas de imputación”, en: SÁNCHEZ-OSTIZ, Pedro (Coord.), *Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación* (Pamplona, Arazadi), pp. 27-39.
- JAKOBS, Günther (1997): *Derecho Penal, parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª edición (Madrid, Marcial Pons).
- KAUFMANN, Armin (1977): *Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna* (Buenos Aires, Depalma).
- KINDHÄUSER, Urs (2008): “El tipo subjetivo en la construcción del delito”, en: *InDret* (núm. 4), pp. 1-35.
- KINDHÄUSER, Urs (2009a): “La lógica de la construcción del delito”, en: *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia* (núm. 14), pp. 499-509.
- KINDHÄUSER, Urs (2003): “Cuestiones fundamentales de la coautoría”, en: *Revista Penal* (núm. 11), pp. 53-70.
- KINDHÄUSER, Urs (2011): “Infracción de deber y autoría. Una crítica a la teoría del dominio del hecho”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (núm. 14), pp. 41-52.
- KINDHÄUSER, Urs (2021): “Sobre la accesoriedad limitada de la participación”, en: *Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales* (núm. 3), pp. 105-122.
- LEIVA, Alejandro (2017): “La comunicabilidad en el Derecho penal chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como ‘principio del Derecho’”, en: *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Vol. XLIX), pp. 219-253.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010^a): “Norma e imputación como categorías del hecho punible. Algunas consideraciones conceptuales”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (núm. 12), pp. 165-185.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2010b): “La estructura de la autoría mediata”, en: *Revista de Derecho de la PUCV* (Vol. XXXIV), pp. 385-414.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011): “El delito como injusto culpable”, en: *Revista de Derecho XXIV* (núm. 1), pp. 87-115.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2012): “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en: *Revista Política Criminal* (Vol. 7, núm. 14), pp. 357-377.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014a): “La violación como delito contra la indemnidad sexual”, en: *Revista Ius et Praxis* (vol. 20 núm. 2), pp. 21-70
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014b): *Norma, causalidad y acción* (Madrid, Marcia Pons).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2015): “El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad”, en: *Revista de Derecho* (Valdivia) (Vol. XXVIII, núm. 2), pp. 227-250.

- MAÑALICH, Juan Pablo (2018): “Apropiación y distracción indebidas”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (vol. 25, núm. 1), pp. 153-180.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2019a): “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 46, núm. 3), pp. 821-844.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2019b): “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, en: *Revista Política Criminal* (vol. 14, núm. 27), pp. 296-375.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2021a): “Principio de ejecución e inmediatez-de-acción. Una reconstrucción aplicativa del art. 7º, inc. 3º del Código Penal Chileno”, en: *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*. Disponible en: <https://tinyurl.com/2bprvb5q> [visitado el 26/05/2023]
- MAÑALICH, Juan Pablo (2021b): “La realización de múltiples formas cualificadas de un mismo tipo-base como concurso aparente”, en: MALDONADO, Francisco (Ed.), *Concurso de delitos. Problemas fundamentales* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos (2020): “La accesoriedad cualitativa de la participación” en: *Estudios Penales y Criminológicos* (vol. XL), pp. 855-913.
- MATUS, Jean Pierre (1999): “Aportando a la reforma penal chilena: algunos problemas derivados de la técnica legislativa en la construcción de delitos especiales impropios: el error y el concurso”, en: *Revista Ius et Praxis* (vol. 5, núm. 2), pp. 63-113.
- MATUS, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex (2009): “Arts. 50 a 73”, en: POLITOFF, Sergio y ORTIZ, Luis (Dir.), *Texto y Comentario del Código Penal chileno* (Santiago, Editorial Jurídica), pp. 353-358.
- MAYER, Max Ernst (2007): *Derecho Penal, parte general* (Trad. Sergio Politoff Lifschitz, Buenos Aires, BdeF)
- MIR PUIG, Santiago (2006): *Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición (Barcelona, Reppetor).
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2016): “La atenuación facultativa de la pena del partícipe en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado”, en: *Revista Justiça e Sistema Criminal* (Vol. 8, N° 15), pp. 83-118.
- NOVOA, Eduardo (1960): *Curso de derecho penal chileno*, 1ª edición (Santiago, Editorial Jurídica), tomo II.
- NOVOA, Eduardo (1964): “Algunas consideraciones concurso de personas en un hecho punible”, en: *Revista de Ciencias Penales* (vol. XXI, núm. 1), pp. 1041-1068.
- OSSANDÓN, Magdalena (2007): “El sujeto activo en los delitos tributarios”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXVIII), pp. 155-187.
- PEÑARANDA, Enrique (2014a): *Estudios sobre el delito de asesinato* (Buenos Aires, BdeF).
- PEÑARANDA, Enrique (2014b): “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: ROBLES, Ricardo (Dir.), *La responsabilidad en los “delitos especiales”: el debate doctrinal en la actualidad* (Buenos Aires, BdeF).
- PEÑARANDA, Enrique (2015): *La participación en el delito y el principio de accesoriedad* (Buenos Aires, BdeF).
- POLITOFF, Sergio (1999): *Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración: estudio dogmático penal de derecho penal comparado* (Santiago, Editorial Jurídica).

OLAVE, Alejandra: “La accesoriedad de la participación frente a la discusión acerca de la comunicabilidad en los mal llamados “delitos especiales impropios””.

- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2005): Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica).
- ROBLES, Ricardo; RIGGI, Eduardo (2008): “El extraño artículo 65.3 del Código Penal”, en: *InDret* (núm. 4), pp. 1-29.
- ROBLES, Ricardo (Dir.) (2014): *La responsabilidad en los ‘delitos especiales’ el debate doctrinal en la actualidad* (Buenos Aires, BdeF).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2011): “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, en: *Revista de Derecho (PUCV)* (Vol. XXXVI), pp. 397-428.
- SCHEPELER, Enrique (1953): “Comunicabilidad y parricidio”, en: LONDOÑO, Fernando; MALDONADO, Francisco (Eds.), *Clásicos de la literatura penal en Chile. La revista de ciencias penales en el siglo XX: 1935-1995* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 671-692.
- SCHWEITZER, Miguel (1948): “Nota a una sentencia: homicidio”, en: *Revista de Ciencias Penales* (tomo X), pp. 198-199.
- SEARLE, John (1995): *The construction of social reality* (New York, The Free Press).
- SEARLE, John (2010): *Making the social World* (Oxford, Oxford University Press).
- VACCHELLI, Ezequiel (2015): “La crisis de la accesoriedad limitada”, en: *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* (Año 14, núm. 2), pp. 113-152.
- VAN WEEZEL, Alex (2008): “Lesiones y violencia intrafamiliar”, en: *Revista chilena de Derecho* (Vol. 35, núm. 2), pp. 223-259.
- VARAS, Eduardo (1941): “Comunicabilidad a los co-delincuentes de los elementos constitutivos de un delito”, en: LONDOÑO, Fernando; MALDONADO, Francisco (Eds.), *Clásicos de la literatura penal en Chile. La revista de ciencias penales en el siglo XX: 1935-1995* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 269-279.
- VON SAVIGNY, Friedrich Karl (1878): *El sistema del Derecho Romano actual* (Trad. M. Ch. Guenoux, Madrid, F. Góngora y Compañía).
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1970): *Norma y Acción* (Madrid, Tecnos).
- WILLENMANN, Javier (2016): “El sistema de graduación de la pena del homicidio en el derecho chileno”, en: *Revista Política Criminal* (Vol. 11, núm. 22), pp. 721-765.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2005): “La punición del partícipe no cualificado en los delitos especiales propios e impropios (análisis del art. 65, 3 del Código Penal)”, en: CARBONELL, Juan Carlos (Coord.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* (Madrid, Dykinson).