

Intervención delictiva:

Significado y función del principio de accesoriedad

Ezequiel Vacchelli

BAJO LA DIRECCIÓN DE

Prof. Dr. Dr. h. c. Ricardo Robles Planas

Prof. Dr. Omar Palermo

TESI DOCTORAL UPF / 2018

DEPARTAMENTO DE DERECHO



**Universitat
Pompeu Fabra**
Barcelona

A mis padres

Resumen

De la mano de una teoría de las normas integradora, este trabajo somete el principio de accesoriidad de la participación a un doble análisis: por un lado, en el nivel de la norma primaria, aspira a elucidar su significado y función en tanto nexa que vincula distintos comportamientos individuales ejecutados en un contexto de división del trabajo; por otro lado, en el nivel de la norma secundaria, procura señalar cuáles son los requisitos del hecho principal que habilitan a castigar a un interviniente a título de cooperador o inductor. Asimismo, la investigación propone, entre otras cosas, una minuciosa explicación de las particularidades inherentes a la intervención previa al comienzo de ejecución. El tratamiento de estas cuestiones se encuentra precedido de una revisión crítica del estado de la discusión, así como de las premisas que subyacen a la tradicional teoría de la intervención en lo que respecta al fundamento del injusto del partícipe.

Geführt von einer integrierenden Normentheorie unterzieht diese Arbeit das Prinzip der Akzessorietät der Teilnahme einer Doppelanalyse: Einerseits auf der Ebene der Primärnorm, strebt sie es an seine Bedeutung und Funktion als Relation zu erläutern, die verschiedene individuelle Verhalten verbindet, die in einem Arbeitsteilungszusammenhang ausgeführt werden; andererseits auf der Ebene der Sekundärnorm, versucht sie festzulegen, welche die Anforderungen der Haupttat sind, die es befähigen einen Beteiligten als Gehilfe oder Anstifter zu bestrafen. Desgleichen wird von der Untersuchung unter anderem eine ausführliche Erklärung der innewohnenden Umstände der Beteiligung vor Anfang der Tatausführung vorgeschlagen. Der Handhabung dieser Fragen geht eine kritische Überarbeitung der Diskussionslage voraus, sowie auch der Voraussetzungen, die der traditionellen Theorie der Beteiligung zugrunde liegen, hinsichtlich des Strafgrunds des Unrechts des Teilnehmers.

Led by an integrative theory of norms, this piece of work subjects the principle of accessoriness of participation to a double analysis: on the one hand, at the level of the primary norm, it aspires to explain its meaning and function as a relation that links different individual behaviours carried out in a division of labour context; on the other hand, at the level of the secondary norm, it endeavours to set which are the requirements of the main offence that enable a participant to be punished as an accomplice or instigator. Likewise, the investigation proposes, among other things, a detailed explanation of the circumstances inherent in the intervention that takes place prior to the start of the execution of the offense. The treatment of these questions is preceded by a critical review of the state of the discussion, as well as of the assumptions underlying the traditional theory of intervention, with regard to the punishment ground of the participation.

índice

INTRODUCCIÓN

1. Presentación general de los problemas a desarrollar.....	1
2. <i>Intensión y extensión</i> de la participación: el bautismo primigenio de la accesoriedad.....	2
3. El principio de accesoriedad de la participación.....	5
3.1. Proyección político-criminal: su valor como <i>mediating principle</i>	5
3.2. Proyección legal: característica distintiva de los sistemas de intervención.....	6
3.3. Proyección dogmática: su doble operación normológica.....	7

CAPÍTULO I

EL FUNDAMENTO DEL INJUSTO DE LA PARTICIPACIÓN

1. Consideraciones preliminares.....	9
2. Panorámica teórica.....	9
2.1. Sobre el criterio de clasificación propuesto.....	9
2.2. Responsabilidad del partícipe por intervenir en un hecho ajeno.....	11
2.2.1. Teoría de la participación en el injusto [WELZEL, ROXIN, STRATENWERTH].....	13
2.2.1.1. Presentación.....	13
2.2.1.2. Valoración crítica.....	16
2.3. Responsabilidad del partícipe por intervenir en su propio hecho.....	20
2.3.1. Teoría <i>pura</i> de la causación [LÜDERSSEN].....	20
2.3.1.1. Presentación.....	20
2.3.1.2. Valoración crítica.....	22
2.3.2. Teorías de la corrupción [H. MAYER, TRECHSEL].....	27
2.3.2.1. Presentación.....	27
2.3.2.2. Valoración crítica.....	29
2.3.2.3. Adición.....	32
2.3.3. La solidarización con el injusto ajeno [SCHUMANN].....	33
2.3.3.1. Presentación.....	33
2.3.3.2. Valoración crítica.....	34
2.3.4. El abuso del Derecho [HAAS].....	37
2.3.4.1. Presentación.....	37
2.3.4.2. Valoración crítica.....	39
2.4. Responsabilidad del partícipe por intervenir en un hecho colectivo.....	40

2.4.1. La intervención en un hecho común [JAKOBS, LESCH, ROBLES PLANAS]	40
2.4.1.1. Presentación	40
2.4.1.2. Valoración crítica.....	45
3. La gravitación de los modelos de autoría en el diseño de los planteamientos precedentes	46
3.1. El modelo restrictivo de autor como punto de partida	46
3.2. La pregunta sobre el fundamento del injusto del partícipe en los sistemas de responsabilidad indiferenciada	50
3.3. Dos momentos en la responsabilidad penal del interviniente	51
3.4. Renuncia a los modelos de autoría como premisa mayor de la teoría de la intervención delictiva	53
4. Conclusiones.....	55

CAPÍTULO II

LA ACCESORIEDAD EXTERNA

1. El hecho principal como regla dogmática de clausura.....	59
2. Examen de los planteamientos que se aproximan a la accesoriad desde una perspectiva normológica	61
2.1. La accesoriad entre muros [STEIN]	61
2.1.1. Presentación	61
2.1.2. Valoración crítica.....	63
2.2. La accesoriad como tipo de imputación [BLOY]	65
2.2.1. Presentación	65
2.2.2. Valoración crítica.....	67
2.3. La accesoriad como condición objetiva de punibilidad [RENZIKOWSKI]	69
2.3.1. Presentación	69
2.3.2. Valoración crítica.....	72
2.4. Accesoriad como fundamento de la imputación y <i>Obliegenheiten</i> [JAKOBS]	75
2.4.1. Remisión	75
3. Fundamentos metodológicos de la propia concepción	76
3.1. Norma primaria y norma secundaria.....	76
3.2. Esencia imperativa de la norma de conducta.....	80
3.3. Diálogo con la tesis de las expectativas institucionalizadas	82
3.4. Norma, motivación y prevención	86
3.5. Delimitación del ámbito de lo prohibido y lo punible en la participación	88
3.6. La intervención pre-ejecutiva como <i>ratio essendi</i> de los preceptos de la participación....	90
3.6.1. Más argumentos a favor de esta perspectiva.....	96

3.7. Contingencia, necesidad e imposibilidad en la participación.....	99
3.7.1. Los dominios de lo típico, lo no-típico y lo atípico	101
3.7.2. La perturbación no-típica del partícipe antes de la ejecución.....	103
3.8. Las distintas accesories en las teorías de la antinormatividad y las teorías de la imputación.....	106
4. Hacia una (re)funcionalización del principio de accesories.....	109
4.1. Una concepción integradora del sistema del delito	109
4.2. Las dos funciones del principio de accesories.....	110
4.3. Registro prospectivo	113
4.4. Registro retrospectivo	117
5. Consecuencias sistemáticas	118
5.1. Accesories prospectiva.....	119
5.1.1. El injusto de la participación	119
5.1.2. La secuencia existente en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo.....	122
5.1.3. El grado de compromiso del partícipe con el proyecto delictivo	126
5.1.4. Intervención pre-ejecutiva y participación en cadena.....	129
5.1.5. Adelantamiento de la norma de sanción y “accesories hipotética”	129
5.2. Accesories retrospectiva	133
5.2.1. El resultado de la participación: sobre la accesories como condición objetiva de punibilidad.....	133
5.2.2. La lógica aparente de la accesories externa.....	136
5.2.3. La renuncia y el desistimiento en la participación	138
6. <i>Excursus</i> : ¿accesories del autor al partícipe?	141
7. Conclusiones.....	145

CAPÍTULO III

LA INTERVENCIÓN EN LA FASE PREVIA A LA EJECUCIÓN

1. El problema	151
2. Mapa de la discusión	152
2.1. La negación del problema	153
2.2. Una “teoría pura” de las normas en SANCINETTI	157
2.3. Las <i>Obliegenheiten</i> , un señuelo engañoso.....	160
2.4. La participación como delito de resultado.....	170
2.5. La participación como delito de peligro.....	173
3. Enfoque personal.....	177
3.1. Intervención previa e intervención concomitante a la ejecución	177

3.2. La externalización de la intervención individual como internalización del hecho colectivo.....	179
3.3. La intervención en la fase previa como caso de <i>omissio libera in causa</i>	181
3.3.1. Conciliación del problema con la teoría.....	181
3.3.2. Acción precedente, omisión y posición de garantía.....	183
3.3.3. Semejanza estructural entre los casos de <i>alic</i> y la intervención pre-ejecutiva.....	188
3.3.3.1. Necesidad de impedir una situación de fraude de ley.....	190
3.3.3.2 Problemas dogmáticos y estructura equivalente.....	191
3.3.3.3. El paralelismo entre las respuestas teóricas.....	194
3.4. Deberes de tolerancia del partícipe antes de la ejecución.....	198
3.5. El comienzo de la tentativa.....	200
3.5.1. La tríada de las figuras de la <i>alic</i> , la autoría mediata y la intervención pre-ejecutiva .	200
3.5.2. ¿Solución global vs. solución individual?.....	203
3.5.3. Acción de tentativa, resultado de tentativa e infracción completa de la norma de comportamiento.....	206
3.5.4. El criterio de la pérdida del control riesgo	209
3.6. Delimitaciones.....	212
3.6.1. Intervención pre-ejecutiva normativamente concomitante	212
3.6.2 Autoría mediata: la <i>gracia</i> de la intervención a la distancia	215
3.6.3. Los actos preparatorios: el perímetro de libertad primordial del ciudadano.....	217
3.6.3.1. Lo <i>íntimo</i> y lo <i>éxtimo</i>	223
4. Conclusiones.....	225

CAPÍTULO IV

LA ACCESORIEDAD INTERNA

1. Introducción a la problemática.....	231
2. La dimensión interna de la accesoriidad.....	232
3. Modelos teóricos.....	233
3.1. La accesoriidad mínima.....	234
3.1.1. Concepto, delimitación e implicaciones inmediatas.....	234
3.1.2. Referencia al Proyecto alternativo alemán de 1966.....	235
3.1.3. Perforación de la accesoriidad mínima en los modelos normológicos imperativistas	236
3.2. Accesoriidad máxima	238
3.2.1. Concepto, delimitación e implicaciones inmediatas.....	238
3.2.2. Referencia al sistema del RStGB de 1871.....	239
3.2.3. Su defensa por las teorías expresivas de la pena.....	240

3.2.4. Observación	243
3.3. Accesoriedad limitada	244
3.3.1. Concepto, delimitación e implicaciones inmediatas.....	244
3.3.2. ¿Convicción dogmática o exigencia de Derecho positivo?	246
3.3.3. La accesoriadad al injusto objetivo	248
4. Planteamiento general de la discusión sobre el concepto de injusto en el sistema dogmático contemporáneo.....	250
4.1. El modelo tripartito del delito	251
4.2. Cuestionamiento del injusto no culpable.....	253
4.3. Derivaciones para la teoría de la intervención	256
4.4. Obsolescencia de la accesoriadad limitada	259
5. Fundamentos metodológicos de la propia concepción	261
5.1. El doble registro de la accesoriadad interna.....	261
5.2. Contracción de la accesoriadad en el registro prospectivo	262
5.3. <i>E pluribus unum</i> : la accesoriadad máxima en el registro retrospectivo	264
5.4. Rendimiento práctico de la distinción en casos de asimetría.....	266
6. Consecuencias sistemáticas	268
6.1. Nivel de la tipicidad objetiva.....	268
6.1.1. El tipo objetivo de la participación.....	268
6.1.2. La denominada “participación sin autor”	268
6.1.3. Acciones colectivas en los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra como injustos culpables <i>participables</i>	271
6.2. Nivel de la tipicidad subjetiva	274
6.2.1. El dolo de la participación como elemento no accesorio	274
6.2.2. Rechazo del “doble dolo” de la participación.....	275
6.2.2.1. El lado subjetivo de la actuación del agente provocador.....	277
6.2.2.2. Problematización de la relación subjetiva entre interviniente y hecho	279
6.2.3. Sobrevaloración del rol del ejecutor: especial referencia a la suposición errónea del dolo del autor.....	282
6.2.4. Participación imprudente e imprudencia participable	288
6.3. Nivel de la antijuridicidad.....	291
6.3.1. ¿Carácter accesorio o individual de las causas de justificación?	291
6.3.2. Variaciones críticas de la participación en casos de error	293
6.3.3. Manipulación del auxilio en situaciones de justificación.....	296
6.3.4. Límites de la actuación del tercero auxiliador en casos de provocación.....	299
6.3.5. Adición.....	300
6.4. Nivel de la culpabilidad.....	300
6.4.1. Hechos de inimputables	300

6.4.2. Situaciones de necesidad	302
6.5. Esbozo para la atribución de responsabilidad en los “delitos especiales”	305
6.5.1. Ideas a desarrollar	305
6.5.2. Aproximación general a la categoría delictiva	306
6.5.3. Dos preguntas decisivas	307
6.5.4. La accesoriadad en la serie de interacción <i>intranews-intranews</i>	308
6.5.5. La accesoriadad en la serie de interacción <i>extranews-intranews</i>	311
6.5.6. Articulación de las consideraciones precedentes con las premisas de esta investigación.....	314
6.5.7. Adición	316
7. Conclusiones.....	319
CONCLUSIONES GENERALES	327
BIBLIOGRAFÍA	341

Abreviaturas

§	Parágrafo
ADPCP	Anuario de Derecho penal y ciencias penales
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
apdo.	Apartado
art./arts.	artículo/artículos
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código civil alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Federal Alemán)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Cap.	Capítulo
CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
(dir.)/(dirs.)	director/directores
Ed.	edición
(ed.)/(eds.)	editor/editores
et al.	et álii
FS	Festschrift (Libro-homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
LH	Libro Homenaje
n.	nota
nm.	número marginal
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK-StGB	Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
p./pp.	página/s
RDPC	Revista de Derecho penal y Criminología
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)
s./ss.	siguiente/s
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
v.	volumen
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

INTRODUCCIÓN

1. Presentación general de los problemas a desarrollar

La autoría individual hace tiempo que dejó de ser un tema popular. Es más, aun en los supuestos de pluralidad de intervinientes existe en relación con ella un doble acuerdo: el autor realiza el tipo y es frente al resto de los intervinientes el protagonista del hecho. Al contrario, la participación todavía continúa siendo un tema lícito de especulación. Quizá todos los intervinientes en un hecho deban ser tratados como autores, quizá sea imposible concebir al partícipe si no es en relación con la figura del autor, quizá puedan existir partícipes sin autores. La presente investigación trata sobre el principio de accesoriidad de la intervención delictiva e intenta arrojar luz sobre estas cuestiones.

Como en todas las grandes discusiones dogmáticas, en la teoría de la intervención la doctrina ha alumbrado una serie de caminos. Sin embargo, estos rumbos han conducido a una amalgama teórica de inspiración difusa, en donde la conceptualización sobre el principio de accesoriidad oscila entre ser excesivamente sintética o excesivamente oscura. Mi trabajo, por ende, apela en primer término a un horizonte que ordene estos planteamientos para identificar sus problemas capitales. Así, teniendo en cuenta que el complejo marco general que precede a cualquier tratamiento sobre la intervención delictiva se debe a las bases sobre las que esta se construye, en el capítulo uno se categoriza, conceptualiza y critica a las aproximaciones más importantes al injusto de la participación. Que se insista sobre esta infinita polémica se debe a que no solo es una cuestión irresuelta —en la que podrían contabilizarse tantos puntos de vista como autores se han acercado al tema— sino a que ella determina los cimientos sobre los que se construyen las soluciones para los casos analizados. La dificultad inherente al famoso problema de la fundamentación del injusto del partícipe es su enraizamiento en otras cuestiones medulares trascendentes a la teoría de la intervención. Si no se tiene en claro por qué responde una persona ante el Derecho penal entonces no podrá determinarse cuál es el umbral de lesividad relevante que justifica proporcionalmente el recurso a la pena de la participación y cuáles son las características que ha de presentar el hecho principal en las hipótesis de codeincuencia.

El segundo capítulo estudia la función general del principio de accesoriidad externa de la participación. Partiendo de la distinción entre norma primaria y norma secundaria como concreción sistemática de las funciones de prevención y sanción atribuidas al Derecho penal, se plantea una concepción propia del principio de accesoriidad basada en la operación de un doble registro. Por un lado, en el nivel de la norma primaria el registro prospectivo explica por qué son verdaderas hipótesis de participación el favorecimiento y la inducción en la etapa pre-ejecutiva, la intervención en cadena y los preceptos que adelantan la barrera de punibilidad antes del comienzo de la tentativa del hecho principal. Por otro lado, en el nivel de la norma secundaria el registro retrospectivo inserta la actividad individual del agente en el contexto colectivo actualizando su significado como una unidad de sentido frente a la que

es necesario reaccionar formalmente mediante una pena. Aquí se valora lo individual a la luz de lo colectivo para definir la calificación de la intervención y determinar la figura de la Parte especial en función de la que se responsabiliza al partícipe. Esta aproximación tiene consecuencias precisas en relación con la renuncia, el desistimiento y los deberes de tolerancia. Por último, en este capítulo se explora la relación de dependencia inversa —tanto a nivel fáctico como a nivel normativo— del autor hacia el partícipe, la cual permite afirmar la existencia de una accesoriadad reflexiva.

En el tercer capítulo se analizan específicamente las constelaciones de casos en las que el interviniente colabora con el hecho o lo motiva con anterioridad a que el ejecutor se disponga inmediatamente a la realización del tipo. El supuesto que llama la atención de esta investigación, y que amerita un tratamiento detallado, es aquel en el que el interviniente llegado el momento de la ejecución se desentiende completamente de la actualización típica de su actividad. En contra de lo que podría pensarse, estas hipótesis no son satisfactoriamente resueltas por la doctrina, pues, a diferencia de las intervenciones concomitantes a la ejecución, requieren una explicación adicional en orden a la estricta vigencia de los principios de coincidencia y culpabilidad. Un desarrollo ordenado de estas cuestiones debido a su complejidad e interrelación con otros aspectos de la teoría del delito, demanda realizar una panorámica teórica previa y conectar los problemas de la intervención pre-ejecutiva con otras figuras tales como la coautoría, la autoría mediata y la *actio libera in causa*. Aquí se abre un amplio campo de investigación.

Finalmente, el capítulo cuarto trata sobre la dimensión interna de la accesoriadad, esto es, sobre los requisitos que ha de presentar el hecho principal para dar lugar a una pena de participación. Las implicaciones de exigir un hecho principal de distinta envergadura se refieren fundamentalmente a la posibilidad de admitir una participación en hipótesis en las que el ejecutor obra en error de tipo, justificadamente o sin capacidad de culpabilidad. El disminuir o aumentar la extensión del hecho principal es una modificación sustancial de los elementos sistemáticos que integran el soporte jurídico sobre el que se erige la responsabilidad del partícipe. Esto puede repercutir en el surgimiento de lagunas de punibilidad, con un alto coste para la víctima o, a la inversa, en la validación tácita de una reacción más gravosa contra el infractor. A su vez, el asumir uno u otro modelo afecta las soluciones que se brinden a la pregunta sobre la intervención en los delitos especiales y en los delitos imprudentes.

Todos estos temas se ponen a prueba en el plano teórico, al mismo tiempo que se miran a la luz de casi cincuenta casos prácticos desarrollados gradualmente a lo largo de toda la investigación.

2. *Intensión y extensión de la participación: el bautismo primigenio de la accesoriadad*

Una *definición extensional* de la intervención permite realizar una lista exhaustiva de todos aquellos agentes que tomaron parte en un hecho delictivo. Por ejemplo, para precisar quiénes intervinieron jurídico-penalmente en el homicidio de V basta con enunciar A y P. Una

formulación extensional de este tipo solo es posible si la precede una mirada retrospectiva (*ex post*) de dos pasos sobre la relevancia típica de la conducta [H les pertenece a X y X₁] y la valoración normativa especular de la magnitud de la intervención a la luz del injusto colectivo [X ha hecho/omitido más, entonces es A; X₁ ha hecho/omitido menos, entonces es P]. Pero enumerar la extensión de la intervención es imposible, por ser contingente, mediante un juicio prospectivo (*ex ante*). Sería falso predicar que necesariamente en H, X será A y X₁ será P: quizá frente a la futura ejecución de H, X cambie de parecer y no comience H; quizá iniciada la ejecución, X ignore que el arma proporcionada por X₁ es inidónea para el disparo y así solo consiga intentar H; o tal vez, X desconozca que X₁ le ha proporcionado dolosamente un arma más potente para aumentar el número de víctimas y, en efecto, realice además de H, F y G. Desde esta perspectiva la afectación típica es contingente. Por ende, si se pretende operar con un criterio más preciso que haga operativa a la norma de la participación como directiva de conducta, ha de realizarse una *definición intensional* de la intervención que determine *ex ante* cuál es el significado —normativo o antinormativo— del comportamiento de cada agente, incluso con anterioridad a tener certeza sobre la efectiva repercusión que este tendrá sobre la posición jurídica protegida.

En filosofía la contienda entre descriptivistas y antidescriptivistas gira alrededor de cómo se refieren los nombres a los objetos que denotan: ¿por qué la palabra mesa se refiere a una mesa? O en nuestro dominio ¿por qué para expresar la relación existente entre el hecho del interviniente y la realización típica a manos del ejecutor utilizamos el término accesoriadad? La respuesta del descriptivismo es la obvia, cada palabra es, en primer lugar, portadora de un cierto significado, o sea un cúmulo de características descriptivas: mesa representaría un objeto de una determinada forma que sirve para ciertos fines; accesoriadad se referiría a la relación de dependencia existente entre la actividad del partícipe y la del autor, basada en la idea de que la participación no porta en sí misma su contenido de injusto, sino que lo extrae o toma prestado de un hecho ajeno. Así, la expresión comprendería objetos o comportamientos en la medida en que éstos posean propiedades que la descripción designa¹. La *intensión*, en consecuencia, presentaría una prioridad lógica por sobre la *extensión*. La extensión del principio de accesoriadad, aquel conjunto de comportamientos a los que se refiere, estaría determinada por la intención, las propiedades comprendidas en su significado de dependencia del injusto del autor. La respuesta antidescriptivista, en cambio, es que una palabra está conectada a un objeto o a un conjunto de objetos mediante un acto de “bautismo primigenio” y este vínculo se mantiene aun cuando el cúmulo de rasgos descriptivos, que fue el que inicialmente determinó el significado de la palabra, cambie por completo.

Mientras que los descriptivistas acentúan los contenidos intensionales o internos de una palabra, los antidescriptivistas consideran decisivo su vínculo externo, es decir, la manera en que una palabra se ha transmitido en una cadena de tradición². Por ejemplo, en un determinado momento de la historia de la dogmática, a la relación existente entre partícipe y

¹ Sigo las reflexiones de ZIZEK, *El sublime objeto de la ideología*, 2003, pp. 128 s.

² Véase ZIZEK, *El sublime objeto de la ideología*, 2003, p. 130.

autor se la bautizó con el nombre de accesoriedad³. Más precisamente en la baja Edad Media, la tentación de aplicar conceptos jurídico-civiles en el ámbito del Derecho penal condujo a los juristas italianos a tomar la voz “accesorio” del Derecho civil para expresar la relación existente entre el partícipe y el autor⁴. La naturaleza accesoria de la participación, en aquel entonces, se vinculaba a una caracterización descriptiva de la actividad del partícipe como algo incompleto que dependía de modo absoluto del hecho del autor. Pero esta idea, a lo largo de los siglos y de manera precipitada en la segunda mitad del siglo XX, ha ido cambiando de acuerdo con la evolución de la dogmática penal. De modo que hoy en día ya casi nadie identifica la naturaleza accesoria de la participación con una relación de dependencia absoluta.

Por ende, quizá sería conveniente reemplazar la palabra accesoriedad por otra que represente más fielmente el vínculo existente entre autor y partícipe. Con todo, a pesar de las reflexiones que se realizarán a continuación, no apostaremos por una fractura terminológica⁵. En efecto, si bien razones descriptivistas aconsejan desechar una palabra acuñada para designar una relación que ya no es tal⁶, el conservar una denominación con una larga tradición en la teoría de la intervención compensa la pérdida de rigor terminológico con una ganancia en claridad explicativa. Conforme con ello, no se redefinirá terminológicamente la relación entre el autor y el partícipe; bastando con ser conscientes de su bautismo primigenio⁷. Ahora bien, a lo que sí se está obligado es a intentar una definición intensional del principio de accesoriedad, es decir, a establecer las condiciones necesarias y suficientes que nos posibiliten redefinir su contenido y alcance. Para comenzar, se explicitan sucintamente los puntos de partida metodológicos, cuya enunciación —previa a su desarrollo— es una valiosa carta para controlar la corrección de las determinaciones conceptuales que se realizan a lo largo de la investigación, en orden a alcanzar soluciones sistemáticas derivadas lógicamente.

En primer término, se deja de lado la adscripción en bloque a uno u otro modelo de autoría como premisa mayor del razonamiento para derivar consecuencias sistemáticas secundarias en la teoría de la intervención. Si se hace esto, se abre un amplio campo de investigación, pues volver a transitar aquel camino largamente explorado, tanto desde el modelo restrictivo de autoría como desde los modelos unitario y extensivo, como cabe imaginar, no conduce

³ Sobre la evolución histórica del principio de accesoriedad, en profundidad, SCHLUTTER, «Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme», *Strafrechtliche Abhandlungen* 420, 1941, pp. 5 ss.; POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, 2011, pp. 47 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, reimpr., 2015, pp. 13 ss.

⁴ Así lo explica SCHLUTTER, *Strafrechtliche Abhandlungen* 420, 1941, pp. 13 ss.; BEROLZHEIMER, *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, 1909, pp. 1 ss. citando a BAUER *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, 1904.

⁵ La accesoriedad de la participación obedece fundamentalmente a una necesidad conceptual, en cuanto no se podría hablar de participación sin referirse al mismo tiempo a aquello en lo que se participa, así, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2015, p. 326; POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, 2011, pp. 31 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, 2003, pp. 166 ss.

⁶ HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2002, pp. 20 ss, pone en duda la conveniencia de distinguir un aspecto externo y otro interno en el principio de accesoriedad.

⁷ Si bien antes de la nominación no hay concepto, una vez que este es nombrado, entonces desaparece en su significante y este puede ser dotado de un nuevo significado.

sino a lugares ya descubiertos. Lo anterior implica, desde luego, abandonar la idea del autor como centro de gravedad conceptual de la teoría de la intervención. En segundo término, se pone de relieve la trascendencia político-criminal y dogmática de la distinción entre norma primaria y norma secundaria, la cual es crucial para rediseñar el principio de accesoriadad de la participación y brindar nuevas respuestas a viejos problemas.

3. El principio de accesoriadad de la participación

3.1. Proyección político-criminal: su valor como *mediating principle*

La norma de sanción para los intervinientes está constituida fundamentalmente de manera “accesoria”. Esto significa que en principio la punibilidad de la intervención depende de la presencia de un hecho principal de ciertas características llevado adelante por un tercero⁸. La estructura de la norma de conducta de la participación, por su parte, también presupone un hecho principal al cual se dirige, de allí, el sentido delictivo atribuido a la conducta del cómplice o el inductor incluso antes de la ejecución. De este modo, en ambos niveles normológicos se precisa un hecho principal al cual la intervención se refiere. Esta idea expresada con el término accesoriadad es una manifestación del principio de lesividad. Como regla general la conducta de intervención individualmente considerada no alcanza un umbral de lesividad relevante para ser refutada mediante pena si otro agente no la empuja hacia el tipo penal. Esta idea es concretada por la doctrina mayoritaria mediante el aparato conceptual provisto por el modelo restrictivo de autor y la teoría de la participación en el injusto en tanto explicación del fundamento del injusto de la participación. Pero no es únicamente el principio de lesividad el que subyace al principio de accesoriadad. En rigor, esta formulación omite que su existencia en la teoría de la intervención puede explicarse político-criminalmente como una síntesis entre la lógica de la prevención, el principio de mínima intervención y la garantía individual de proporcionalidad⁹. Cuando el legislador exige la actualización típica de la actividad antinormativa individual del inductor o cómplice procura contener del modo más efectivo las lesiones potenciales para los bienes jurídicos, disminuyendo la intervención del Derecho penal hasta lo estrictamente necesario y así, garantizando la mayor libertad de acción posible para todos los ciudadanos.

La accesoriadad, en consecuencia, y utilizando una terminología más moderna, puede concebirse como un gran *mediating principle*¹⁰ integrado a la teoría de la intervención que

⁸ Así FREUND, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1998, § 10 I 2.

⁹ La accesoriadad de la participación criminal revela de una manera especialmente clara cómo el legislador advierte la necesidad de no concebir al Derecho penal como un mero instrumento sancionador. Sobre esta idea, aunque no específicamente en relación con la teoría de la intervención, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 151 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 386 ss.; ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal» en *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 22 ss.

¹⁰ Expresión traducida a la lengua española como “principio limitador”; poniendo de relieve las dificultades inherentes al contenido semántico de los términos ingleses, SILVA SÁNCHEZ, «Prólogo a la

sintetiza los principios de lesividad, *ultima ratio* y proporcionalidad. Sin embargo, este *mediating principle* no solo se presenta como un límite al *ius puniendi*, sino que, al mismo tiempo, fundamenta la responsabilidad del interviniente. Desde luego, esto ya fue observado con precisión por HERZBERG al distinguir en la accesoriadad un aspecto negativo, orientado a limitar la pena de la participación solo para casos en los que se alcanzara el estadio ejecutivo, y un aspecto positivo, que fundamentaría la imposición de la pena¹¹. Este último aspecto de la accesoriadad ha sido expresado con más claridad por JAKOBS al acentuar que es la división de tareas la que vincula y permite imputarle al partícipe la ejecución de propia mano del autor¹². En este orden de ideas, las dimensiones externa e interna del principio de accesoriadad se presentan, por lo tanto, como complementarias.

Con la construcción de una participación accesoria, ponderando entre la contención efectiva de las lesiones potenciales para las esferas jurídicas de los afectados y la maximización de los espacios de libertad de sus ciudadanos, el legislador procura alcanzar la mayor libertad de acción posible para todos. La aplicación de la norma de sanción al partícipe, lesividad típica y culpabilidad mediante, concreta esta síntesis político-criminal respetando los principios de lesividad, última *ratio* y proporcionalidad. Por ello, el radio de limitación de acción de la norma primaria de la participación suele ser mucho más amplio que el de la limitación de derechos por la norma secundaria. La ausencia de lesividad del comportamiento del partícipe hace que el Derecho no considere proporcional la reacción formal mediante pena, aunque esto no signifique que la intervención se valore como prohibida y hostil frente a la posición jurídica protegida. El comportamiento defectuoso del partícipe, además de haber exteriorizado su déficit de lealtad al Derecho de un modo relevante jurídico-penalmente, debe cumplir con determinados presupuestos para que se detone la aplicación de la norma penal. Según la doctrina académica mayoritaria: un hecho principal típico, antijurídico y doloso que haya alcanzado el estadio ejecutivo. Sin embargo, cuando esto no ocurra, a los eventuales partícipes continúa dirigiéndoseles un mensaje mediante la norma primaria.

3.2 Proyección legal: característica distintiva de los sistemas de intervención

Antes de ser portadora de una función político-criminal, a menudo la accesoriadad es utilizada como denominación de un sistema de responsabilidad del que se derivan distintas consecuencias sistemáticas: la accesoriadad de la participación sería una característica distintiva de un sistema de intervención y la no-accesoriadad de toda intervención lo sería de los sistemas de responsabilidad indiferenciada¹³. Con esto, es mucho más que la ausencia o presencia de un hecho principal como presupuesto de la punibilidad de la intervención lo que subyace a la concepción dogmática de la accesoriadad. En el modelo de responsabilidad diferenciada, se enlazan las intervenciones de los integrantes del colectivo en la norma de

edición española» en *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 13. Véase también, VON HIRSCH, «La tolerancia como *mediating principle*» en *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 163 s.

¹¹ HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 139 s.

¹² JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 4 s.

¹³ Sigo a HAMDORF, *Beteiligungsmoedelle im Strafrecht*, 2002, pp. 17 ss.

sanción, requiriéndose un umbral de lesividad *común* en tanto presupuesto de aplicación de la pena. El hecho principal ha de presentar propiedades precisas como presupuesto de la punibilidad de la participación y, en esta medida es, por así decirlo, una característica del tipo de la participación. Por el contrario, en los modelos de responsabilidad indiferenciada, la responsabilidad de cada agente parece acotarse a la propia actividad también en la norma de sanción, sin depender de la cualidad de la acción ajena o del resultado del injusto. Así, no se distinguen las formas de intervención —o se utiliza para todas las formas de intervención el mismo sistema de imputación— siendo equivalentes los requisitos de la punibilidad de la participación a los de la autoría. Esto no significa otra cosa que en los sistemas unitario o extensivo de autor los requisitos en la norma de sanción son los mismos para todos los intervinientes.

Cuando la accesoriidad hace referencia a un sistema de intervención se traza un cuadro político-criminal, dogmático y legal armónico, en el que sus funciones positiva y negativa en tanto fundamentadora y limitadora del castigo se traducen en una regla dogmática de clausura que irrita y se ve irritada por la letra del Derecho vigente. Sin embargo, este cuadro como *sistema de accesoriidad* es más nominal que real, pues no es verdad que un modelo unitario o extensivo de autoría esté exento de formularse a sí mismo las preguntas medulares de la intervención delictiva. Después de todo, en los sistemas de responsabilidad indiferenciada también es necesario determinar el momento en el que cada agente infringe su norma de comportamiento, su relación con el resto del colectivo y el sentido de la intervención en tanto conducta peligrosa. Por ello, en principio, esta función atribuida a la accesoriidad como caracterización de un sistema de intervención determinado ha de dejarse en suspenso¹⁴.

3.3. Proyección dogmática: su doble operación normológica

El principio de accesoriidad en la teoría de la intervención es un concepto de enlace que vincula dos o más comportamientos al imputar una actividad ajena, en tanto manifestación fenotípica, como propia, en tanto realidad normativa. Mediante la accesoriidad se atribuye sentido delictivo a un comportamiento determinado en un contexto de división de tareas. Como tal, no es unidireccional, pues también se advierte en la relación del autor hacia el partícipe, ni exclusiva de la participación, ya que se aprecia a su vez en los casos de coautoría. A partir de la estructuración normológica de estas ideas, en el nivel de la norma primaria la accesoriidad posibilita realizar un pronóstico de peligrosidad a través del cual se exhorta al agente a que mantenga consigo los argumentos o las condiciones materiales que impulsen en otro un injusto culpable. Mientras que, en el nivel de la norma secundaria permite

¹⁴ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 144 ss., 265 ss., distingue entre lo que serían los modelos de regulación de la codelincuencia establecidos en los Códigos Penales —algunos de los cuales prevén el mismo marco penal para todos los intervinientes en un hecho y otros que castigan de diferente manera en función de la importancia de la aportación— y los modelos teóricos —en los que se podría pensar perfectamente en un sistema unitario de autor en el que se gradúe la pena de los diversos “autores” e igualmente posible sería un sistema diferenciador en el que se castigara a todos los “intervinientes” con la misma pena—.

responsabilizar al interviniente por la acción u omisión de otro agente autorresponsable, debido al proyecto común en el que se han expresado como colectivo. De estas cuestiones trata en detalle esta investigación.

CAPÍTULO I

EL FUNDAMENTO DEL INJUSTO DE LA PARTICIPACIÓN

1. Consideraciones preliminares

Las formulaciones de la doctrina en la búsqueda del fundamento del injusto del partícipe son variadas. El concepto de delito como lesión de un bien jurídico imperante a mediados del siglo XX generó por diferenciación en el marco del modelo restrictivo de autor dos grandes grupos de líneas argumentales: los partidarios de la teoría de la participación en el injusto que concretaron el paradigma causalista en la figura del autor, y los defensores del propio disvalor de injusto de la participación que lo replicaron en la figura del partícipe. Hoy este binomio se encuentra ampliamente superado¹⁵ y frente a sus limitaciones se postulan perspectivas alternativas. A pesar de que estas se presentan como un conglomerado de enfoques contruidos con base en diversos puntos de vista, principios y elementos, se advierte claramente una progresiva —aunque no lineal— evolución teórica en la que han perdurado aquellas ideas que conducen a una normativización de la teoría de la intervención delictiva.

Esta *selección normativa* marca la tendencia de la dogmática jurídico-penal moderna y explica que planteamientos de hace más de medio siglo aún hoy nos continúen interpelando. Ahora, si bien es cierto que los enfoques modernos comparados con sus predecesores han abandonado gradualmente la perspectiva predominantemente naturalista, hay algo en lo que permanecen en general estancados: no han resuelto las tensiones teóricas entre la autonomía y la dependencia del injusto del partícipe. Pues mientras resulta muy difícil de asimilar a la luz del principio de autorresponsabilidad la idea de un injusto del partícipe dependiente del injusto del autor, la idea opuesta de la participación como delito autónomo no tiene problemas para respetar el principio del hecho.

2. Panorámica teórica

2.1. Sobre el criterio de clasificación propuesto

A pesar de los diversos caminos que pueden explorarse para explicar el fundamento del injusto de la participación, quienes tematizan sobre esta cuestión no pueden obviar que la participación ha de tener como objeto de referencia un hecho típico [*Teilnahme als Bezugsbegriff*], exigencia derivada tanto del principio de lesividad como del principio de legalidad. Sin embargo, la aproximación metodológica al papel absolutamente central del hecho al que se refiere la participación, tolera interpretaciones diversas, las cuales se

¹⁵ En efecto, tal como pone de relieve LÜDERSSEN, «Der Typus des Teilnehmertatbestandes», *FS-Miyazawa*, 1967, p. 25, la manualística contemporánea desde hace tiempo pasa por alto categorizaciones diferenciadoras más precisas.

aprovechan para construir tres criterios categoriales que abarcan los planteamientos más relevantes sobre el fundamento del injusto de la participación¹⁶.

- a) Proyección del injusto de la participación *hacia fuera*. Esto sucede cuando la participación se construye con base en un hecho ajeno y la (dis)valoración de la conducta del interviniente *depende* de la actividad desplegada por el ejecutor. En esta primer categoría (2.2.) desarrollaré los programas que identifican el contenido de injusto de la participación con *el impulso que cómplice e inductor dan a la realización típica del autor*. Aquí se ubican la teoría de la participación en el injusto y sus diferentes versiones.
- b) Proyección del injusto de la participación *hacia dentro*. A diferencia del punto de partida anterior, la participación toma su pleno contenido de injusto de la actividad individual del interviniente, independientemente de la existencia o sentido de la conducta del ejecutor. Aquí se comprenden los planteamientos que postulan la participación como una forma autónoma de lesión: *inductor y cómplice responden por su propio hecho delictivo más allá de que se alcance el estadio típico*. En esta segunda categoría (2.3.), se encuentra, por un lado, la denominada teoría pura de la causación y, por otro, las teorías de la corrupción. Si bien ambas realizan conceptualizaciones diametralmente opuestas, comparten la autonomía del injusto del partícipe respecto del injusto del autor. Por último, dentro en este grupo se ubican las teorías de la solidarización con el injusto del autor y del abuso del Derecho, tematizaciones que más recientemente también buscan emancipar al interviniente de la figura del ejecutor.
- c) Proyección *especular* del injusto de la participación. En esta categoría (2.4.), el objeto de referencia de la intervención se construye en un ida y vuelta reflexivo en el que la solidez de los polos que constituyen la autoría y la participación se pierde hasta fundirse en la obra común que es el delito¹⁷. Según esta propuesta, el hecho delictivo le pertenece a todo el colectivo que lo hace posible y no ya exclusivamente al autor o al partícipe.

¹⁶ Sin pretensión de exhaustividad, otras clasificaciones propuestas por la doctrina: LÜDERSSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 449, forma dos grandes grupos de opiniones, las relativas a la responsabilidad del partícipe por la lesión *mediata* del bien jurídico (comprendiendo tanto las teorías de la participación en el injusto ajeno como las teorías de la causación de un injusto propio) y las relativas a la lesión *inmediata* de la integridad del autor (que pueden consistir en su injusto o en su culpabilidad). Lo sigue en lo esencial SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 732 ss. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp. 44 ss. antes de desarrollar su conocida tesis sobre el fundamento del injusto del partícipe, pone de relieve que en lo esencial se trata de dos doctrinas distintas, las que se combinan entre sí y con otras: la teoría pura de la causación, por un lado, y la teoría de la participación en el injusto o teoría de la causación orientada a la accesoriedad, por otro. ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito*, 2003, pp. 120 ss. distingue teorías tradicionales y nuevas tendencias. MIRÓ LINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 48 ss. separa los intentos de fundamentación autónoma de los intentos de fundamentación derivada haciendo referencia, a su vez, a nuevas tendencias. El resto de los autores y de la manualística contemporánea, en general, luego de realizar una breve referencia histórica a las teorías de la corrupción, cuando estas no son simplemente ignoradas, presenta las diversas concepciones sin un criterio específico, según la relevancia dada en su fundamentación al principio de accesoriedad, así, RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 8ª ed., 2014, §§ 50/9 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., 1996, § 64 I 1 ss.; ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, §§ 26/11 ss.; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 22/1 ss.; FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7ª ed. 2015, §§ 25/4 ss. STRATENWERTH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2011, 12/116 ss.; MIR PUIG, *Derecho penal, Parte General*, 10ª ed., 2015, lecc. 15, nm. 29 ss.

¹⁷ La capacidad de rendimiento de esta clasificación puede aumentar si se perfilan sus contornos. Que el interviniente ha de proyectar su actividad especularmente significa que es capaz de ver *detrás* y *delante* de sí al momento de realizar su contribución al hecho común. Ha de comprobarse que el interviniente tenía

Antes de desarrollar dichas categorías, es necesario recordar que *el contenido de la prohibición* de la que es destinatario el interviniente no ha de ser confundido con *la razón de su castigo*. Frecuentemente cuando se habla del fundamento de la responsabilidad en la participación son empleados como sinónimos los términos “fundamento del injusto” y “fundamento del castigo” (adaptadas en función de la palabra alemana *Strafgrund*), usanza que puede ser admitida en sentido amplio pero que técnicamente alude a problemas distintos. La pregunta sobre el fundamento del injusto de la participación y el fundamento de su castigo se corresponden con dos niveles analíticos distintos, a saber, el de la antijuridicidad y el de la sancionabilidad o punibilidad, respectivamente. En consecuencia, primero cabe elucidar la razón por la que la cooperación en un hecho principal que ejecuta un tercero es contraria a Derecho y, acto seguido, cuáles son los presupuestos bajo los cuales ha de refutarse su hecho mediante el recurso a la pena¹⁸. Este punto de partida normológico guiará tanto el desarrollo conceptual inmediato, como las hipótesis que se arriesgarán en momentos posteriores de esta investigación.

2.2. Responsabilidad del partícipe por intervenir en un hecho ajeno

Es usual que en Derecho penal la autoría se entienda como un concepto primario delimitado a través del llamado dominio del hecho, mientras que las formas de intervención se definan como una causación accesoria subordinada al hecho principal¹⁹. Esto implica entender a la participación como un concepto de referencia, diseñado fundamentalmente a partir del hecho punible ejecutado por el autor²⁰. Desde esta perspectiva, las descripciones de delitos de la Parte Especial comprenden solo la ejecución en concepto de autor de quien comete el hecho por sí mismo, funcionando el castigo de la participación como una ampliación de la punibilidad²¹. Entonces, condición de posibilidad de la participación es que el interviniente

capacidad de ver sobre sus hombros para descartar una hipótesis de autoría mediata: el partícipe no debe ser un instrumento. Por otro lado, su conducta debe insertarse verticalmente (con dolo o imprudencia) en una red de significado articulada: el partícipe debe ser capaz ver delante de sí para que su actividad se dirija hacia la obra común que comparte con el ejecutor del hecho delictivo —descartándose así, por ejemplo, una autoría paralela—. Por último, es imprescindible que el interviniente pueda mirar *en sí*, es decir, que tenga capacidad de culpabilidad en tanto sujeto al que le es cognoscible el contenido de la directiva de comportamiento y las consecuencias de su conducta.

¹⁸ Abiertamente RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 50/23; EL MISMO, «Normbegründung und Zurechnung», *disertación*, Universidad Pompeu Fabra, 2013, p. 20; GÖSSEL, «Überlegungen zum sog. Strafgrund der Teilnahme», *FS-Spinellis*, t. I, 2001, pp. 379 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 117; MURMANN, «Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal», *Revista del Poder Judicial*, 53, 1999, p. 155, nota 13; JAKOBS, *AT*, 1991, 22/1; HEGHMANN, «Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Antiftung», *GA*, 2000, p. 474 nota 8.

¹⁹ Lo advierte KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 497 s.

²⁰ Liderando la marcha de la doctrina mayoritaria en esta dirección ROXIN, *AT*, 2006, §§ 25/10 ss.; EL MISMO, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2000, § 40.

²¹ Así ROXIN, *AT*, 2006, § 25/5. JAKOBS, *AT*, 1991, 22/6 observa que también se han presentado como ampliaciones de la punibilidad la coautoría y la autoría mediata. Pero estas ampliaciones en concepto de autor vinculan la responsabilidad a la configuración de la concreta realización del tipo o a la decisión sobre si ésta se lleva a cabo.

no haya realizado el tipo penal²². La relación básica entre la infracción del deber directamente originado por la prohibición típica —tipo de autoría— opera como condición lógica de la infracción del deber contenido en la norma derivada —norma de participación—.

Ahora bien, como el pensamiento mayoritario quiere presentar al ilícito del partícipe necesariamente ligado al hecho principal, se suele decir que la pregunta crucial consiste en determinar por qué la ley amenaza con pena no solo la conducta adecuada al supuesto típico, sino también su inducción o favorecimiento. Dado que para el concepto restrictivo de autor el injusto del partícipe es distinto al del autor y la categoría de la participación constituye una ampliación de la punibilidad en la Parte general respecto de la determinada por las figuras penales de la Parte especial, debe definirse cuál es el fundamento de tal extensión. Pero esta cuestión no es exclusiva de los sistemas de responsabilidad diferenciada, sino que también atraviesa la discusión sobre la codelinuencia en los sistemas unitarios de autoría. Piénsese que, en este marco, ha de contestarse por qué se castiga a un agente distinto de aquel que actúa de manera autorresponsable en último lugar (en lo que desde luego sería un entendimiento elemental de la prohibición de regreso)²³. De este modo, la pregunta de *por qué se castiga al partícipe* —estrictamente cuál es el fundamento de su injusto— se traduce en los sistemas unitarios de autoría como una pregunta sobre la legitimidad del castigo de aquel *autor* que, a pesar de contribuir causalmente al resultado típico, lo hace en un momento anterior a la intervención de otro *autor* que se comporta de manera típica, antijurídica y culpable.

A continuación, se analizan las explicaciones brindadas en el marco de las “teorías de la participación en el injusto”²⁴. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias abrazan este

²² RUIZ ANTÓN, «El fundamento material de la pena en la participación», *CPC*, 11, 1980, p. 47 piensa a la participación como un concepto superior comprensivo de los distintos modos de intervenir en un delito no constitutivos de una conducta de autor.

²³ Véase HRUSCHKA, «Regreßverbot, Antiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW* 110, 1998, pp. 586 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fabrlässige Beteiligung*, 1997, pp. 131, 151.

²⁴ En lo que sigue utilizaremos esta denominación para abarcar aquellas propuestas que en líneas generales derivan el injusto del partícipe total o parcialmente del injusto del autor. Sobre la falta de claridad terminológica presente en este grupo de teorías, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 12, nota 8. Por su parte, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 122 describe la confusión terminológica y opina que este escenario pone de manifiesto la inseguridad y la falta de unanimidad existente con la que se mueve la doctrina en este dominio. “Desde el punto de vista de las consecuencias, la cuestión de si se designa a esta concepción como teoría de la causación orientada a la accesoriedad, como teoría del ataque accesorio al bien jurídico o, asimismo, como teoría de la participación en el injusto, carece de importancia”. Para FRISTER, *AT*, 25/28, nota 53 las presuntas diferencias resultan solamente de que los defensores de la doctrina del ataque accesorio al bien jurídico toman al pie de la letra algunas formulaciones equívocas de la teoría de la causación orientada a la accesoriedad y, por lo tanto, la interpretan de otra manera a como realmente fue pensada. La jurisprudencia de RG considerada comúnmente como origen de esta teoría, infirió la necesidad de un dolo del partícipe dirigido a la consumación del hecho, a partir de que él colabora en una de las “acciones peligrosas en común”, amenazadas con pena en la Parte especial (RGSt, t. 15, pp. 315 y 316). Con acción peligrosa en común no se pretendía decir otra cosa que la lesión o puesta en peligro para el bien jurídico protegido, de manera que esta jurisprudencia se correspondía desde ya con la doctrina del ataque accesorio al bien jurídico.

enfoque²⁵. No obstante, esto no dice mucho, puesto que se trata sencillamente de un consenso fáctico en el orden nominal que poco tiene que ver con su variado contenido, el cual en algunos casos llega a poner en tela de juicio su propia matriz. ROXIN denomina a su interpretación teoría del ataque accesorio al bien jurídico [*Teilnahme als akzessorischer Rechtsgutsangriff*]²⁶; STRATENWERTH, por su parte, se posiciona como partidario de la teoría de la participación en el injusto [*Unrechtsteilnahmetheorie*]²⁷; mientras que JESCHECK prefiere nombrarla teoría de la causación orientada a la accesoriedad [*akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie*]^{28 29}.

2.2.1. Teoría de la participación en el injusto [WELZEL, ROXIN, STRATENWERTH]

2.2.1.1. Presentación

El genotipo común de estas teorías se encuentra en la formulación de WELZEL, denominada en retrospectiva como teoría de la participación en el injusto (en sentido propio)³⁰. En este planteamiento juega un papel absolutamente central el modelo restrictivo de autor: el partícipe no realiza la conducta descrita en el tipo penal de la Parte especial —no afecta directamente el bien jurídico— sino que favorece o provoca su realización a través del autor, tomando parte en una ejecución que le es ajena. Así, en el marco de estos planteamientos *autor es sinónimo de ejecutor y partícipe de no ejecutor*. En consecuencia, no es difícil advertir la importancia que adquiere la autoría en el fecundo trabajo de WELZEL como eje principal de la construcción de su teoría de la intervención. “Injusto es injusto personal, ello significa, que a él le es esencial la relación con el autor [...] La doctrina del autor tiene que constituir el centro de acción personal del injusto”³¹.

Para WELZEL el ataque del partícipe al bien jurídico es antijurídico en tanto se presenta como una acción socialmente insoportable [*sozial unerträglichen Handlung*]³². La accesoriedad

²⁵ Con referencias jurisprudenciales al RG y el BGH, FRISTER, *AT*, 2015, 25/28 s.; con referencias a sentencias del TS, MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 15, nm. 33.

²⁶ ROXIN, *AT*, 2006, § 26/11.

²⁷ STRATENWERTH, *AT*, 2011, 12/115 ss.

²⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 64 I 2.

²⁹ En esta primera clasificación también se ubican, entre muchos otros, HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2002, p. 20; FRISTER, *AT*, 25/28; MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 15, nm. 30 s.; WESSELS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2010, 13/551.

³⁰ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 10 ed., 1967, § 16 I 1 ss.

³¹ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, § 15 1.

³² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, § 16 2. La idea de que el partícipe se vincula a una acción socialmente intolerable será tomada luego por SCHUMANN para construir su teoría de la solidarización con el injusto ajeno (ver *infra*). Detalladamente sobre el origen y los alcances del concepto welzeliano de injusto, JESCHECK, «Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre», *ZStW*, 73, 1961, p. 203 ss.; más moderno y desde otro punto de vista, LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 149 ss.; también desarrollando críticamente el concepto personal de injusto welzeliano y su relación con el principio de accesoriedad limitada, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 274 s.

entendida como una relación de dependencia entre el injusto del partícipe y el injusto del autor, constituiría la esencia de la participación. Participar es contribuir al injusto del autor en tanto ejecutor. Esta idea que nos es tan familiar ha sido asumida —aunque con correctivos— por un gran número de autores tanto en Alemania como en España:

“La opinión dominante, parte, con razón, de que también el ilícito de la participación se deriva de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo penal. Así como a los coautores le son imputables las aportaciones al hecho de sus codelincuentes, a los inductores y cómplices también les es imputable la acción del autor, y, por lo tanto, se los responsabiliza de la lesión o puesta en peligro realizada por medio de esa acción [...] El partícipe es penado porque él colabora con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico típicamente protegido”³³.

“La teoría del favorecimiento responde a la concepción de la participación mantenida por la doctrina y la jurisprudencia españolas. Al acoger la fórmula de la accesoriadad limitada de la participación, según la cual basta para ésta un hecho antijurídico del autor, aunque ésta no sea culpable [...] y el TS parece moverse en la misma línea al caracterizar la esencia de la inducción no como forma de corrupción del inducido [...], sino como ‘causa de la ejecución del hecho antijurídico y típico’”³⁴.

A pesar de que esta teoría cumple con la condición de atribuir un rol claro a la idea de accesoriadad, la crítica en su contra ha sido intensa. Por esto, los entendimientos ulteriores la refinan gradualmente y suman a su instrumental original ciertos correctivos que intentan superar sus problemas. Entre ellos, puede mencionarse a ROXIN, uno de sus principales representantes, quien construye su tesis con base en la teoría de la participación en el injusto, pero se diferencia de ella, al incluir ingredientes tomados de otras teorías. A menudo también denominada por su autor como “teoría mixta”³⁵ postula un injusto de la participación que se deriva en parte del hecho del autor, pero que, a su vez, realiza un tímido reclamo de soberanía frente a aquel. Impronta de ROXIN —y no solo en lo que respecta al ámbito de la intervención delictiva— es su temperamento conciliador en relación con las soluciones que propone para los diversos grupos de problemas que plantea la teoría del delito: desde su teoría de la unión en los fines de la pena hasta su teoría del fundamento dualista de la legítima defensa. Su interpretación sobre el fundamento del injusto del partícipe no es una excepción a esta forma de aproximación metodológica.

“El injusto de la participación se deriva en parte del injusto del autor, pero también en parte es independiente y autónomo. Es derivado del injusto del autor en la medida en que es accesorio: el injusto doloso, el que el autor realiza, se imputa también al partícipe que colabora (con una disminución de la pena para la complicidad). Pero es autónomo, en la medida que esta imputación solo se produce cuando la colaboración en el hecho del autor al mismo tiempo representa un ataque propio del partícipe al bien jurídico”³⁶.

³³ FRISTER, *AT*, 2015, 25/28. También, con referencias a la doctrina del BGH, ROXIN, «Zum Strafgrund der Teilnahme», *FS-Stree Wessels*, 1993, p. 369 y JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 64 I 2.

³⁴ MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 15, nm. 33.

³⁵ ROXIN, *FS-Stree Wessels*, 1993, p. 380.

³⁶ ROXIN, *AT*, 2006, § 26/11; EL MISMO, *FS-Stree Wessels*, 1993, pp. 365 ss.

Para ROXIN el injusto del partícipe se explica *principalmente* con base en el injusto del autor, el cual se le imputa al partícipe, pero no *completamente*, pues al mismo tiempo, hay ciertos elementos que el partícipe no puede tomar prestados del hecho del autor³⁷. Entre ellos se destacan estructuralmente tres. Primero, el partícipe debe actuar con dolo propio de consumación³⁸. El dolo no es un elemento accesorio y ello permite explicar la impunidad del agente provocador, ya sea que intervenga como cómplice o inductor. Segundo, si bien el partícipe ataca el mismo bien jurídico que el autor del hecho principal, para que la participación sea punible debe estar protegido también contra sus ataques³⁹. Este correctivo le permite a ROXIN dar una solución adecuada a los casos de participación necesaria, intervención en una autolesión y *sustracción* de una cosa propia⁴⁰. Por último, el destacado profesor alemán también recorta la idea de la causación mediata de la lesión al bien jurídico al exigir que la conducta del partícipe aumente antijurídicamente el riesgo de producción del resultado⁴¹. Con este tercer elemento se descartan aquellas conductas neutrales que si bien causan el resultado no tienen sentido delictivo⁴².

No muy lejos, JESCHECK entiende que el fundamento de la pena en la participación reside en que el partícipe ocasiona una acción típica y antijurídica por medio de la determinación del dolo del hecho o a través del apoyo psíquico o material, debiendo la voluntad del partícipe estar dirigida a la ejecución del hecho principal⁴³. Según el autor citado, solo esta teoría es compatible con la ley, quedando en claro que el partícipe no lesiona por sí mismo la norma de comportamiento contenida en el tipo delictivo, sino que su injusto reside en que co-causa la lesión de la norma del autor. Por lo tanto, la medida y el fundamento del injusto del partícipe es dependiente del injusto del hecho principal. STRATENWERTH, de igual forma, abraza la teoría de la participación en el injusto:

“El fundamento penal de la participación, según lo dicho, solo puede ser hallado principalmente en que el inductor y el cómplice contribuyen a la realización del injusto que comete el autor (*Unrechtsteilnahmetheorie*). El partícipe no cumple por sí mismo los tipos penales descritos en la Parte especial del StGB, sino que infringe la prohibición derivada, codificada en los §§ 26 y 27, de inducir

³⁷ Uno de los argumentos que presenta ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/287 ss. es que no hay otro modo de explicar que los límites mínimo y máximo de la pena del partícipe se establezcan en función de la escala penal del injusto del autor, al mismo tiempo que, la graduación individual de la pena de aquel dentro de ese marco penal oscila en función de ciertos elementos que son independientes.

³⁸ ROXIN, *FS-Stree Wessels*, 1993, p. 372 ss.; EL MISMO, *AT*, 2006, §§ 26/6 s., 26/35 ss.

³⁹ ROXIN, *FS-Stree Wessels*, 1993, pp. 370 ss.; EL MISMO, *AT*, 2006, §§ 26/8 s.;

⁴⁰ Igualmente FRISTER, «Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme», *FS-Dencker*, 2012, p. 130, quien a partir de su interpretación de la participación como una contradicción de una norma propia a través de la intervención en una lesión de un bien jurídico ajeno, requiere para el castigo del partícipe que la lesión al bien jurídico llevada adelante por el autor principal también esté prohibida bajo amenaza de pena contra él. La víctima de una tentativa de homicidio a petición no contradice con su acción de inducción por sí misma la prohibición de matar a otro y, por lo tanto —incluso si al mismo tiempo colabora— no es punible por inducción o por cooperación en un homicidio a petición. Esto también vale para el reo que induce a otro a que frustrar su condena: él no contradice por sí mismo con su acción de inducción la prohibición de frustrar la condena de otro y análogamente no es punible por inducción.

⁴¹ ROXIN, «Was ist Beihilfe?», *FS-Miyazawa*, 1995, p. 501; EL MISMO, *AT*, 2006, § 26/6.

⁴² ROXIN, *AT*, 2006, § 26/218.

⁴³ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 64 I 1 ss.

a otro a realizar un comportamiento típico o de apoyarlo en dicha conducta. El contenido de injusto de la participación se determina, por lo tanto, primariamente según el injusto del hecho al que ella se presta”⁴⁴.

A STRATENWERTH se lo sitúa como representante de diversas teorías⁴⁵. Si bien este autor en la 6ta. versión de su manual se enrola detrás de la tradicional teoría de la participación en el injusto⁴⁶, lo cierto es, que la dota de un contenido que lo coloca en un lugar más cercano a la versión de la teoría del ataque accesorio al bien jurídico, tal como la diseña ROXIN. Ello en tanto, asume los principales correctivos propuestos por la teoría mixta frente a la versión original de la teoría de la participación en el injusto. “Este pensamiento no impone la conclusión contraria de que la inducción o favorecimiento de un hecho que se presenta en la persona del autor como un injusto jurídico-penalmente relevante, siempre deba serlo también en la persona del partícipe”⁴⁷. El bien jurídico debe estar protegido tanto contra los ataques del autor como contra los ataques del partícipe. Para entender esto, STRATENWERTH pone el ejemplo de la tentativa de homicidio a petición (§ 216 StGB): “dado que la vida del individuo no está protegida jurídicamente contra él mismo, la ‘inducción’ cometida por la víctima sobreviviente no configura un ilícito”⁴⁸.

2.2.1.2. Valoración crítica

En muchos lugares se ha señalado que la versión original de la teoría de la participación en el injusto se encuentra frente a problemas de difícil solución⁴⁹. Aun aceptándose sus premisas metodológicas —concepto de acción final y modelo restrictivo de autor—, las cuales como es sabido no están exentas de toda crítica, el injusto doloso, en tanto objeto de referencia de la participación accesorio tendría consecuencias sistemáticas difíciles de admitir. Así, no se conseguiría explicar la impunidad del partícipe necesario⁵⁰; del mismo modo que, injusto pleno serían los casos de intervención de un *agent provocateur* y los de participación por error del titular del bien jurídico que lesiona el autor principal, pues en todas estas hipótesis existe una intervención en una conducta típica, antijurídica y dolosa⁵¹. Dicho de otro modo, en todos estos casos se hace posible un hecho ajeno y, si es este el hecho que se le imputa al interviniente, no sería fácil —sin acudir a soluciones *ad-hoc*— liberarlo de responsabilidad⁵².

⁴⁴ STRATENWERTH, *AT*, 2011, 12/121.

⁴⁵ Así lo advierte ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito*, 2003, p. 122.

⁴⁶ STRATENWERTH, *AT*, 2011, 12/116 ss.

⁴⁷ STRATENWERTH, *AT*, 2011, 12/121.

⁴⁸ STRATENWERTH, *AT*, 2011, 12/121.

⁴⁹ En detalle LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 63; EL MISMO, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 450 (este autor la denomina teoría de la causación orientada a la accesoriedad).

⁵⁰ La expresión “participación necesaria” [*notwendige Teilnahme*] en la dogmática alemana hace referencia a aquellos delitos que presuponen la intervención de varias personas, entre las cuales alguna de ellas no está amenazada con pena (por ej. en la usura, el sujeto que acepta la usura; en la estafa, quien realiza la disposición patrimonial perjudicial; en la inducción al suicidio, el que se autolesiona). Véase, ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/41 ss.

⁵¹ Véase LÜDERSSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 450.

⁵² Véase JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 20 s.

Por otra parte, esta interpretación no explica satisfactoriamente la coautoría, pues todo coautor hace posible, con su contribución, el injusto de los otros, duplicándose de este modo el delito y apareciendo junto con la autoría la participación en concurso⁵³. En suma, la dependencia del injusto de la participación con respecto al injusto del hecho principal ya en una primera aproximación dogmática en casos de mediana complejidad genera problemas sistemáticos de difícil solución⁵⁴.

Pero la situación anterior tampoco se encuentra superada en la tesis de ROXIN, pues el equilibrio sistemático pretendido por la teoría del ataque accesorio solo es posible si se paga un alto precio metodológico. Si bien es cierto que la única manera de avanzar en la discusión sobre el injusto del partícipe es buscar una síntesis entre los progresos realizados por la dogmática de la teoría de la intervención delictiva a modo de diálogo —así lo proponemos en lo sucesivo—, ello no supone necesariamente un temperamento ecléctico, el que, al fin de cuentas, detrás de nuevas etiquetas y soluciones de compromiso, acumula los déficits de los extremos que intenta conciliar⁵⁵. Piénsese que, aceptar un injusto de la participación en parte propio y en parte ajeno, no hace más fácil resolver un caso cuando en un comportamiento de intervención falte el ataque individual al bien jurídico —por ejemplo, porque este no estuviese protegido frente a él— pero exista una co-causación de un injusto ajeno. E igual de despistado se estaría en el caso inverso, cuando a pesar de tener un ataque del partícipe al bien jurídico protegido, lo que no se hallara fuera un hecho principal —por ejemplo, porque el autor obra en error—. Para representar el primer supuesto, imagínese el caso del heredero verdadero que no sospecha serlo e interviene auxiliando en un hurto contra los presuntos herederos⁵⁶.

En el ejemplo, el bien jurídico no está protegido frente al ataque del partícipe (él es heredero y por lo tanto titular de los bienes que son *sustraídos*), pero sí frente al ataque del autor que no es heredero (el cual es en parte co-causado por el partícipe). Entonces la pregunta es: ¿qué se le imputa y qué se le deja de imputar al partícipe si su injusto es mixto? ¿Cuál criterio se aplica y con base en qué? En rigor, si el partícipe respondiese en virtud del principio de accesoriedad porque se le imputa el injusto doloso que realiza el autor por él favorecido, se habría de concluir que el heredero es cómplice de hurto contra sus propios bienes. Frente a este resultado difícil de aceptar, ROXIN objetaría que ello no es correcto, en cuanto el bien jurídico no está protegido contra de los ataques de quien es su legítimo titular; pero esta réplica —construida con elementos tomados de la tesis de LÜDERSSEN— no hace más que poner en relieve que el fundamento anterior por sí mismo es inconsistente. Por el contrario,

⁵³ Así JAKOBS, *AT*, 1991, 22/3.

⁵⁴ Críticamente también HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, pp. 131 s.

⁵⁵ Así lo advierte BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 253. HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 133, piensa que el concepto de ROXIN es poco convincente al combinar dos explicaciones heterogéneas que se excluyen mutuamente una con otra. Por su parte, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 133, entiende que “una teoría puede ser ecléctica en sus fundamentos, pero nunca en sus soluciones. El injusto del partícipe o es autónomo o es derivado, pero, en todo caso, no puede describirse añadiendo dos partes heterogéneas de accesoriedad y ataque propio al bien jurídico”.

⁵⁶ El ejemplo es de JAKOBS, *AT*, 1991, 22/8.

si se toma en serio la idea de un injusto de la participación autónomo e independiente, debería afirmarse la impunidad del heredero, pues mediante su conducta no lesiona ningún bien jurídico; resultado que tampoco es suficiente, debido a la presencia de un disvalor de acción que algún lugar debe encontrar en la solución sistemática del caso. También coloca en una situación incómoda a los partidarios del injusto mixto de la participación, aquel supuesto inverso al presentado en el párrafo anterior, en el que, si bien parece haber un ataque individual del partícipe contra el bien jurídico, lo que falta es el injusto del autor, porque, por ejemplo, este obra en error.

En efecto, la teoría mixta, en la que predomina el genotipo de la teoría de la participación en el injusto⁵⁷, no consigue disolver las tensiones entre la autonomía y la dependencia del injusto del partícipe, sino que las acentúa hasta convertirlas en contradicciones. Un punto de partida metodológico que acuda a diversos principios sin un criterio supra-ordenador que oriente en la práctica hacia cuál de ellos debe acudir lógicamente en busca de una solución, no conduce a un terreno firme y acaba reproduciendo los déficits de los puntos de vista que se intenta armonizar. Procedimiento que como es fácil imaginar se traduce inmediatamente en dificultades sistemáticas concretas, salvo que —como hace ROXIN— se empareche el punto de partida inicial con criterios *ad-hoc*⁵⁸. Si la participación es un concepto secundario necesariamente subordinado al de autoría, pero no exclusivamente derivado de éste, lo que aquí queda abierto es cómo se explica ese resto de participación que no se resuelve mediante la accesoriadad, entendida exclusivamente como dependencia del injusto principal. La teoría mixta intenta conscientemente deshacerse de los defectos congénitos de la teoría de la participación en el injusto y los acaba reproduciendo inconscientemente, sin responder concretamente en qué consiste el injusto del partícipe⁵⁹.

A pesar de estos problemas, no debe desconocerse que la formulación de ROXIN es superadora de la versión original, en tanto “si bien es cierto que en la teoría del ataque accesorio al bien jurídico la participación también se define esencialmente a través del injusto del hecho principal, sus partidarios consideran indispensable, a diferencia de lo que sucede en la teoría de la participación en el injusto, poner en relación el bien jurídico lesionado con la propia conducta del partícipe”⁶⁰. Brevemente, para ROXIN el bien jurídico que lesiona el autor también debe estar protegido frente al partícipe para que su intervención sea punible como injusto pleno. Si bien como hemos visto, ello no termina de explicar casos como los

⁵⁷ El cual se comprueba al apreciar el lugar protagónico que le confiere ROXIN a la causalidad en la complicidad: “Toda complicidad debe —para los delitos de comisión, en primer lugar— ser causal para el resultado. Este requisito se sigue de que la causalidad para toda comisión de un hecho punible consumado (y entonces también para la complicidad) es el presupuesto fundamental de la imputación”, ROXIN, *FS-Miyazawa*, p. 501. Crítico MURMANN, *Revista del Poder Judicial*, p. 157, para quien «sería erróneo identificar la acción de complicidad con una causación del concreto hecho principal en sentido naturalístico».

⁵⁸ Ello lleva a ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/36 ss., por ejemplo, a aceptar una *lamentable* laguna de punibilidad en los casos en que el partícipe supone erróneamente que el autor obra dolosamente.

⁵⁹ “También fracasa la explicación de la participación a través de la teoría del ataque accesorio al bien jurídico, ya que la pregunta de por qué el inductor y el cooperador pueden ser perseguidos jurídicopenalmente continúa abierta”, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 134.

⁶⁰ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 123.

presentados, si permite, al menos, diagnosticar el problema. Ya que la teoría tradicional de la participación en el injusto, al no realizar estas precisiones se encontraba en una situación incómoda, no solo para resolver los casos de ataque en error a los propios bienes o la falsa suposición de un autor doloso, sino a su vez para negar el castigo del *agent provocateur* y del partícipe necesario —quienes también “intervienen” en una conducta típica, dolosa y antijurídica—.

Sin lugar a dudas, la aportación fundamental de las teorías aquí agrupadas es aceptar y difundir que tanto autor como partícipe lesionan el mismo bien jurídico y que éste debe estar protegido contra los ataques de ambos —como bien reconoce ROXIN⁶¹, el primero en poner en relieve tal circunstancia fue LÜDERSEN⁶²—. Sin embargo, el problema crucial de los defensores de la teoría de la participación en el injusto (y sus variantes) es el concepto restrictivo de autor que asumen como premisa metodológica principal de su razonamiento. El traslado directo de la lógica con la que se resuelven los casos de autor único a los casos de pluralidad de agentes, genera un efecto perturbador en la teoría de la intervención delictiva. Identificar, como lo hacen WELZEL o ROXIN, al hecho típico solamente con la conducta que despliega el autor, deja a los partícipes en una situación dogmática difícil de sostener a la luz del principio de autorresponsabilidad. Ello en tanto “no se fundamenta por qué un mero comportamiento causal y accesorio aunque no típico en sentido estricto, *en general* debe ser merecedor de pena, cuando es *otro* el que origina de manera autorresponsable el resultado desaprobado jurídicamente”⁶³. Es decir, la explicación causal en el marco del concepto restrictivo de autor solo nos brinda una definición negativa del partícipe como *no ejecutor*, sin dejar en claro cuál es el disvalor de acción contenido en el favorecimiento o determinación mediata de la realización del resultado típico.

Y el diagnóstico anterior es válido también para las versiones de JESCHECK, FRISTER, STRATENWERTH y MIR PUIG, en las cuales los problemas de la clásica teoría de la participación en el injusto siguen latentes. Estas formulaciones no solo padecen un bajo rendimiento en orden a la resolución sistemática de los casos complejos de intervención delictiva, sino que, además, trabajan metodológicamente con categorías marcadamente naturalistas⁶⁴, forjando un concepto de accesoriedad como dependencia del hecho del autor en donde el recurso a un conglomerado de principios solo tiene la función de justificar *ex post* soluciones político-criminalmente correctas. Así, ya en esta temprana etapa de la investigación, ha de descartarse dicha metodología, según la cual las debilidades del principio de accesoriedad son amortiguadas con elementos tomados de las teorías que proponen la

⁶¹ ROXIN, *AT*, 2006, § 26/31.

⁶² LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 131; EL MISMO, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 454.

⁶³ LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992 p. 173. En la misma línea, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, pp. 44 ss. y HAAS, *Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen*, 2008, pp. 132 s.

⁶⁴ Pone en relieve la marcada perspectiva causal de la complicidad en la tesis de WELZEL y ROXIN, SCHAFFSTEIN, «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», *FS-Honig*, 1970, pp. 174 ss.

autonomía del injusto del partícipe⁶⁵, sin explicitar cuál es el silogismo argumentativo que la precede.

En resumen, frente a las teorías agrupadas en este apartado, la lección teórica es doble. Por un lado, no es suficiente la idea de que el interviniente no ejecutor responde por algo ajeno, es decir, de que simplemente se le imputa el injusto del ejecutor por haberlo favorecido o determinado causalmente. Por otro lado, la ecuación dogmática que subyace al fundamento del injusto del partícipe habrá de evitar el articular los principios de autorresponsabilidad, lesividad y legalidad de modo aparente, mediante una fórmula híbrida que arroje resultados contradictorios, sino, por el contrario, deberá desarrollar una verdadera teoría de la intervención que sea aplicable en la práctica de manera coherente con sus puntos de partida.

2.3. Responsabilidad del partícipe por intervenir en su propio hecho

2.3.1. Teoría *pura* de la causación [LÜDERSSEN]

2.3.1.1. Presentación

Frente a las objeciones formuladas a partir de aquellos grupos de casos que no podían ser resueltos satisfactoriamente por la teoría de la participación en el injusto, los *causacionistas puros* construyen el injusto del partícipe transitando un camino inverso o, mejor dicho, el mismo camino que la doctrina mayoritaria, pero en sentido contrario. Pues, es fácil ver que en este planteamiento la perspectiva causal continúa teniendo un lugar preponderante (justificando su denominación), aunque ahora haciendo foco exclusivamente en la figura del partícipe. A diferencia de las tesis vistas en el punto anterior, se propone una vía de solución que renuncia a la exigencia de un hecho principal de autor para fundamentar el injusto de la participación. Al partícipe ya no se le imputa lo que hace o deja de hacer el autor, sino su propia causación del resultado. Dicho de otro modo, es su ejecución de propia mano individualmente considerada la que pasa al primer plano de la imputación⁶⁶. Por ende, inicialmente no hay lugar para el principio de accesoriedad en su formulación clásica. La especial atención prestada a la incidencia causal del partícipe en la realización del hecho (de su hecho) disuelve la relación de dependencia con el injusto del autor presente en las teorías del injusto derivado, pasando cada uno de los intervinientes a ser el protagonista de su propio injusto. Cada interviniente agrede directa y personalmente al bien jurídico protegido,

⁶⁵ En esta línea SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, pp. 44 ss.; RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 41 ss.; LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 169 ss.; JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 12, nota 8.

⁶⁶ Si bien por “teoría de la causación” se suelen agrupar algunas versiones eclécticas de la teoría de la participación en el injusto, mantendremos aquella denominación para hacer referencia a los enfoques tradicionales que postulaban un injusto autónomo de la participación. “Que la Ciencia del Derecho penal haya diferenciado dos tipos de teorías de la causación, no se basa únicamente en la falta de claridad analítica, sino en que siempre operó como contramodelo únicamente la teoría de la participación en la culpabilidad, por el contrario, la teoría de la participación en el injusto quedó todavía inespecífica y, por ello, fue mezclada con la teoría de la causación”, LÜDERSSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, 462 s.

desapareciendo el injusto del autor como referencia conceptual. La participación no-accesoria se convierte entonces en un delito autónomo⁶⁷.

Metodológicamente, la teoría pura de la causación parte de una premisa fuerte: la responsabilidad del interviniente por su propio injusto. Ya no es el injusto (ajeno) del autor el que se le imputa al partícipe, sino su propia causación del resultado, de *su* resultado⁶⁸. Los tipos penales de la Parte especial protegen los bienes jurídicos no solo contra los ataques del autor, sino también contra los ataques del partícipe. Al igual que el autor, el partícipe también lesiona el bien jurídico de manera directa. LÜDERSSEN piensa que los tipos penales están contruidos fragmentariamente en dos carriles, en relación con la ampliación de la protección de bienes jurídicos y la alcanzabilidad del objeto de la acción, según que estén referido al autor o al partícipe⁶⁹.

“El sujeto del hecho es por regla un “quien” totalmente indeterminado. Por ello la determinación del tipo no depende de ello en lo más mínimo, más bien son decisivos el grado de concreción del resultado y los medios de ataque. Esto también vale para el causante más lejano, el partícipe”⁷⁰.

Si se afirma que el partícipe ataca directamente el bien jurídico que también está protegido frente a él, necesariamente el principio de accesoriadad pierde su función como estructura de imputación del hecho del partícipe al autor y pasa a ser entendida como una dependencia fáctica [*faktische Abhängigkeit*] de la participación al hecho típico⁷¹. El comportamiento del autor para el partícipe juega un rol solo en la medida en que es un presupuesto para que la aportación del interviniente contribuya causalmente al resultado típico. Por ello, generalmente se explica que el único extremo de comprobación necesaria para la punibilidad del partícipe sea la *causalidad* entre la aportación del partícipe y la lesión del bien jurídico; esto es, la llamada relación fáctica de afectación⁷². De este modo, al partícipe no se le imputa “lo que haga o deje de hacer el autor”, sino su propio ataque mediato al bien jurídico. Al renunciarse por completo a la exigencia de una calificación del hecho principal tanto en su dimensión cualitativa como cuantitativa, la participación se presenta como una forma autónoma de lesión de bienes jurídicos que corre paralelamente a los tipos de autoría. En suma, tanto autor y partícipe terminan siendo castigados por la misma razón, un comportamiento típico, antijurídico y culpable que causa una lesión al bien jurídico protegido en un tipo penal de la Parte especial.

⁶⁷ Aunque la idea de una inducción y una cooperación sin hecho principal es, como lo muestra una breve retrospectiva histórica, muy vieja. Véase HÖPFNER, «Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe», *ZStW* 26 (1906), p. 583.

⁶⁸ La participación se presentaría como una forma menos intensa de la producción del resultado, LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 148.

⁶⁹ LÜDERSSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 451.

⁷⁰ LÜDERSSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 457.

⁷¹ LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 25, 119 ss.

⁷² LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 119 s. Crítico frente a la idea de concebir a la accesoriadad en la participación fácticamente, entre muchos otros, HAAS, *Die Theorie der Tatberrschaft*, 2008, p. 137 (ver *infra*).

La tesis de LÜDERSEN, usualmente caracterizada como radical o pura obedece a lo que es el intento más acabado de avanzar en la emancipación del injusto del partícipe en el marco del paradigma vigente en la segunda mitad del siglo pasado⁷³. Aunque su trabajo deja importantes lecciones teóricas, el déficit principal de su construcción es trasladar el andamiaje conceptual utilizado por la doctrina mayoritaria para explicar la autoría al ámbito de la participación. LÜDERSEN no consiguió dejar atrás la interpretación predominantemente causalista del injusto del partícipe⁷⁴ y así, es fácil ver que en realidad la teoría pura de la causación no transitó un camino distinto al de la doctrina dominante, sino el mismo, pero en dirección inversa haciendo foco en el partícipe.

2.3.1.2. Valoración crítica

Una de las virtudes de las aportaciones de LÜDERSEN ha sido, parafraseando a DENCKER⁷⁵, proveer colores frescos a la paleta de problemas que exhibe la teoría de la intervención. Un planteamiento provocador para su tiempo se encuentra condensado en *Zum Strafgrund der Teilnahme* y refinado en escritos posteriores, llegando incluso en alguno de ellos a modificar posiciones iniciales y sirviendo de base para el surgimiento de nuevos puntos de vista. Ahora bien, a pesar de ser constantemente replicado al momento de desarrollar las teorías del fundamento del injusto del partícipe, no es sencillo encontrar en la doctrina una crítica tenaz, pero que a la vez que le haga justicia al valor de sus interesantes observaciones para la teoría general de la participación. Entre estos méritos, se destacan dos que han hecho mella en las teorías que se han gestado con posterioridad: el primero de ellos, asomándose con mayor fuerza en escritos posteriores⁷⁶, es el lugar privilegiado del principio de autorresponsabilidad como una derivación necesaria del Derecho constitucional y punto de apoyo fundamental de la teoría de la intervención delictiva⁷⁷.

El posicionamiento del principio de autorresponsabilidad como el centro de la teoría de la intervención delictiva ha sido tomado por la mayoría de las teorías formuladas con posterioridad, las cuales, de uno u otro modo postulan un grado de autonomía del injusto del partícipe en orden a la concreción del principio de culpabilidad. No obstante, si bien hoy en día se asume mayoritariamente que nadie puede responder únicamente por un injusto ajeno, la doctrina le da a ello un alcance distinto al postulado por LÜDERSEN. Que el

⁷³ Así LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 167.

⁷⁴ Intenta deshacerse de ella postulando una teoría de las normas de corte subjetivista, SANCINETTI, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003 p. 85; EL MISMO, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 75 y 90.; EL MISMO, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 627 ss.

⁷⁵ DENCKER, «Beteiligung ohne Täter», *FS-Lüderssen*, 2002, p. 526.

⁷⁶ Véase LÜDERSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, pp. 460 s.

⁷⁷ Aprecia SAX, «Zur Problematik des Teilnehmerdelikts», *ZStW*, 90, 1978, p. 931 que “*das Grundproblem der Teilnahme ist folglich nicht, was der ‘Strafgrund’ für die Erstreckung der Täterstrafbarkeit auf den Teilnehmer ist und ob es neben den ‘Täterdelikten’ auch ‘Teilnehmerdelikte’ gibt, sondern ob und wie diese verfassungsrechtlich vorausgesetzten Tatbestände strafbarer Teilnahme gesetzlich geregelt oder doch aus dem Gesetz ableitbar sind, wie ihre Eigenstruktur beschaffen ist, wie sich also die Teilnahme trotz ihrer akzessorietätsbedingten ‘Verschränktheit’ mit der Haupttat als eine selbständige Verbrechenbegehungsform aufweisen läßt, die zugleich aber wegen ihrer Angelehntheit an die Haupttat eine von dieser abhängige Tatbeteiligung bleibt*”.

interviniente responde por lo que hace o deja de hacer de propia mano y ese es el límite de su culpabilidad es plausible, pero incorrecto, pues a esta idea subyace una perspectiva eminentemente naturalista sin un sentido global del hecho en el que el partícipe toma parte. Si bien es cierto que cada cual debe responder por su propio hecho (principio de culpabilidad), ello no implica aferrarse a una perspectiva física-natural, según la cual los únicos hechos que pueden ser propios son aquellos realizados de propia mano⁷⁸. Un entendimiento normativo del principio de responsabilidad es necesario para resolver los casos difíciles de intervención de varios agentes en un mismo suceso delictivo, y así se impone entender al injusto típico propio en relación con aquello que realiza el resto del colectivo⁷⁹.

El segundo avance que destaca en la obra de LÜDERSEN es la problematización de determinados supuestos de autoría, los cuales conforme la magnitud objetiva de la aportación del sujeto, propone pensar como casos de participación, en los que al interviniente se lo eleva a la categoría de autor, por el solo hecho de que no existe un tercero actuante, un *verdadero* autor⁸⁰. A ello, debe agregársele que, como ponen en relieve ROXIN y SCHUMANN⁸¹, esta construcción significa una contribución fundamental tanto para el reconocimiento de los elementos autónomos del injusto, como para el reconocimiento de una participación punible si el bien jurídico está protegido también frente al partícipe: “...un punto de partida común [...] consiste en mi opinión, en que el partícipe no es castigado por la lesión de bienes jurídicos que no estén protegido frente a él. Esto puede considerarse como el resultado seguro de la discusión de los últimos treinta años”⁸².

Toda la teoría de la intervención delictiva se ha impregnado de las ideas de LÜDERSEN. La doctrina mayoritaria se vio obligada a asumirlas en casos que no podía resolver con su instrumental. Otra parte de la doctrina, minoritaria pero muy cualificada, se vio seducida por un punto de vista radical sobre la autonomía del injusto del partícipe que se presentaba en ese entonces como una vía teórica alternativa con un potencial inexplorado. Quienes continúan en la línea de las reflexiones de LÜDERSEN le agregan nuevos ingredientes a su *receta pura* y se distancian de la idea de una accesoriedad externa como vínculo fáctico de afectación al bien jurídico. Estos puntos de vista comparten la supresión de la referencia inmediata al hecho del ejecutor en el diseño del injusto del interviniente, pero sin anularlo totalmente y desplazándolo a momentos de valoración posteriores. Algunos de ellos se han

⁷⁸ Como pone en relieve ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito*, 2003 pp. 163 s., “el principio de responsabilidad por el propio injusto debe entenderse en su sentido normativo más amplio: toda persona debe responder solo por las consecuencias de su actuar. Sin embargo, si este principio quiere tener alguna repercusión práctica tiene que deshacerse todavía de algunas ataduras naturalistas. ‘Actuar’ no siempre es actuar de propia mano; no necesariamente presupone una relación física directa entre el sujeto y el bien, sino que el ‘actuar responsable’ de un sujeto puede también manifestarse indirectamente, esto es, mediante la exteriorización por parte de un tercero”.

⁷⁹ Exhaustivamente, sobre el principio de autorresponsabilidad desde una perspectiva normativa, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, pp. 42 ss.

⁸⁰ En detalle, véase punto 6.1.2., capítulo IV.

⁸¹ ROXIN, *AT*, 2006, § 26/31; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, p. 44.

⁸² LÜDERSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 454; EL MISMO, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 161.

preocupado por fundamentar la autonomía del injusto del partícipe a partir de la teoría de las normas (por ejemplo, RENZIKOWSKI⁸³, STEIN⁸⁴ o SANCINETTI⁸⁵), mientras que otros lo han hecho valiéndose de la estructura de los delitos de resultado (SCHMIDHÄUSER⁸⁶) o de los delitos de peligro abstracto (HERZBERG⁸⁷), abstracto-concreto (VOGLER⁸⁸) y concreto (SCHAFFSTEIN⁸⁹). Estas tomas de postura si bien asumen la autonomía del injusto de la participación se alejan en mayor o menor medida de la matriz de la teoría pura de la causación, lo que repercute en las soluciones brindadas para los diferentes grupos de casos.

Con su trabajo LÜDERSEN deja valiosas lecciones para la teoría general de la intervención que debemos conservar en nuestra memoria, aunque son variados sus inconvenientes. Estos pueden ser resumidos en cinco puntos:

a) En primer lugar, en el plano metodológico la teoría pura de la causación no puede deshacerse del paradigma causal subyacente a sus premisas fundamentales⁹⁰. Como ya pusimos de relieve, no debemos dejarnos engañar por un principio de autorresponsabilidad concebido de manera exclusivamente naturalista. El partícipe no solo es responsable por lo que hace o deja de hacer de propia mano, sino que su aportación se inserta en algo más grande, en la obra en común que lleva adelante con el resto de los intervinientes. Esto no significa aceptar sin más un principio de accesoriedad híbrido o reducido a una relación de dependencia, sino, más bien, nos impone buscar categorías normativas que nos sirvan de base para resolver los casos difíciles.

b) En segundo lugar, en contra de la tesis de LÜDERSEN cabe apreciar desde una perspectiva político-criminal, que la idea de la relación fáctica de afectación al bien jurídico protegido adelanta demasiado la barrera de punibilidad a comportamientos que en los casos de autoría individual serían impunes, diluyéndose el principio del hecho y desdibujando los límites del tipo dispuestos por el legislador⁹¹. A su vez, si los actos preparatorios pasaran a ser punibles,

⁸³ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 151 s.

⁸⁴ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 221 ss. Postulando la autonomía del injusto de la participación, aunque ya bastante más alejado de algunas de las premisas fundamentales de la teoría de la causación.

⁸⁵ SANCINETTI, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003, p. 85; EL MISMO, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 75, 90.; EL MISMO, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 627 ss.

⁸⁶ SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1984, 10/1 ss. LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 168 pone de relieve la cercanía entre las concepciones de SCHMIDHÄUSER y LÜDERSEN.

⁸⁷ HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 103 ss.; EL MISMO, «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *GA*, 1971, pp. 1 ss.

⁸⁸ VOGLER, «Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat», *FS-Heinitz*, 1972, pp. 295 ss. La complicidad sería un delito de peligro mixto concreto-abstracto: peligroso en concreto en relación con el comportamiento del autor y peligroso abstracto en consideración con su resultado.

⁸⁹ SCHAFFSTEIN, *FS-Honig*, 1970, pp. 174, 184.

⁹⁰ Según FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 301 nota 245 las nociones tan difundidas de las teorías de la causación o de la participación en el injusto dan la impresión de ser más descripciones fenomenológicas que fundamentaciones normativas y además están en escasa medida orientadas a las ideas básicas del *ius puniendi*.

⁹¹ Así JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1ª ed., 1996 p. 75; LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 1995, pp. 56 s.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 133; BLOY, *Die*

deberíamos pronosticar un desbordamiento de la punibilidad hacia la tentativa de participación. Consecuencia que no sería preferible político-criminal o dogmáticamente⁹².

c) En tercer lugar, la formulación de LÜDERSSEN y sus seguidores nunca se ha terminado de llevar bien con la letra de la ley. La necesidad de la teoría pura de la causación de contrastar permanentemente con el Derecho vigente las soluciones dadas a los casos de “intervención sin autoría” no es más que un síntoma de que algo no fluye del todo bien⁹³. Aunque la discusión sobre el lugar que el *hecho principal* y el *resultado* deben tener en la teoría de la imputación y en la teoría de la intervención delictiva en particular sea todavía un lugar oscuro de la dogmática penal, su completa supresión sistemática choca con el tenor literal de los dispositivos legales vigentes. Por eso, no es llamativo que la mayoría de los simpatizantes de este punto de vista de una u otra manera terminen criticando el Derecho vigente y postulando una reforma legal⁹⁴. Como ha sido replicado hasta el cansancio por la doctrina crítica, la tesis de LÜDERSSEN no explica el sistema vigente de intervención en el delito⁹⁵.

d) Frente a los problemas metodológicos, de política-criminal y de compatibilidad con el Derecho positivo, han de señalarse problemas sistemáticos. Evidentemente la teoría pura de la causación presenta problemas para resolver, de acuerdo con sus postulados, los supuestos de intervención en un suicidio. Llevar hasta sus últimas consecuencias el planteamiento de una relación directa con el bien jurídico condujo a LÜDERSSEN a afirmar inicialmente que aquella sería una *participación impropia*, modificando tiempo después su punto de vista con base en el principio de autorresponsabilidad⁹⁶. Dicho de otro modo, aquí sería innegable el sentido de la restricción normativa de la responsabilidad del partícipe mediante su regulación accesoria, si no a la conducta del autor, al menos al sentido del hecho principal⁹⁷. Asimismo, la idea de una relación puramente fáctica con el hecho típico del autor —como pone en relieve SCHUMANN— también presenta problemas en los supuestos intervención en el delito

Beteiligungsform als Zurechnungstypus, 1985, pp. 177 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 151 s.

⁹² En esta línea MIR PUIG, *PG*, Lecc. 15, nm. 27 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 152.

⁹³ Advirtiendo la incompatibilidad de esta solución con la regulación positiva vigente, entre muchos otros, HERZBERG, *GA*, 1971, p. 3; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, p. 45.

⁹⁴ Así LÜDERSSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 461; DENCKER, *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 532 ss.; SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 90.

⁹⁵ Véase ROXIN, *AT*, 2006 §§ 26/12 ss.; JAKOBS, *AT*, 1991, 22/4 s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 64 I 3; STRATENWERTH, *AT*, 2011, 12/117; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986 p. 45; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 105 s.; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 176 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 45; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 188; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 131; RUIZ ANTÓN, *CPC*, 1980, pp. 61 ss.; NIKOLIDAKIS *Grundfragen der Anstiftung*, 2004, pp. 38 s.

⁹⁶ LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 168, 214; EL MISMO, *FS-Miyazawa*, 1995, pp. 450 s., 460.

⁹⁷ LÜDERSSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 452 reconoce que ésta es una objeción peligrosa, sin embargo, replica que aquellos grupos de casos tampoco pueden ser resueltos con base en el principio de accesoriadad, ya que postular una solución simétrica (“el hecho principal accesorio en todo caso incrimina [*belastet*] y su ausencia en todo caso exonera [*entlastet*]”) conduciría a las viejas fórmulas de la problemática teoría de la participación en el injusto como dependencia absoluta del hecho ajeno.

de omisión de socorro⁹⁸, pues si se quiere ser consecuente con el punto de vista inicial, a quien ayuda o induce al omitente debería castigárselo como cómplice o inductor de homicidio⁹⁹. Estos problemas en los casos de intervención en una autolesión atípica o en una omisión de un no garante son sencillamente consecuencia de reducir la accesoriadad a un vínculo puramente fáctico con la lesión al bien jurídico.

e) Por último, tampoco rinde el esquema causacionista en el ámbito de los delitos especiales. LÜDERSSEN considera que quien no es funcionario público puede —mediatamente— lesionar el bien jurídico de la “pureza del desempeño del cargo o función” solo a condición de que entre en acción un funcionario. No obstante, es difícil explicar con el instrumental teórico de la teoría de la causación por qué debería responder individualmente el partícipe que no ostenta la calidad especial, presupuesto normativo necesario para que *su causación* fuera idónea para lesionar el bien jurídico protegido¹⁰⁰. En pocas palabras, LÜDERSSEN suprime la categoría de los delitos especiales y la identifica con lo que hoy parte de la doctrina denomina delitos de posición¹⁰¹.

En muchos aspectos este planteamiento reproduce un esquema unitario causal de autor¹⁰² y, con él, todos sus problemas. LÜDERSSEN rechaza esta observación apreciando que de la diferencia óptica de los factores que conducen a la lesión del bien jurídico se sigue una diferencia valorativa [*Wertdifferenz*] en la manera en que se realiza el ataque, agudizándose la responsabilidad de aquel que no actúa mediante un tercero, es decir, el autor¹⁰³. Pero a pesar de que fenotípicamente lo usual es que el inductor origine la decisión a la ejecución del hecho y el cómplice contribuya causalmente al resultado típico aportando un medio idóneo, la complicidad y la inducción no pueden reducirse a ello¹⁰⁴. Antes, cabe diseñar tales formas de intervención de modo tal que reflejen el sentido delictivo de cada comportamiento individual frente al injusto típico. Ello solo será posible si se recurre a criterios estrictamente normativos (con esto se quiere decir que reflejen más allá de su forma de aparición, la verdadera

⁹⁸ LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 192.

⁹⁹ Así SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, p. 45; ROXIN, *FS-Stree Wessels*, 1993, p. 309; STEIN, *Die Strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 187.

¹⁰⁰ Así ROXIN, *AT*, § 26/15. Igualmente crítico, HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 131.

¹⁰¹ En detalle, véase capítulo IV, punto 6.5.

¹⁰² Lo nota DENCKER, *FS-Lüderssen*, p. 530, quien entiende que en las tesis de LÜDERSSEN «resuena una secreta simpatía por la solución unitaria de autor». Igualmente, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 177 ss.: “más bien se trata de un sistema unitario de autor oculto”; LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992 p. 167 y SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986 p. 46. Sin embargo, en rigor, el problema de fondo no es el sistema unitario de autor que se propone entre dientes, sino su tono marcadamente causal, el que conduce a soluciones difícilmente aceptables (véase el análisis de los sistemas de responsabilidad indiferenciada realizado por PEÑARANDA RAMOS, *La Participación en el delito* 2015, pp. 352 ss.)

¹⁰³ LÜDERSSEN, *Zum der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 136 ss.

¹⁰⁴ “En relación con la cuestión material que pretende resolver esta teoría, el fundamento material de la pena de las formas de intervención accesoria, no se trata de que la teoría causal pura explique bien o mal por qué se castiga al partícipe. Se trata de que no lo explica, puesto que la causalidad es un fenómeno físico valorativamente neutral”, SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, p. 353.

configuración de la interacción social) pues para la atribución de responsabilidad no son suficientes las constataciones naturalistas.

2.3.2. Teorías de la corrupción [H. MAYER, TRECHSEL]

2.3.2.1. Presentación

En una primera lectura de los postulados básicos de las teorías de la corrupción, con seguridad se tendría la impresión de un partícipe que es castigado por corromper al autor. Pero bien mirado, prontamente se comprueba que esta idea ni está tan clara, ni es presentada como el fundamento exclusivo del injusto de la participación. Para las teorías agrupadas bajo este rótulo el interviniente responde por su propio hecho, y este consiste en el efecto que genera sobre el ejecutor. Dichas construcciones hunden sus raíces en las consideraciones de los comentaristas italianos de la Edad Media¹⁰⁵, donde la conducta del partícipe era considerada como un ataque a la moralidad del alma y su relación individual con Dios [*peccat in se et alium peccare facit*]¹⁰⁶. Cuando se habla de teorías de la corrupción se hace referencia básicamente a dos planteamientos. Por un lado, la teoría de la participación en la culpabilidad [*Schuldteilnahmetheorie*] postula que al partícipe se le hace responsable por originar al autor culpable y, por otro lado, la teoría de la desintegración [*Desintegrationstheorie*] responsabiliza al partícipe por la desintegración social del autor. En ambos casos, el fundamento del injusto del partícipe se encuentra allí, donde el partícipe involucra al autor en un hecho delictivo.

El principal exponente de la teoría de la culpabilidad fue H. MAYER¹⁰⁷. Su planteamiento toma como premisa mayor al modelo restrictivo de autor: únicamente quien ejecuta el tipo penal de la Parte especial es autor, mientras que las normas de la Parte general son causas de ampliación de la punibilidad a otros agentes, los partícipes¹⁰⁸. Su segunda premisa, donde reside la particularidad de su aportación, busca vincular la conducta del partícipe no con el hecho del autor, tal como lo hacían los defensores de las teorías de la participación en el injusto, sino con la integridad de su persona. De este modo, el fundamento de la pena del partícipe reside en que vincula o entrelaza [*verbinden*] su voluntad con el dolo del autor —*dolus malus*—¹⁰⁹. Esta vinculación entre el actuar del partícipe y la culpabilidad del autor se manifiesta de distinta manera en la inducción y en la complicidad. Lo que se le reprocha

¹⁰⁵ Desde esta perspectiva se presentaba principalmente al inductor como un seductor que persuadía suavemente al mal. Como no podía ser de otro modo, el origen de esta idea se remonta a uno de los primeros casos de inducción de la historia de la cultura humana: el ofrecimiento que hace la serpiente del Huerto del Edén a Eva para que coma del fruto prohibido en el libro de Génesis.

¹⁰⁶ Véase KÖHLER, *AT*, 1997, p. 498; RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 50/12; LESS «Der Unrechtscharakter der Anstiftung», *ZStW* 69, 1957. Acerca de la historia de esta teoría consúltese el desarrollo de LANGE, *Die Notwendige Teilnahme*, 1940, pp. 36 ss.

¹⁰⁷ H. MAYER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1967, pp. 155 ss.; EL MISMO, «Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft», *FS-Rittler*, 1957, pp. 253 ss.

¹⁰⁸ H. MAYER, *AT*, 1967, p. 154.

¹⁰⁹ H. MAYER, *AT*, 1967, p. 155; EL MISMO, *FS-Rittler*, pp. 253 ss.

particularmente al inductor es el conducir al autor a la culpabilidad y la pena, mientras que al cómplice se lo castiga por ser al menos co-culpable por el hecho lesivo.

Las cosas se le hicieron más fáciles a H. MAYER en el marco del ordenamiento legal alemán que establecía un sistema de intervención en el delito basado en el principio de accesoriedad máxima. Pero en 1943 luego de la derogación del requisito de un hecho principal culpable se vio obligado a realizar ciertos ajustes conceptuales¹¹⁰. Con una nueva regulación que pretendía limitar la accesoriedad, parecía que la voluntad del legislador alemán era considerar punible la participación en hechos no culpables. De este modo, a pesar de que H. MAYER continuaba negando que la nueva regulación limitara la accesoriedad —algo que para él era inviable—, propuso una nueva distinción entre participación *en sentido propio* y participación *en sentido impropio*¹¹¹. La primera acotada a la intervención *sobre* autores culpables y, la segunda, relativa a la intervención en hechos de autores incapaces de culpabilidad. Para explicar estas nuevas hipótesis de intervención punible que el legislador, según H. MAYER, había denominado impropriamente participación, recurrió un criterio complementario que denominó *Urheberschaft*, el cual explicaba los supuestos de intervención punible en comportamientos antijurídicos no culpables. Aquí ya no se trataba de la intervención del partícipe como co-culpable del hecho del autor, sino del partícipe como co-causante del mismo¹¹².

La otra versión de la teoría de la corrupción para la regulación suiza y alemana fue propuesta por TRECHSEL¹¹³ quien, a pesar de no predicar que el partícipe hiciera incurrir al autor en la culpabilidad y la pena, sí tuvo presente el principal trazo de las teorías de la corrupción: la referencia al efecto sobre el autor. Al igual que en la tesis de H. MAYER se propuso un doble injusto del partícipe, consistente, por un lado, en el impulsar al autor hacia el delito en tanto desintegración social y, por otro, en el ataque mediato al bien jurídico protegido¹¹⁴. El ámbito donde esporádicamente ha sido defendida esta concepción es el de la inducción, quedando para la complicidad —al igual que en las observaciones de H. MAYER posteriores a la reforma de 1943— una explicación meramente causal vinculada al hecho principal¹¹⁵.

¹¹⁰ En detalle, FRISTER, *Strafrecht AT*, 2015, 25/27.

¹¹¹ H. MAYER, *AT*, 1967, p. 156 entendía que el entonces vigente § 50 Abs. 1 StGB no cambiaba en nada su construcción, pues para él, el nuevo precepto venía a confirmar algo que ya era sabido y que su teoría no contradecía, esto es, que cada interviniente respondía por su propia culpabilidad.

¹¹² H. MAYER, *FS-Rittler*, pp. 262 s.

¹¹³ TRECHSEL, *Der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 90 ss., 107 ss. Como pone en relieve STRATENWERTH, *AT*, 2011, 12/121 nota 143, no es cierto que TRECHSEL haya denominado a su teoría como "de la participación en el injusto" como le atribuye ROXIN, *AT*, 2006 § 26/17; EL MISMO, *FS-Stree Wessels*, 1993, p. 366.

¹¹⁴ Véase el análisis de TRECHSEL, *Der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 100. Se encuentran antecedentes de un pensamiento similar casi una década antes de la obra de TRECHSEL en el artículo de LESS, *ZSfW* 69, 1957, pp. 43 ss., en donde también se postula un doble injusto en la inducción, el cual consiste en la co-causación del resultado y la voluntad delictiva del autor.

¹¹⁵ TRECHSEL, *Der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 107.

2.3.2.2. Valoración crítica

Las objeciones contra la versión original de la teoría de la participación en la culpabilidad son múltiples¹¹⁶. Sus críticos suelen coincidir en su incapacidad para explicar el modelo de la accesoriadad limitada¹¹⁷. Esta apreciación, no obstante, requiere precisiones. Piénsese que la exigencia de un hecho típico, antijurídico y doloso (§§ 26 y 27 StGB) no se encuentra establecida de forma explícita en otros sistemas legales, en los cuales existe un mayor espacio de juego para la labor hermenéutica. Si la observación se refiriera estrictamente al Derecho positivo, en estos otros sistemas no sería válida. Incluso en la misma regulación legal alemana posterior a 1943 tampoco está todo dicho, pues para que sea punible la participación el StGB se limita a exigir un hecho típico, antijurídico y doloso, pero no excluye que puedan agregarse más requisitos por vía interpretativa¹¹⁸. El StGB exige al menos un injusto doloso, no menos que eso, pero tampoco más que eso¹¹⁹. Por ende, la objeción de la incompatibilidad de estas teorías con el Derecho vigente puede relativizarse. Una especulación meramente positiva no puede ser fulminante en relación con las teorías de la corrupción; si hay dificultades, han de buscarse en otro lugar.

El verdadero problema de la tesis de H. MAYER no es su incompatibilidad con el principio de accesoriadad limitada, sino su choque frontal con el principio de culpabilidad por el hecho¹²⁰. La idea de un interviniente que corrompe al autor se contrapone al principio de culpabilidad en dos niveles. En primer término, porque al postular que el injusto del partícipe consiste en la lesión a la integridad del autor, no solo se siembran dificultades sistemáticas innecesarias, sino que, además, se hace responder al interviniente por la lesión de un *bien* no tipificado legalmente. En segundo término, como es sabido, en los códigos penales modernos la medida de la culpabilidad del partícipe es independiente de la existencia y

¹¹⁶ Véase OTTO, «Straflose Teilnahme?», *FS-Lange*, 1992, pp. 202 s.; EL MISMO, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 5ª ed., 1995, § 22/4; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 132; ROXIN, *FS-Stree Wessels*, 1993, pp. 366 s., 372 s.; STRATENWERTH, *AT*, 2011, 12/119 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 64 I 1; FRISTER, *AT*, 2015, 25/27; JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 13, nota 8; FREUND, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, 2009, 10/108; NIKOLIDAKIS *Grundfragen der Anstiftung*, 2004, pp. 20 ss.; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 498; LÜDERSSEN, *Zum der Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 47 ss.; SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1984, 10/13; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, p. 50; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 100 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 43 ss.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1969, § 16; SCHAFFSTEIN, *FS-Honig*, 1970, pp. 179 nota 22; ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito*, 2003, p. 118; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, pp. 354 s.; RUIZ ANTÓN, *CPC*, 1980, pp. 56 s.; MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 15, nm. 29.

¹¹⁷ Así ROXIN, *FS-Stree Wessels*, 1993, p. 366; RUIZ ANTÓN, *CPC*, 1980, p. 56.

¹¹⁸ Que la interacción delictiva jurídico-penalmente relevante solo pueda apreciarse entre personas con capacidad de culpabilidad es un tema que desarrollaré más adelante.

¹¹⁹ El exigir un hecho principal culpable no contradice los §§ 26 y 27 StGB ya ha sido sugerida, en el marco de su planteamiento, por JAKOBS, «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation» *GA*, 1996, pp. 253 ss., en cuanto la intervención en un hecho culpable también es antijurídica. Lo sigue de cerca, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 275, nota 114.

¹²⁰ Así RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 43.

medida de la culpabilidad del autor. Por lo tanto, nadie *participa* en la culpabilidad de otro: la culpabilidad es personal.

H. MAYER negaba rotundamente que su tesis vulnerara el principio de culpabilidad, pues para él “siempre el partícipe fue castigado según su propia culpabilidad y no la del autor”, por lo que la reforma de 1943 venía a confirmar algo que ya era sabido, dejando *en su oscura redacción* abierta la pregunta sobre el verdadero fundamento de la culpabilidad del partícipe¹²¹. Si bien es cierto que después de esta modificación legislativa la pregunta sobre el fundamento del injusto del partícipe continúa abierta, no es menos cierto que el planteamiento de la participación como un delito de corrupción no es el camino teórico adecuado¹²². La conexión del marco penal de la participación con el marco del hecho del autor pone en evidencia que la ley atiende al injusto del hecho tipificado en la Parte especial con independencia de la corrupción del autor. El injusto del hecho no tiene nada que ver con la corrupción del autor. Al legislador no le interesa si el inductor sedujo a un joven para que hurte o dio un soplo a un ladrón habitual, sino, que en ambos casos lo que interesa es la “inducción al hurto”¹²³. Es incontestable, por ejemplo, que la facilitación de una llave falsa a quien se encuentra decidido a cometer un hurto no puede explicarse a partir de la idea de la corrupción de la integridad del autor.

Por otra parte, no es un buen signo que H. MAYER deba desdoblarse su tesis acudiendo a criterios causales para explicar los casos de complicidad¹²⁴. No debe hacerse un gran esfuerzo para apreciar que se está nuevamente frente a otra teoría mixta, proceder que trae más complicaciones que ventajas. En los casos de intervención en el hecho cometido por un inimputable no suena bien hablar de participación en sentido *impropio*, la cual es sencillamente una capitulación ante la opinión general. La idea de *Urheberschaft* no aporta nada a la solución del problema de los contextos de pluralidad de intervinientes con agentes que actúan sin capacidad de culpabilidad. A su vez, no solo se debe recurrir a criterios causales para explicar la complicidad en los delitos de organización, sino que además tampoco se resuelven los supuestos de intervención en delitos especiales. H. MAYER aquí se limitaba a decir que es “impune quien engaña al Juez para que dicte una sentencia falsa, puesto que falta la culpabilidad del ‘cuasi-autor’”¹²⁵. Esta afirmación, a pesar de ser debatible en sus resultados, no se apoya en la corrupción del *intranens*, sino en la ausencia de los requisitos especiales exigidos por el tipo penal en la persona del *extraneus*. En suma, la teoría de la participación

¹²¹ H. MAYER, *AT*, 1967, p. 156.

¹²² Además, es innegable que la denominación de “teoría de la participación en la culpabilidad” es, cuanto menos, desafortunada y ella explica la justificada confusión que en distinta medida se ha generado alrededor del pensamiento de H. MAYER.

¹²³ Así JAKOBS, *AT*, 1991, 22/2.

¹²⁴ Crítica el subjetivismo de la tesis de H. MAYER en el ámbito de la complicidad, SCHAFFSTEIN, *FS-Honig*, 1970, p. 179.

¹²⁵ H. MAYER, *AT*, 1967, pp. 155 s.

en la culpabilidad no explica suficientemente aquello que pretende explicar, es decir, el injusto de la participación¹²⁶.

Por su parte, TRECHSEL busca escapar de las contradicciones anteriores, pero al precio de una construcción artificial y para nada convincente¹²⁷. Póngaselo del siguiente modo, no existirían mayores dudas de la responsabilidad de aquel miembro de la mafia que a mediados de la década del 50' le encargara a Richard Kuklinski un nuevo homicidio¹²⁸. Aquí, el inductor evidentemente no sería castigado por la desintegración social de este conocido asesino a sueldo, sino por la muerte de la víctima, de la que habría sido responsable. Como ya se comprobó en relación con la teoría de la participación en la culpabilidad, este ejemplo pone de relieve que lo determinante para la pena del inductor es la gravedad del hecho —exigencia del principio de culpabilidad— y no solamente la cuestión de en qué medida el autor estaba “integrado” socialmente y en qué medida el inductor influyó negativamente en él¹²⁹. Si el castigo en la inducción dependiera de la magnitud de la desintegración social del autor, de manera consecuente habría de ser castigada más gravemente la seducción de alguien hasta entonces sin antecedentes penales y, de modo más benigno el contratar a un delincuente profesional ya decidido o ampliamente desintegrado socialmente, como el de la referencia¹³⁰. Lo mismo cabe advertir en relación con la complicidad. Además, debiera preguntarse cuál es el modelo social (¿moral?) que da la pauta de la integración deseable, es decir, cómo se valora la integración de una determinada persona; pregunta a la que el Derecho penal difícilmente pueda dar una respuesta. Finalmente, se observa que este fundamento del injusto del partícipe choca con el principio de autorresponsabilidad, pues en los casos normales de participación al autor también se lo hace responsable de sus decisiones y acciones¹³¹. Es en las manos del propio autor donde se encuentra la posibilidad de no convertirse en culpable por un hecho delictivo¹³².

Como es evidente, en las teorías de la corrupción existe un doble contenido de injusto, por una parte, el propio injusto que se comete directamente en relación con la persona del autor, que se presentaría como un bien jurídico autónomo¹³³ y, por otro, el injusto que el autor efectivamente comete y que el partícipe favorece o determina mediatamente. Esto significa tanto una capitulación tácita del rendimiento explicativo de estos enfoques, como una afronta

¹²⁶ En este sentido JAKOBS, *AT*, 1991, 22/2; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 43; ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito*, 2003, p. 118, nota 2: “la teoría de la participación en la culpabilidad razona de la siguiente manera: participación punible es participación en la culpabilidad ajena, luego el fundamento del injusto de la participación está en que el partícipe participa en la culpabilidad del autor. La pregunta capital queda sin respuesta: ¿por qué debe castigarse una conducta que participa en la culpabilidad de un tercero?”.

¹²⁷ Lo remarca, FRISTER, *AT*, 2015, 25/27.

¹²⁸ Ilustrativo *The Iceman* (2012) dirigida por VROMEN.

¹²⁹ Así STRATENWERTH, *AT*, 2011, 12/119 ss.

¹³⁰ Así ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/18 ss.

¹³¹ Véase ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/18 ss.

¹³² Véase RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 44.

¹³³ Se transformaría la participación en un delito de corrupción, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 13, nota 8; HAAS, *Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 132.

explícita a la regulación positiva. Aquí reside el verdadero problema de las teorías de la corrupción y no en la crítica positivista a menudo achacada de su incompatibilidad con el principio de accesoria limitada. Tanto la teoría de la participación en la culpabilidad como la teoría de la desintegración, terminan siendo traicionadas por su punto de partida metodológico y no consiguen explicar el fundamento de la participación a partir de un esquema de atribución de responsabilidad basado en el principio de culpabilidad.

En verdad, detrás de este bien jurídico autónomo —que parecería consistir en una disposición natural del autor para cumplir con las normas— planea una idea *rousseauiana* de la naturaleza humana mezclada a su vez con ingredientes propios de una cosmovisión religiosa. Un hombre bueno que es corrompido desde fuera o, para expresarlo con una terminología más actual, un ciudadano fiel al Derecho al que las cosas le son puestas tan difíciles que se quiebra y ya no puede cumplir con su deber de colaboración con el orden jurídico. Esta idea en sí es plausible, pero tiene en el plano dogmático un rendimiento muy reducido si se traslada de manera directa: aquella fidelidad innata al Derecho¹³⁴ no se encuentra protegida —entre ciudadanos autorresponsables— por ninguna norma penal fuera de las descripciones típicas contenidas en la Parte especial del Código penal. Por último, a lo observado hasta aquí deben sumársele los problemas sistemáticos ya aludidos producto de este doble fundamento¹³⁵, en el que las ortopedias causales que intentan explicar la complicidad no hacen más que complicar las cosas.

2.3.2.3. Adición

Con todo, el atractivo aún actual de las teorías de la corrupción, a menudo pasado por alto, es aquel resto retórico que subyace a su propuesta. Aquí han de formularse dos preguntas. La primera, ¿puede el autor también ser víctima? LÜDERSSEN observa este punto y replica acertadamente “que alguien pueda ser al mismo tiempo víctima y autor es una idea frecuente en la criminología. Pero en el catálogo de lesiones a los bienes jurídicos contenidos en el Código penal y las leyes accesorias, este fenómeno no ha sido considerado”¹³⁶. Dicha observación, aunque es correcta en el plano estrictamente sistemático, no es suficiente para cerrar la discusión, pues no debería descartarse completamente que la visión del autor como víctima tenga una trascendencia dogmática todavía inexplorada. En un primer nivel de análisis, es una *contradictio in terminis* aceptar los roles de autor y víctima sean intercambiables o puedan solaparse, pues, para decirlo brevemente, la víctima para la teoría de la imputación

¹³⁴ Y en el caso de que existiera, lo que en sí ya me parece dudoso, es posible arriesgar que sería poco conveniente político-criminalmente que el legislador le otorgara una cobertura jurídico-penal. En un estado secularizado que pretenda respetar el derecho al libre desarrollo de sus ciudadanos tales tipos penales serían manifiestamente paternalistas y difícilmente defendibles (nuevamente, siempre que se haga referencia a personas autorresponsables).

¹³⁵ En detalle STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 100 ss.; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 498; LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 47 s.

¹³⁶ LÜDERSSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 449.

es el titular del derecho subjetivo que el autor menoscaba. El mismo titular de la esfera de libertad no puede afectarla de manera jurídico-penal relevante, este es el principio general.

Ahora bien, podría observarse que, en un segundo nivel, ya más complejo, si se realiza un experimento mental y se olvida por un instante de las etiquetas de autor y víctima, se vería claramente que los contornos de estos roles no siempre están perfectamente definidos. En un suceso de mediana complejidad, el mismo puede explicarse no solamente por el comportamiento de quien ejecuta la conducta descrita en el tipo penal, sino a su vez por el comportamiento del titular del bien jurídico, un tercero o incluso el azar (la desgracia). Esto implica necesariamente que, si bien no se trate al autor como víctima, sí se le despoje de cierto grado de responsabilidad, al mismo tiempo que a la víctima, a la inversa, se le haga cargar con parte de los costes, cuando sea competente por el resultado lesivo. Esta operación consistente en distribuir competencias, puede ser observada transversalmente en toda la teoría del delito. Piénsese desde los problemas de imputación objetiva, pasando por los casos de provocación de una situación de justificación, hasta llegar a los problemas de culpabilidad y merecimiento de pena.

Y el segundo amplio campo de investigación que aquí se abre, se relaciona con el lugar que ocupa la exigencia de un hecho principal culpable en la construcción del injusto del interviniente. Si bien esto será respondido en etapas posteriores de la investigación, ha de advertirse que la idea de H. MAYER de una intervención delictiva posible solo entre sujetos con capacidad de culpabilidad —la participación que él denomina *en sentido propio*—, podría no estar tan equivocada como piensa la doctrina. Es más, es esta la dirección a la que apuntan las reflexiones de algunos autores, enraizadas en el pensamiento hegeliano, al postular un *retorno* a la accesoriadad máxima. En efecto, hasta donde alcanzo, el problema de las teorías de la corrupción no eran sus maniobras en el campo de la accesoriadad máxima, sino la defensa de un doble contenido de injusto imposible de fundamentar¹³⁷. Las teorías de la corrupción fallan al no encontrar una relación de sentido normativo entre autor y partícipe que permita resolver la ecuación relativa a un injusto común a todos los intervinientes y una culpabilidad individual. Cuestión que probablemente tenga mucho que ver con la exigencia de una actuación culpable de los intervinientes, pero poco o nada con la idea de corrupción.

2.3.3 La solidarización con el injusto ajeno [SCHUMANN]

2.3.3.1. Presentación

SCHUMANN coloca al principio de autorresponsabilidad como eje de su planteamiento y rápidamente toma distancia tanto de la teoría pura de la causación como de la teoría de la participación en el injusto¹³⁸. Frente a la primera, observa que no puede explicarse el

¹³⁷ El concepto de injusto de H. MAYER es rescatado en parte por SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, p. 50. (inmediatamente *infra*) para construir su teoría de la solidarización con el injusto ajeno.

¹³⁸ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, pp. 44 ss.

merecimiento de pena de la participación a partir de la causación de la lesión al bien jurídico, ya que este resultado permanece en el área de responsabilidad del autor¹³⁹. Frente a la segunda, objeto que, si se deriva el fundamento del injusto del partícipe del injusto del autor, el partícipe acaba respondiendo por algo ajeno. Así, la alternativa para responsabilizar al interviniente por el hecho ejecutado por un tercero consistiría en postular, a partir de los postulados de la teoría de la impresión, que la acción de participación como tal ya contiene un especial disvalor de acto [*Aktunwert*] en tanto ejemplo insoportable para la comunidad, afectando la validez del Derecho y el sentimiento de paz jurídica¹⁴⁰.

Para explicar la idea del especial disvalor de acto que contiene la acción de participación SCHUMANN toma elementos conceptuales tanto de H. MAYER —aunque intentando expresamente alejarse de la idea de la participación en la culpabilidad¹⁴¹— así como de WELZEL, quien ya veía la razón interna de la punibilidad del partícipe en la promoción o determinación de un hecho socialmente insoportable¹⁴². En consecuencia, el fundamento del injusto del partícipe no residiría en una relación de naturaleza fáctica con la lesión del bien jurídico, sino en el desvalor propio del acto de intervención: la solidarización del partícipe mediante su contribución al injusto doloso ajeno¹⁴³. El injusto del partícipe sería inicialmente autónomo, pero no dejaría de referirse (en su carácter y medida) al injusto del autor, al que el acto de solidaridad va dirigido. Esta concepción tiene penetrantes repercusiones prácticas en el ámbito de los delitos especiales, tal como lo pone en relieve su mismo creador¹⁴⁴. Piénsese que si de lo que se trata es de un *extraneus* solidario con el obligado especial, no existen mayores problemas para dar respuesta al fundamento material del castigo de su intervención, a pesar de no encontrarse aquel vinculado por el deber especial. Así, por ejemplo, el secretario que colabora en la redacción de la sentencia falsa, se solidarizaría con la prevaricación del juez. Por ende, la infracción de la norma de participación (“no te solidarices con un proyecto delictivo...”) correría en paralelo a la infracción del deber especial.

2.3.3.2. Valoración crítica

Las críticas que la doctrina realiza contra la tesis SCHUMANN pueden reducirse en el plano metodológico, a sus tres premisas principales¹⁴⁵. En primer término, en lo que respecta al

¹³⁹ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, p. 49.

¹⁴⁰ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, p. 50. La propuesta de SCHUMANN sería una especie de “delito de perturbación de la paz”, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 46.

¹⁴¹ No obstante, en la tesis de SCHUMANN persisten algunos de los problemas principales de la teoría de la participación en la culpabilidad tal como la entendió H. MAYER, ya que los elementos subjetivos aquí también terminarían desplazando la importancia decisiva que debe tener lo objetivo para determinar el injusto del partícipe. Así, OLMEDO CARDENETE, *La Inducción como forma de participación accesorio*, 1999, p. 295.

¹⁴² WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, § 16 2.

¹⁴³ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, p. 50.

¹⁴⁴ SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, p. 51.

¹⁴⁵ Críticamente, entre otros, ROXIN, *AT*, 2006, §26/22; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 46 ss.; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, pp. 180 ss.; HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p.

principio de autorresponsabilidad erigido en eje de su teoría, si bien es cierto que con él realiza aportaciones fundamentales para la teoría de la intervención delictiva, no es menos cierto que no termina de colocarlo en el lugar adecuado. El principio de autorresponsabilidad opera delimitando el ámbito de las conductas punibles en el nivel de la imputación objetiva, no es un criterio de diferenciación entre autor y partícipe (nivel de calificación posterior)¹⁴⁶. La idea de la delimitación de las esferas de responsabilidad asignadas por el ordenamiento jurídico al autor y al partícipe a partir del principio de autorresponsabilidad parece ir en la dirección correcta cuando repentinamente queda atrapada en la lógica del concepto restrictivo de autor. SCHUMANN termina reproduciendo, con otro ropaje, el error de LÜDERSSEN, al acotar el ámbito de actuación responsable del sujeto a lo actuado de propia mano. En consecuencia, al postular que la lesión del bien jurídico protegido queda en el ámbito de responsabilidad del autor se ve obligado a buscar un disvalor de acción para la participación fuera de los tipos penales de la Parte especial. Esto nos conduce a la siguiente objeción metodológica.

En segundo lugar, la idea de solidarización es vaga. No se entiende bien en qué consiste el solidarizarse con el injusto ajeno¹⁴⁷. El uso cotidiano del término solidaridad alude generalmente al sentimiento de una persona basado en metas o intereses comunes con otro¹⁴⁸ y, por ello, su uso en la teoría de la intervención delictiva requiere necesariamente ciertas precisiones, si no se quiere terminar en un criterio demasiado subjetivo¹⁴⁹ que se interprete como relativo a la presencia de determinada intención en el partícipe al momento de realizar

135; PEÑARANDA RAMOS, *La Participación en el delito*, 2015, p. 457; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 138; OLMEDO CARDENETE, *La Inducción*, 1999, p. 295 ss.

¹⁴⁶ Así LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 192 s. Véase en detalle *infra*, punto 3.3.

¹⁴⁷ Véase OLMEDO CARDENETE, *La Inducción*, 1999, p. 296

¹⁴⁸ Observando el contenido emocional e intencional al que alude la idea de solidaridad, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, p. 301 nota 245. (quien sutilmente hace referencia al solidarizarse como un *topos* un tanto evanescente); PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2015, p. 455 y MIRÓ LINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, p. 52 nota 99.

¹⁴⁹ Véase OLMEDO CARDENETE, *La Inducción*, 1999, p. 295.

su aportación¹⁵⁰. SCHUMANN no afirma esto¹⁵¹, pero tampoco objetiviza su propuesta, camino que según podemos intuir, lo conduciría a diseñar una teoría de la prohibición de regreso similar a la de JAKOBS, diluyéndose así la noción de solidaridad como tal¹⁵². Por otra parte, no se termina de entender en qué consiste el disvalor de acto propio de la participación ni como se articula con la idea de la solidarización con el injusto ajeno¹⁵³.

Por último, en el plano metodológico cabe agregar que la incorporación de los postulados de la teoría de la impresión para construir el injusto del partícipe son *ab initio* censurables: “La esperanza de la generalidad de que no se cometan hechos punibles no puede ser reconocida como bien jurídico y objeto de protección de ninguna norma de comportamiento [...] El fundamento de la confianza de la comunidad jurídica se construye a través de normas, las cuales protegen a bienes jurídicos individuales y a sus titulares”¹⁵⁴. Esta triple crítica tiene consecuencias sistemáticas no poco importantes. Puntualmente, por un lado, se pierde de vista que *no toda solidarización con el autor está prohibida*¹⁵⁵. Por ejemplo, la dueña de una tienda de lencería que vende una media de lycra a un conocido ladrón de bancos que acaba de obtener su libertad bajo fianza con la esperanza de que la utilice para ocultar su rostro al cometer un nuevo atraco, no comete delito alguno, y no porque no pretenda solidarizarse con el eventual autor, sino porque realiza una conducta objetivamente estereotipada

¹⁵⁰ Especialmente lejos llega SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, 1995, pp. 97 s., 126, 132, 134 y 137, en el entendimiento de la cooperación como solidarización con el injusto ajeno. Esta idea sumada a la exigencia de un autor que debe ser consciente de la contribución que el partícipe hace a su hecho, llevan a esta autora a alcanzar resultados de dudosa practicidad, pero que, sin embargo, son interesantes para comprobar hasta dónde conduce la idea de la solidarización con el injusto ajeno si se la toma en serio. En primer lugar, para SCHILD TRAPPE la cooperación secreta (sin que lo sepa el autor), a pesar de existir solidarización, no sería punible. A su vez, bastarían para una participación punible las meras manifestaciones de aprobación y solidarización como las del testigo que casualmente presente en el lugar del hecho aplaude al autor durante su ejecución. Junto con ello, se rechaza la posibilidad de una participación por omisión o una participación en cadena. Es evidente que las tesis de esta autora no se pueden compartir, pues se acaba en un sistema subjetivo. Como pone en relieve ROXIN, *AT*, 2006, § 26/196 las consecuencias prácticas de la tesis de SCHILD TRAPPE son objetables, además, desde el punto de vista del Estado de Derecho, pues se pone el acento casi de manera exclusiva en la manifestación de la voluntad interna del sujeto. Si, por ejemplo, alguien posibilita un hurto impidiendo sin que lo note el autor, que el propietario intervenga cerrándole una puerta, le ha privado a la víctima de su propiedad, lo que implica un mayor merecimiento de pena frente al caso de quien no hubiera contribuido en nada al hecho y se hubiera limitado a aplaudirlo.

¹⁵¹ Incluso aclara que en realidad la intención con la que el partícipe actúe no puede ser un dato relevante para la valoración de su comportamiento, sino que debe estarse a la proximidad de la aportación con el hecho o al carácter esencial de la misma. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, pp. 67 ss. No obstante, ello no alcanza para revestir de criterios objetivos a la idea de solidaridad.

¹⁵² PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2015, p. 457.

¹⁵³ Así HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 135. En la misma línea LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 183 s. observa que SCHUMANN no consigue desprenderse de la visión del injusto como lesión de bienes jurídicos.

¹⁵⁴ RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 46.

¹⁵⁵ Solo puede ser objeto de una prestación de ayuda aquello que el ejecutor necesita, por lo tanto, lo que es superfluo, aun cuando pueda expresar una cierta solidaridad con el autor no constituye una prestación de ayuda. Así MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, p. 89 siguiendo a KINDHÄUSER «Zum Begriff der Beihilfe» *FS-Otto*, 2007, p. 361. En esta línea también NIKOLIDAKIS, *Grundfragen der Anstiftung*, 2004, p. 34.

(prohibición de regreso)¹⁵⁶. Y, a la inversa, también se ignora que *no toda solidarización punible con el autor consiste en una participación*: piénsese en el encubrimiento o en la liberación de presos, conductas constitutivas de un injusto diverso¹⁵⁷.

En otro orden de ideas, si la solidaridad solo cabe en relación con algo previamente existente, no habría en la inducción un injusto con el cual solidarizarse, en tanto es el mismo inductor el que determina su realización¹⁵⁸. Lo mismo cabría apreciar en las aportaciones realizadas en el estadio previo al comienzo de la tentativa, pues ¿cómo se explica que una persona devenga competente por lo ejecutado más tarde por otra a partir de la idea de la solidarización? Si el fundamento de la participación punible se encuentra en la solidarización con el injusto del autor, y esta implica un objeto existente (es difícil pensar en una solidarización con algo que es incierto), existirían dificultades estructurales para explicar el favorecimiento en la fase previa al igual que la inducción. Ahora, si como contraargumento se opone que en estos casos ya existe un disvalor de acto [*Aktunwert*], entonces el fundamento del injusto del partícipe consiste en otra cosa, pero no en la solidaridad con el injusto del autor, quedando abierta la pregunta sobre el contenido de ese *ejemplo insoportable* para la comunidad y su relación con el hecho principal¹⁵⁹.

En realidad, lo anterior demuestra que la antijuridicidad de la participación se origina más bien en una falta de solidaridad con el bien jurídico atacado¹⁶⁰. De allí es posible deducir que la esencia de la participación no puede consistir en otra cosa que no sea la lesión al mismo bien jurídico que ataca el autor, el cual debe estar también protegido contra el partícipe. La sociedad tiene interés en que no se cometan delitos, pero esta expectativa generalizada solo puede encausarse mediante la definición objetiva de normas de comportamiento especificadas individualmente que protejan las posiciones jurídicas de los ciudadanos.

2.3.4. El abuso del Derecho [HAAS]

2.3.4.1. Presentación

¹⁵⁶ Es que las contribuciones que no producen un aumento del riesgo de producción del resultado, sino que únicamente “facilitan” la actividad del autor principal no son cooperación y, por lo tanto, permanecen de *lege lata* impunes. Ampliamente, SCHAFFSTEIN, *FS-Honig*, 1970, pp. 180 ss.

¹⁵⁷ El encubridor también se solidariza con el hecho del autor, por ejemplo, receptando el objeto del delito. De este modo, si se quiere ser coherente el punto de vista de SCHUMANN, al encubridor debería tratárselo como un partícipe, con los problemas de justicia material que ello acarrearía al castigar con la misma escala penal de la participación a un hecho con un contenido de injusto diverso. Asimismo, y dejando de lado que los códigos penales modernos tratan al encubrimiento como un delito autónomo, tampoco fluiría con facilidad la idea de una intervención en un hecho consumado.

¹⁵⁸ Así RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 46, nota 162.

¹⁵⁹ Agrega ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 138, en esta línea y yendo un poco más allá, que si el injusto de la participación se agotara en la realización de una conducta que simplemente significa solidarizarse con el injusto ajeno, en tanto que con ella resulta lesionada la vigencia del Derecho, entonces la ejecución del hecho principal no debería desempeñar ningún papel: debería ser castigada toda conducta de solidarización pese a que el hecho principal no entrara en la fase ejecutiva.

¹⁶⁰ Así RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 47.

HAAS¹⁶¹ propone una continuación del camino transitado por SCHUMANN en dirección a buscar el fundamento de la participación en criterios generales del Derecho, intentando dotar de mayor precisión a la teoría de la solidarización con el injusto ajeno. En la argumentación del autor citado, se encuentran valiosas claves para esta investigación. Para explicar que la participación sería un injusto autónomo en relación con el hecho de autor, aunque dependiente de este en sentido normativo¹⁶², HAAS recurre a la figura de abuso del derecho del § 226 BGB [*Schikaneverbot*]¹⁶³. El comportamiento del partícipe sería un ejercicio inadmisibles de un derecho que excedería los límites inherentes a su libertad de actuación¹⁶⁴. Por lo tanto, la base de la ilicitud de la conducta del partícipe no sería una cuestión subjetiva, sino que se derivaría del contexto social-comunicativo externo de la concreta situación del hecho [*äußeren sozial-kommunikativen Kontextes der konkreten Tatsituation*], el cual se configuraría a expensas del titular del bien jurídico afectado al que se dirige el hecho principal antijurídico que provoca o favorece el partícipe.

Con base en esta referencia objetiva de sentido delictivo, el partícipe no podría objetar que el hecho principal antijurídico a él no le concierne. Según el núcleo conceptual de esta tesis, debe negarse el ejercicio de un derecho que únicamente expresa el objetivo de dañar a otro. De este modo, la prohibición del abuso del derecho no sería otra cosa que el reconocimiento de la posición jurídica del potencial afectado. Tales conclusiones no solo se desprenderían del § 226 BGB, sino además del unánimemente reconocido derecho de legítima defensa otorgado al titular del derecho contra aquel que le impide su ejercicio ilegítimamente. Para HAAS, esta sería la dirección adecuada para interpretar en clave objetiva la idea de solidarización propuesta por SCHUMANN, a la que nada aportaría el concepto de disvalor de acto¹⁶⁵.

“Aceptar que a la participación le es inherente un pensamiento jurídico similar a la prohibición de abuso del derecho, [...] en donde el comportamiento de participación se dirige al cumplimiento del tipo antijurídico solo por el contexto social-comunicativo externo de la concreta situación de hecho, explica por qué el partícipe responde jurídico penalmente por el daño a la víctima del hecho principal, aunque su comportamiento no lesiona inicialmente la posición jurídica protegida típicamente. Entre su titular y el inductor o el cooperador también existe una relación jurídica previa [*vorgelagertes’ Rechtsverhältnis*], la que simbióticamente refuerza la posición jurídica protegida típicamente y, en vigor de esta, el propietario le puede prohibir al partícipe (incluso cuando aquel es solo un *extraneus* como en los delitos especiales de deber) la inducción del autor principal o el favorecimiento del hecho antijurídico”¹⁶⁶.

¹⁶¹ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, pp. 130 ss.

¹⁶² Para HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 138, debe distinguirse estrictamente la accesoriadad normativa de la participación de la accesoriadad fáctica presente en la autoría mediata. Crítico, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, nota 98.

¹⁶³ § 226 BGB “*Schikaneverbot: Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*”. El § 226 del Código Civil Alemán prevé la figura del abuso del derecho y prescribe que el ejercicio de un derecho es inadmisibles si solo tiene el propósito de causar un daño a otro.

¹⁶⁴ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 134.

¹⁶⁵ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 135.

¹⁶⁶ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 137.

Lo que HAAS quiere decir al recurrir a la categoría civil del abuso del derecho para explicar el injusto de la participación es que, si bien inductor y cómplice no realizan directamente la conducta descrita en el tipo penal, con sus aportaciones ignoran una relación jurídica previamente reconocida (de la que es titular la víctima) y, por ello, se lo puede hacer responsable mediatamente por la realización del hecho principal antijurídico ejecutado por el autor. “Este orden dogmático hace evidente por qué es posible una expansión de la responsabilidad por el comportamiento ajeno, sin esforzarse en la construcción de una imputación extraordinaria, cuyos presupuestos a diferencia de la autoría mediata no se cumplen”¹⁶⁷. Por ello, en la propuesta de HAAS, el partícipe realiza su propio injusto, el cual se le imputa respecto al ejecutor de manera ordinaria, a diferencia de lo que sucede en la autoría mediata o en la coautoría, en donde los autores mediatos y los coautores no atacan por sí mismos la posición jurídica protegida por el tipo penal, ya que ellos no cuestionan la esfera jurídica de la víctima, pero sí ofrecen con su comportamiento una base para imputar el injusto al ejecutor como si ellos mismos hubiesen realizado la conducta del hombre de adelante¹⁶⁸.

Estas consideraciones encuentran su fundamento en *Kausalität und Rechtsverletzung* donde HAAS desarrolla un concepto de causalidad definido normativamente a partir del alcance de los derechos subjetivos¹⁶⁹. Con base en el § 903 BGB (“el propietario de una cosa puede [...] disponer de la cosa según su voluntad y excluir a otros de cualquier intromisión”), el titular de un derecho tendría una doble facultad, la de utilización y la de exclusión. La primera, le otorgaría a su titular la facultad de determinar el estado de la propia esfera jurídica, especialmente sus modificaciones; la segunda, consistiría en la pretensión de que terceros organicen su propia esfera jurídica de forma tal que no tengan lugar procesos que causen modificaciones indeseadas. Es esta doble facultad, la de disponer de un objeto determinado y la de excluir a personas no autorizadas, la que caracterizaría a toda relación jurídica. Por lo tanto, en cualquier delito de lesión se verían afectados tanto el derecho subjetivo del perjudicado, en cuya posición jurídica interfiere el autor, como el Estado, cuya norma de comportamiento establecida para la protección de la esfera jurídica afectada es infringida por el autor¹⁷⁰. En otras palabras, en los delitos de lesión se afecta horizontalmente la relación jurídica y verticalmente la norma de comportamiento¹⁷¹.

2.3.4.2. Valoración crítica

Antes que nada, ha de advertirse que la sugerente propuesta de HAAS no apuntala objetivamente el criterio de SCHUMANN, sino que lo modifica hasta que emerge un fundamento del injusto de la participación completamente diverso. Como se anticipó, si se

¹⁶⁷ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, p. 138.

¹⁶⁸ HAAS, *Die Theorie der Tatherrschaft*, 2008, pp. 80 ss., 112 ss.

¹⁶⁹ HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 185 ss.

¹⁷⁰ Asume estos postulados RENZIKOWSKI, «Pflichten und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung», *GA*, 2007, pp. 572 ss.

¹⁷¹ HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 58 ss.

des-subjetiviza la idea de la solidarización con el injusto del autor, y se postula una relación de sentido delictivo derivada del contexto externo en el que tiene lugar el comportamiento del partícipe, se desvanece la solidarización como tal y nos aproximamos a un enfoque cercano a la teoría de la imputación objetiva. Pero la idea de la teoría de la participación delictiva como instituto jurídicamente análogo al de la prohibición del abuso del derecho, por sí misma, es insuficiente para explicar el fundamento del injusto del partícipe, cabiéndole las mismas objeciones hechas en contra de la tesis de SCHUMANN en orden a su vaguedad. No se acaba de comprender en qué consiste el contexto social-comunicativo externo de la concreta situación del hecho en el que debe situarse el comportamiento del partícipe, si es que pretende ser algo distinto a la teoría de la imputación objetiva. Por último, este enfoque, si bien es objetable por quedar entrampado en la vieja discusión del Derecho civil sobre cuándo existe un ejercicio abusivo del derecho, ya antes, es criticable porque difícilmente se podría asumir que el interviniente en un hecho delictivo haya tenido un derecho (*posición jurídica previa*) del que haya realizado un ejercicio abusivo. Aquí, debe notarse que nadie tiene un derecho previo de extender la esfera de organización propia en desmedro del titular de otra esfera de organización, por el contrario, lo que existe es un deber —inicialmente negativo— de administrar el estado de la propia esfera de organización de manera inocua para los demás.

Con todo, no dejan de ser interesantes los pasos dados por HAAS en orden a una interpretación elástica de la participación delictiva prestando atención a las reglas del Derecho civil¹⁷². Tal vez centrarse en la figura del abuso del derecho no sea el camino adecuado, sin embargo, esta perspectiva puede rescatarse si se la pone en relación con el proceso de juridificación de la imputación informal que caracteriza al Derecho civil. Ello no con el objetivo de reivindicar la formalización del Derecho penal y renunciar así a la construcción de criterios materiales de imputación propios, sino a la inversa, para buscar allí ciertas reglas del trato social que permitan responder a la pregunta sobre el significado de la intervención delictiva.

2.4. Responsabilidad del partícipe por intervenir en un hecho colectivo

2.4.1. La intervención en un hecho común [JAKOBS, LESCH, ROBLES PLANAS]

2.4.1.1. Presentación

En este tramo se desarrolla un programa teórico que rompe con la dualidad entre injusto derivado e injusto autónomo al postular que en los contextos de pluralidad de intervinientes el delito no es ni ajeno ni propio, sino una obra común que pertenece a todos aquellos que lo hacen posible. Se rompe así, con la matriz del concepto restrictivo de autor que asocia la

¹⁷² Explorando una interpretación de las formulaciones de los tipos penales a partir de las reglas del Derecho civil, también HAFFKE, «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal» en SILVA SÁNCHEZ (ed.) *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal — Libro homenaje a Claus Roxin*, 1995, pp. 136 s.

ejecución con la autoría y la no ejecución con la participación, pues el partícipe, al igual que el autor, también realiza el tipo. Es a la comunidad de autor y partícipe, que se ha organizado de manera conjunta, a la que se le imputa el hecho típico. En el manual JAKOBS denomina a su punto de vista sobre el fundamento del injusto del partícipe “teoría de la participación en el injusto referida al resultado” [*Theorie der erfolgsbezogenen Unrechtsteilnahme*]¹⁷³. Esta etiqueta, sin embargo, es engañosa. Por un lado, porque conduce a algunos autores a considerar a este planteamiento como una versión de la teoría de la participación en el injusto¹⁷⁴, cuando en rigor sus particularidades ameritan un tratamiento separado. Pues, es difícil objetarle a JAKOBS que aún cargue consigo el genotipo de la tesis welzeliana de la dependencia del injusto del autor. Por otro lado, aquel rótulo no solo es equívoco *hacia fuera*, generando confusión frente a los enfoques tradicionales, sino también *hacia dentro*, no haciendo justicia a las modificaciones paulatinas que ha experimentado su teoría de la intervención.

En el manual de JAKOBS se puede leer que “el injusto de la participación consiste en el ataque propio —pero no en concepto de autor— a un bien por medio de la causación imputable de un hecho de autor o, más exactamente, la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación”¹⁷⁵. Así, parece que se asume el modelo restrictivo de autor, otorgándosele un lugar preponderante a la accesoriedad como principio rector del binomio categorial autor/partícipe. Las descripciones de delitos de la Parte Especial comprenderían solo la ejecución en concepto de autor de quien comete por sí mismo, mientras que el castigo de la participación supondría una ampliación de la punibilidad. Pero, a diferencia de la coautoría y la autoría mediata¹⁷⁶ que también se consideran ampliaciones de la punibilidad, en la participación la relación entre el interviniente y la configuración de la concreta realización del tipo o la decisión sobre si ésta se lleva a cabo es más laxa: el partícipe no configura el hecho en igual medida que el autor, ni tampoco decide sobre éste como aquel¹⁷⁷.

Y allí, aunque sin dejar de lado completamente el modelo restrictivo de autor, se puede apreciar la primera ruptura con la concepción tradicional de la teoría de la intervención: la ejecución del hecho principal no es solo ejecución para quien realiza los elementos del tipo en su propia persona, sino también para quien lo motiva o lo ayuda. El partícipe deja de orbitar alrededor de algo que le es ajeno, para apropiarse de algo que es suyo y, a la vez, del autor. Se trata de un hecho común a ambos que, sin embargo, les pertenece en distinta medida. En sus palabras:

“El partícipe no responde porque llevar a cabo un hecho principal constituya injusto para el autor principal, sino porque la ejecución de éste también se le puede imputar a él como partícipe: La

¹⁷³ JAKOBS, *AT*, 1991, 22/6.

¹⁷⁴ Así HEGHMANN, *GA*, 2000, p. 473 nota 1; JESCHECK/WEIGEND, *AT*, 1996, § 64 I 2, nota 5.

¹⁷⁵ JAKOBS, *AT*, 1991, 22/9.

¹⁷⁶ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 37 s.; EL MISMO, *AT*, 1991, 22/6, sin embargo, considera a la autoría mediata como un supuesto de autoría directa fenotípicamente disfrazado en el que el instrumento no produce ningún sentido delictivo, lo que problematizaría su entendimiento como una causa de extensión de la punibilidad, pasando a ser normativamente la realización misma del tipo.

¹⁷⁷ JAKOBS, «Beteiligung», *FS-Lampe*, 2003, pp. 563 ss.; EL MISMO, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, 1996, pp. 74 ss.; EL MISMO, *AT*, 1991, 22/6.

ejecución es también obra suya, debido a la causa común que él lleva a cabo con el autor principal”¹⁷⁸.

La distancia que separa a esta perspectiva de las teorías de la participación en el injusto es manifiesta: la aportación a la ejecución de propia mano del autor convierte al hecho principal en algo que puede imputarse también al partícipe como obra suya, transformándolo en la obra mancomunada de todos los intervinientes. El hecho deja de ser algo ajeno al partícipe porque, con base en el principio de autorresponsabilidad, él también es competente por haber organizado objetivamente un contexto delictivo mediante su contribución. El comportamiento de intervención es el motivo por el que se le imputa al partícipe la ejecución del hecho principal como algo de lo que también forma parte.

Ahora bien, aunque inicialmente JAKOBS construye su tesis a partir del modelo restrictivo de autor, en escritos posteriores termina de abandonarlo completamente. Ello es una consecuencia inevitable de la maduración de la idea de un injusto que para todos los intervinientes consiste en la realización del tipo penal, pues, si ello es así, no cabe concebir a la participación como una *causa de extensión de la pena*. Los §§ 26 y 27 StGB al ser entendidos como extensiones de la punibilidad impedirían comprender la razón por el que se castiga al partícipe a la vez que se destruirían los límites del tipo penal¹⁷⁹. JAKOBS no deja dudas de que propone algo distinto a la doctrina dominante: el fundamento de la imputación en la intervención es la apropiación del injusto —ya no su mera causación, como afirmaba en su manual— que en el caso de los partícipes que actúan por medio de una mano ajena, únicamente puede ser llevada a cabo mediante la accesoriedad¹⁸⁰. Naturalmente, los otros dos pilares de este planteamiento son la adopción de un modelo máximo de accesoriedad interna y el recurso a la categoría normológica de las *Obliegenheiten* para explicar la intervención pre-ejecutiva, pero de ello me ocuparé en otro lugar.

En las reflexiones de LESCH, por su parte, se encuentran presentes las dos principales perpendiculares trazadas por JAKOBS frente a la doctrina mayoritaria: el rechazo al concepto restrictivo de autor¹⁸¹ y el alejamiento del criterio del dominio del hecho¹⁸². Para LESCH el fundamento y objeto de la responsabilidad jurídico-penal de todos los intervinientes es el mismo, a saber, la competencia por la ejecución colectiva del hecho típico, siendo únicamente diversa la magnitud de sus aportaciones¹⁸³. Mientras “la responsabilidad según su

¹⁷⁸ JAKOBS, *AT*, 1991, 22/8.

¹⁷⁹ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 1.

¹⁸⁰ JAKOBS, «Akzessorietät», *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 109 ss.; JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 2 ss.; EL MISMO, *GA*, 1996, pp. 253 ss.; EL MISMO, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, 1996, p. 80.

¹⁸¹ LESCH, *Intervención delictiva*, 1995, p. 46 ss., 49 ss., 56; EL MISMO, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 76 ss., 167 ss., 244 ss.; EL MISMO, «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung», *ZStW* 105, 1993, p. 274; EL MISMO, «¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?» *Revista del Poder Judicial*, 57, 2000, pp. 83 ss.

¹⁸² LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 114 ss., 200 ss.; EL MISMO, *Intervención delictiva*, 1995, pp. 57 ss.

¹⁸³ No obstante seguir defendiendo una diferencia cualitativa entre complicidad e inducción. Sobre ello, ampliamente, LESCH, *Intervención delictiva*, 1995, pp. 74 s.; EL MISMO, *Sukzessiven Beihilfe*, pp. 76 ss., 161 ss., 185, 284 ss., 288 ss. De otra opinión DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, pp. 262 s. para quien la autoría y la participación solo serían diferenciables una de otra cuantitativamente, pero no

fundamento es idéntica para todos los intervinientes, las cuotas de responsabilidad son distintas, en tanto [y] en cuanto se amenace con diferentes penas”¹⁸⁴. Por ello, la pregunta crucial no pasa por quién es partícipe y quién es autor, sino por quién debe responder por la ejecución, lo cual, en supuestos de pluralidad de intervinientes, significa examinar quién es miembro del colectivo, un problema de imputación objetiva. Únicamente después de resolver esta cuestión, podrá considerarse la calificación de la intervención.

En línea con el planteamiento anterior, ROBLES PLANAS diagnostica el problema del fundamento del injusto del partícipe como una oposición irresuelta entre la responsabilidad por el propio injusto y la responsabilidad accesoria, alcanzando la conclusión de que el injusto del partícipe debe ser entendido de forma autónoma¹⁸⁵. Las teorías que hasta la fecha han intentado explicar la estructura del injusto de la participación no habrían logrado armonizar su necesaria autonomía con la idea de que el partícipe interviene en algo,

“y ese algo en un Derecho penal del hecho, debe ser un hecho típico. Dado que la intervención puede tener lugar antes del inicio de la realización del tipo, el injusto del partícipe no puede definirse como tal sin considerar el tipo de la Parte especial, a no ser que se sacrifique la perspectiva del hecho”¹⁸⁶.

De este modo, luego de proponer una revisión del concepto restrictivo de autor¹⁸⁷, retoma el principio de autorresponsabilidad por el propio injusto y lo presenta como columna vertebral de su teoría de la intervención¹⁸⁸. ROBLES PLANAS piensa que debe abandonarse el concepto de autor como figura central a partir de la cual se diseña la arquitectura de las formas de intervención delictiva¹⁸⁹. Así, el concepto de autor pasaría a ser un subconcepto, secundario y posterior respecto del más amplio y primario de interviniente en el delito¹⁹⁰. Este cambio de perspectiva toma como base la idea de una intervención en un hecho colectivo, el cual permite responder a la pregunta sobre la clase de relación que vincula un hecho injusto con un agente¹⁹¹. Un principio de autorresponsabilidad normativo, según el

cualitativamente; recomendando expresamente también para la coautoría una posibilidad de atenuación de la pena como la vigente para la cooperación. En la misma línea, pero con matices, FRISTER, *FS-Dencker*, 2012, pp. 131 s.

¹⁸⁴ LESCH, *Intervención delictiva*, 1995, p. 64.

¹⁸⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 130 ss.

¹⁸⁶ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 139.

¹⁸⁷ “El error del concepto restrictivo de autor en su formulación ordinaria es que reúne en un mismo supraconcepto dos partes que deben ser separadas: la fundamentación del injusto típico y la calificación de la intervención”, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 267.

¹⁸⁸ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, 2007, pp. 17 ss.

¹⁸⁹ Tal cual lo propone ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed. 2015, § 40.

¹⁹⁰ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 15 s.; EL MISMO, *La participación en el delito*, 2003, pp. 130 ss.; EL MISMO, «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret*, (2), 2012, p. 2.

¹⁹¹ En el ámbito de la doctrina española, puede citarse también a PEÑARANDA RAMOS como otro de los autores que despliega sus argumentos en línea con la idea de un injusto global. En su conocido trabajo sobre *La participación en el delito*, 2015, p. 453, a partir de una defensa normativista del principio de autorresponsabilidad postula que “nadie puede ser hecho responsable del injusto de otro. Lo que sucede es que el propio desvalor del hecho del partícipe solo puede ser captado adecuadamente si se lo contempla

cual el partícipe no solo responde por lo que hace de propia mano, sino también por aquella ejecución de otra mano que ha hecho suya, se contraponen frontalmente a la idea del hecho delictivo como propiedad exclusiva del autor¹⁹². Si ello así fuera, tal como lo plantean las teorías de la participación en el injusto, no podría explicarse por qué razón debería castigarse también a otra persona distinta cuya voluntad no se manifiesta en el hecho y, por consiguiente, no le pertenece.

“La ejecución del hecho que lleva a cabo el autor no puede ser algo ajeno al partícipe, sino que, en alguna medida, éste debe estar vinculado a ella. Se trata, efectivamente, de una vinculación de carácter normativo, es decir, de una relación de sentido en virtud de la que se establece que quien interviene de una determinada forma en un hecho, ya sea antes o después del inicio de la ejecución, no puede renunciar a las consecuencias de su actuar”¹⁹³.

El *iter* argumentativo que sigue ROBLES PLANAS lo lleva a concluir que entre la conducta de intervención y la ejecución debe existir una “relación de sentido” que consiste en *la pertenencia común del hecho* (co-configuración o configuración común del hecho). Lo que las diversas contribuciones tienen en común, esto es, lo que les confiere el sentido de ser una intervención en algo, es justamente que todas ellas explican objetivamente ese “algo” y, por ello, su

en su relación con el comportamiento de otros sujetos. Una consideración global y no aislada de su conducta dentro del conjunto del acontecimiento es también aquí imprescindible”. PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2015 p. 493 deduce —a partir de las reflexiones de HERZBERG— un concepto de accesoriadad con dos aspectos que no deben confundirse: el aspecto positivo, un conjunto de criterios de imputación no específicamente vinculados a la participación accesoria, que atiende a puntos de vista materiales relacionados con el fundamento de la pena de la participación; y el aspecto negativo que se orienta a impedir una extensión incontrolada de la punibilidad a los partícipes. La normativización del injusto de los intervinientes también está presente en la argumentación de SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, p. 376, para quien “al partícipe se lo castiga porque el riesgo no tolerado que genera su conducta se ha materializado en el resultado de lesión”. En la búsqueda de un fundamento de la participación, este autor distingue dos componentes: uno autónomo, propio del partícipe y que sería la creación de riesgo por encima de los niveles permitidos, y otro derivado o accesorio, que consistiría en la materialización del riesgo creado en un hecho principal jurídico-penalmente relevante. El primer momento se correspondería con el desvalor de acción y el segundo con el desvalor de resultado de la participación. Por su parte, MIRÓ LINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 137 s. también asume que los tipos descritos en la Parte especial del Código penal no definen injustos de autor, sino simplemente injustos: “Lo que se prohíbe, pues, con la regulación normativa de la forma de intervención como partícipe no es la colaboración o facilitación del delito de otro, ni la realización de un riesgo jurídicamente desaprobado llevada a cabo a través del autor, sino la integración en el injusto de otro mediante un comportamiento que supone pasar a formar parte del proceso de realización del injusto que el legislador quiere evitar”. “El partícipe no realiza el injusto como el autor, pero lo hace suyo, se integra a él, y por eso responde, por realizar algo cuyo único significado social posible es el favorecer al autor. Por eso el partícipe solo responde de forma accesoria: pues si no hay injusto en el que integrarse no hay intervención a modo de participación, y dado que el injusto solo lo es a partir de la tentativa, si no se inicia la ejecución no ha habido nada a lo que integrarse”, MIRÓ LINARES, *Conocimiento e imputación en la participación delictiva*, 2009, pp. 140 s.

¹⁹² “Si se identifica comisión responsable únicamente con comisión “por-uno-mismo” entonces solo puede imputarse el hecho como propio a quien actúa en último lugar cumpliendo los requisitos del tipo (teoría del dominio —físico-natural— del hecho). El hecho pertenece en exclusiva al autor porque ha ejecutado por sí mismo los elementos del tipo. La dificultad para justificar el castigo de la participación surge precisamente de la autorresponsabilidad del autor”, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 156.

¹⁹³ ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, p. 16.

existencia les pertenece —en mayor o menor medida—¹⁹⁴. De este modo, la estructura de la imputación en la participación consiste en que, por un lado, el partícipe dispone una razón para que opere la accesoriad (para *acceder* al hecho) y, por otro, la tipicidad propia del hecho penalmente relevante es trasladada por la accesoriad a la conducta de participación¹⁹⁵.

2.4.1.2. Valoración crítica

En la perspectiva que mira al injusto del partícipe como parte de algo más grande, a lo que todos los intervinientes han contribuido normativamente en tanto comportamiento imputable, se pueden detectar valiosas claves para esta investigación. La primera de ellas es la ruptura con el paradigma del autor como figura central del acontecer delictivo. Ya notamos cómo las teorías de la participación en el injusto que parten de esta premisa son incapaces de contestar satisfactoriamente preguntas elementales. Por su lado, los intentos de la teoría *pura* de la causación tampoco alcanzan, pues, al mismo tiempo que se rebela contra el modelo restrictivo de autor lo reproduce especularmente, pero centrándose en la figura del partícipe. Ambos puntos de vista, más allá de las diferencias que los separan, llevan consigo ínsito el paradigma de la causalidad en tanto amalgama que une la actividad de autor y partícipe, permaneciendo en la penumbra el verdadero sentido de los comportamientos de los intervinientes detrás de las manifestaciones fenotípicas del hecho como suceso externo. Por ello, una de las aportaciones fundamentales de JAKOBS, LESCH y ROBLES PLANAS es el abandono del cajón de salida de las reflexiones de la segunda mitad del siglo pasado: el concepto restrictivo de autor.

El segundo paso crucial dado por este sector de la doctrina es la presentación de un principio de autorresponsabilidad por el hecho acuñado de modo normativo. Las teorías agrupadas en esta tercera categoría postulan un injusto del partícipe autónomo, pero como tal, no desligado de las consecuencias de su articulación con las aportaciones de otros agentes. El injusto frecuentemente queda circunscrito a la comisión de propia mano, sin embargo, en los contextos de codelinuencia esto no es así, imputándosele al partícipe también lo actuado por el otro interviniente, cuando mancomunadamente han organizado un contexto con consecuencias objetivamente delictivas¹⁹⁶. El desafío es armonizar la necesaria autonomía del injusto individual con la idea de un partícipe que interviene en un hecho típico¹⁹⁷. La coordenada principal reside en el principio de autorresponsabilidad, eje en torno al cual gira la imputación jurídico-penal en supuestos de pluralidad de intervinientes, distinguiéndose aquí un aspecto positivo —todo individuo debe responder de las consecuencias de su

¹⁹⁴ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 157.

¹⁹⁵ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 180.

¹⁹⁶ Véase JAKOBS, *FS-Yamanaka*, 2017, p. 105; EL MISMO, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, 1996, p. 80.

¹⁹⁷ Véase LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 184 ss.

conducta— y un aspecto negativo —solo él mismo—¹⁹⁸. Lo que ponen de manifiesto JAKOBS, LESCH y ROBLES PLANAS se puede traducir del siguiente modo: nadie debe contar con lo que otro sujeto autorresponsable haga con su propia conducta, salvo (¡) cuando ella expresa una relación de sentido actual o futura con un hecho delictivo —un comportamiento que tiene el significado de *llevar adelante* [*Voranbringen*] la planificación delictiva¹⁹⁹ o *un riesgo especial de continuación delictiva*²⁰⁰—.

Sin embargo, en esta aproximación persisten preguntas que demandan reflexiones ulteriores. Si el fundamento del injusto del partícipe es idéntico al fundamento del injusto del autor porque ha hecho suya una obra que significa el quebrantamiento de una norma jurídico-penal, entonces en qué consiste el particular contenido de la directiva de conducta en relación con cada uno de los intervinientes. Si a ello se contesta que en ambos casos se trata de la prohibición contenida en el tipo, entonces el partícipe que interviene antes del comienzo de la tentativa también realizaría el tipo, debiendo ser castigado por participación consumada incluso cuando no hubiera tentativa de delito, un adelantamiento de la barrera de punibilidad a todas luces insostenible. El partícipe que actúa en la trastienda todavía no forma parte del colectivo, aunque este se encuentre presente en la proyección de su actividad. Aquí la realidad del momento individual parece opacar la virtualidad del colectivo.

Es necesario dar mejores explicaciones frente a aquello que sucede con el partícipe cuando la actividad del ejecutor no acaece: ¿acaso su actividad está prohibida si no se inserta finalmente en una red estructurada de significado, es decir, si el autor no comienza la ejecución? ¿Cuál debe ser el contenido de injusto de lo que parece ser un significante abierto? Y si hay ya un injusto, ¿este puede implicarle al partícipe el deber de tolerar la acción justificada del Estado o la víctima en su representación para impedir que el proceso ejecutivo se concrete en una lesión? Estas preguntas deben ser respondidas y para ello es necesario avanzar más allá de un concepto extensivo de autor apuntado por la teoría de la imputación objetiva. Que estas cuestiones no son resueltas con el muy valioso instrumental que nos provee la doctrina de corte funcionalista se comprueba cuando se advierte el astuto giro argumentativo de JAKOBS para explicar mediante el recurso a las *Obliegenheiten* que incluso antes de la realización del tipo “hay algo”.

3. La gravitación de los modelos de autoría en el diseño de los planteamientos precedentes

3.1. El modelo restrictivo de autor como punto de partida

¹⁹⁸ Véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 290, en la misma línea de HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 139 ss. y PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2015, pp. 463 s.

¹⁹⁹ Así JAKOBS, *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 109 ss.; JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 22.

²⁰⁰ Así ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 291.

El modelo restrictivo de autor es el preferido por la doctrina dominante y se asume como premisa mayor del razonamiento a partir del cual se deriva el fundamento del injusto del partícipe²⁰¹. La idea relativa a que el autor realiza la acción típica por sí mismo, junto con otras personas o por medio de otro, e inductor y cómplice quedarían extramuros del tipo²⁰², exhibe problemas en toda la teoría de la intervención delictiva²⁰³. Cuando se identifica el

²⁰¹ En profundidad ROTSCH, *"Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft*, 2009, pp. 11 ss.; HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2012, pp. 150 ss.; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 13 ss.; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 115 ss.; VOLK, «Tendenzen zur Einheitstäterschaft — Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs», *FS-Roxin*, 2001, pp. 563 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La Participación en el delito*, 2015, pp. 351 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría en derecho penal*, 1991, pp. 41 ss.; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, pp. 8 ss.; LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 76 ss.; BOLEA BARDON, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 75 ss.

²⁰² Para el concepto restrictivo de autor la participación es —en relación con la categoría de autor— una estructura de imputación derivada, así ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2000, §§ 40 ss.; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, § 16 I 2. Las cláusulas de la Parte general relativas a la participación operarían como una extensión de la responsabilidad, permitiendo castigar a personas distintas del autor; siendo, la imputación de estas últimas accesoria a la del autor. En el homicidio, por ejemplo, solo sería autor quien realiza un comportamiento que puede ser contenido en la descripción del tipo que consiste en matar a otro. Por el contrario, el partícipe no mataría, siendo responsable porque ha realizado una aportación para la comisión de ese hecho punible. Así, la regulación de la participación en la Parte general del Código penal representaría una extensión de responsabilidad. El concepto unitario de autor —al menos en su versión más extendida en la doctrina, la causal— entiende que todo aquel que realice una aportación causal al resultado intervendría en calidad de autor, ello, sin considerar la importancia o magnitud de su contribución para el hecho total, o las características delictivas del resto de los intervinientes. La respectiva importancia de la actividad de cada uno de los intervinientes se ponderaría al momento de la determinación de la pena. Esta tesis al renunciar a la distinción entre autores y partícipes niega en absoluto la trascendencia de la accesoriadad. Es decir, prescinde de la idea de que el ilícito del inductor y del cómplice sea dependiente de la existencia de un hecho principal de ciertas características. De este modo, las lagunas de punibilidad que genera el principio de accesoriadad quedarían colmadas al vincularse autónomamente cada aportación con el ilícito final; véase JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 61 I 1 ss. La apuesta de la tesis de la responsabilidad indistinta de todos los intervinientes es la más elemental: todo aquel que coloca una condición causal para el delito es autor. En contra de ella, la crítica de la doctrina ha sido tenaz, pero no por ello carente de contradicciones, principalmente cuando a menudo se objeta este concepto solamente frente a los delitos dolosos, pero se utiliza para los delitos imprudentes, sin olvidar que tradicionalmente se aplicó en los delitos de omisión y de infracción de deber. Consúltese, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Autoría y participación», *Revista de Estudios de la Justicia* 10, 2008, p. 14. Los problemas básicos del concepto unitario de autor también los presenta el concepto extensivo, forjado con su misma matriz (con matices PEÑARANDA RAMOS, *La Participación en el delito*, 2015, p. 367). Ello en tanto, aquí también toda causación fundamentaría la autoría, solo que luego se acudiría a las estructuras de Derecho positivo que limitan la pena para reducirlas a participación. La propuesta es entender a los tipos de la Parte especial del Código penal como abarcadores de toda forma de intervención, mientras que la regulación de la participación en la Parte general constituiría una limitación de la responsabilidad. Dicho de otro modo: todo causante realiza el tipo penal, por lo tanto, inductor y cómplice son, en sí, también autores, pero descritos especialmente en otros preceptos de la Parte General, que convierten su respectivo ilícito en específico. En este entendimiento radica la principal diferencia con la teoría unitaria, no obstante, ambas parten de la misma premisa: todo interviniente en el hecho es autor. Véase JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996 § 61 II 1 ss.

²⁰³ LESCH, *Intervención delictiva*, 1995, p. 46 ss. observa que la autoría no debe ser equiparada con la ejecución del tipo identificando el hecho del autor con la realización típica, pues de este modo, solo quedaría una definición negativa de la participación como no ejecución propia del hecho. Las razones que proporciona en contra del modelo restrictivo de autor se pueden reducir a tres. La primera, en el ámbito de la coautoría, donde “la figura central que, como autor, debe realizar el tipo, precisamente no existe. En la ejecución delictiva en forma de división de trabajo no hay, por principio, varios hechos de cada uno de

hecho del autor con la realización típica solo queda una definición negativa para la participación en tanto no ejecución propia del hecho. Esto coloca en una situación incómoda a sus suscriptores, pues entonces ¿en qué consiste el injusto del partícipe? ¿Acaso en el favorecimiento del injusto del autor, en la causación de una lesión propia del bien jurídico independientemente del hecho del autor, en la infracción de un deber de solidaridad o en el abuso del Derecho? Tales preguntas conducen a respuestas que permanecen atrapadas en el antagonismo injusto propio/injusto derivado.

No debe perderse de vista que una fundamentación no accesoria solo en forma aparente respeta el principio de autorresponsabilidad, ya que al responder el partícipe por lo que ejecuta de propia mano o comunica con su actividad individual, se pierde de vista el sentido global del hecho. En pocas palabras, la teoría *pura* de la causación reproduce inversamente el defecto naturalista propio de la teoría de la participación en el injusto. En esta el ejecutor es autor porque realiza de propia mano la conducta descrita en el tipo, y en aquellas, el partícipe igualmente es únicamente responsable por lo que hace (o deja de hacer) de propia mano. Esta perspectiva, si bien avanza al colocar en un primer plano al principio de autorresponsabilidad, sigue sin descifrarlo en clave normativa y, a su vez, presenta problemas para los principios de culpabilidad por el hecho y de tipicidad.

En consecuencia, una fundamentación por completo autónoma —al menos en las versiones presentadas por los defensores de la teoría pura de la causación, la teoría de la participación en la culpabilidad y los defensores de las tesis basadas en criterios alternativos como el de la solidarización o el abuso del derecho— no aporta una solución adecuada. Por otro lado, no son suficientes las teorías de la responsabilidad por el injusto ajeno, aquí también el principio de autorresponsabilidad se distorsiona: el partícipe responde por el hecho ejecutado por un tercero autorresponsable y no sabemos bien por qué. Y como si el escenario no fuera ya de por sí complejo, las propuestas eclécticas intentan integrar las virtudes de la teoría pura de la causación y de la teoría de la participación en el injusto haciendo suyas lo mejor de cada una, pero sin lidiar con lo peor de ellas. Las teorías mixtas que toman un poco de aquí y un poco de allá, acaban abrazando todos los problemas de los enfoques que intentan conciliar.

los coautores, sino un único hecho que se imputa a todos los intervinientes en conjunto. Sujeto de la realización típica es pues solo el colectivo de los coautores en forma de división del trabajo, pero no cada uno por separado”. En segundo lugar, la fórmula “ejecución del tipo igual a autoría” tampoco es defendible desde el punto de vista de la autoría, rechazando que un concepto restrictivo de autor llevado hasta sus últimas consecuencias permita explicar por qué quien realiza un hecho en grado de tentativa también es autor: “precisamente la tentativa se distingue porque el tipo no ha sido ejecutado, o al menos, no lo ha sido en su totalidad. Si se tomase en serio la fórmula del concepto restrictivo de autor, no sería posible una autoría en la tentativa por faltar la realización típica. No habría entonces una *tentativa* de ejecutar el hecho *en calidad de autor*, sino solo una *tentativa de autoría*”, LESCH, *Intervención delictiva*, 1995, pp. 49 ss. Por último, LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 167 ss.; EL MISMO, *Intervención delictiva*, 1995, p. 52 pone de relieve que la definición negativa de la participación conduce necesariamente a un sendero argumentativo que se bifurca en alternativas poco satisfactorias: se produce un callejón sin salida frente a las posibilidades excluyentes de explicar el injusto del partícipe de manera autónoma, esto es, la limitación de la responsabilidad de cada interviniente a lo que ejecuta de mano propia, o de manera accesoria, imputándole al partícipe el injusto típico ejecutado por el autor.

La elevación *a priori* del autor a protagonista de la escena del delito frente al siempre rol de actor de reparto atribuido al partícipe es un proceder metodológico que acarrea consecuencias sistemáticas no deseables²⁰⁴. Frente a ello, la alternativa consiste en abandonar la perspectiva de la pertenencia de la ejecución al autor y postular que cooperadores e inductores —al igual que coautores— también ejecutan el delito, aunque a través de una mano ajena. El ejecutor no realiza únicamente su hecho, sino el hecho de todo el colectivo que lo hizo posible, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los intervinientes. A pesar de que con esta afirmación no se terminan de contestar todas las preguntas vinculadas con el fundamento del injusto del partícipe, sí es un punto de partida que permite desarrollar una teoría de la intervención delictiva con mayor potencial comparada con aquellas a las que conduce el concepto restrictivo de autor.

Si esta formulación se acerca a un concepto extensivo de autoría no es algo sobre lo que podamos pronunciarnos ahora, aunque sí es oportuno destacar que, como sucede en la vida cotidiana, el destinatario de la imputación en supuestos de pluralidad de intervinientes ha de ser inicialmente el colectivo al que le pertenece el hecho delictivo como su propia obra²⁰⁵. De este modo, el horizonte para el principio de autorresponsabilidad se vuelve más claro, pues el objeto de la imputación para el autor y el partícipe pasa a ser el mismo: el hecho típico ejecutado mediante la división del trabajo. A su vez, las cosas son más fáciles frente al principio del hecho, pues si se abandona la idea de que el comportamiento típico solo abarca el comportamiento del autor, también la ejecución del tipo penal de la Parte especial pasa a ser algo que le compete directamente al partícipe por haberla hecho suya mediante su intervención. Estas ideas, sin embargo, requieren precisiones en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo donde el hecho típico aparece proyectado para los intervinientes que actúan antes de la realización típica. En relación con esta específica forma de aparición del hecho punible no podemos refugiarnos en un sistema de responsabilidad indiferenciada para solucionar todos los problemas que se plantean en una etapa del *iter criminis* que es marcadamente individual. Pero sobre esto se volverá más adelante.

²⁰⁴ Ampliamente, JAKOBS, *AT*, 1991, 22/8; EL MISMO, «Akzessorietät», *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 109 ss.; JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 2 ss.; EL MISMO, *GA*, 1996, pp. 253 ss.; EL MISMO, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, 1996, p. 80; LESCH, *Intervención delictiva*, 1995, p. 46 ss., 49 ss., 56; EL MISMO, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 76 ss., 167 ss., 244 ss.; EL MISMO, *ZStW* 105, 1993, p. 274; EL MISMO, *Revista del Poder Judicial*, 57, 2000, pp. 83 ss.; ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 15 s.; EL MISMO, *La participación en el delito*, 2003, pp. 130 ss.; EL MISMO, *InDret*, (2), 2012, p. 2.

²⁰⁵ ROTSCHE, “Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft, 2009, pp. 421 y ss., entiende que un “modelo del hecho punible funcional-normativo” basado en la imputación objetiva desembocaría en un concepto unitario de autor. En la misma línea, FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 302 y s., califica a su planteamiento, el cual acentúa la creación de riesgos no permitidos, como compatible con el modelo unitario de autor vigente en Austria (nota 250). Sobre este tema, véase también HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2002, pp. 150 ss.

3.2. La pregunta sobre el fundamento del injusto del partícipe en los sistemas de responsabilidad indiferenciada

Tanto en el marco del modelo restrictivo de autor como en los sistemas unitarios y extensivos es igualmente válido reflexionar sobre el fundamento del injusto del partícipe. No en pocos lugares se lee que esta discusión solo pertenece a la exploración de la dogmática de la participación encuadrada en el concepto restrictivo de autor, en tanto al presentarse este último como un sistema diferenciador existiría un déficit de legitimidad para castigar al partícipe, al no derivarse su punibilidad de los tipos penales contenidos en la Parte especial²⁰⁶. Esta idea, en efecto, es una verdad a medias. Si bien es cierto que el concepto restrictivo de autor parece no terminar de advertir cual sería la fisonomía del injusto del partícipe, ello también es una tarea pendiente en el sistema unitario y extensivo de autor. Básicamente, por una sencilla razón: aún en los modelos de responsabilidad indiferenciada hay que explicar por qué el hecho no pertenece exclusivamente al autor que ha ejecutado por sí mismo los elementos del tipo en último lugar.

La dificultad del concepto restrictivo de autor para justificar el castigo de la participación precisamente con base a la autorresponsabilidad del autor, también se encuentra latente en el concepto unitario y extensivo de autor. Incluso las versiones *más causales* de este modelo que equiparan todas las contribuciones al resultado típico, acuden con gritos silenciosos a correctivos normativos, que se vuelven ineludibles para su viabilidad dogmática. Piénsese en lo siguiente, por más que los modelos de responsabilidad indiferenciada pretendan considerar autor a todo aquel que realice una contribución causal al hecho punible, con independencia de la intervención concreta que haya tenido en él, normativamente habrá de definirse un extremo: dónde interrumpir la imputación. Con otras palabras, buscar un límite máximo en la cadena causal hasta el que se regresará buscando aportaciones que hayan contribuido de manera jurídico-penalmente relevante a la realización del resultado²⁰⁷.

Y es justamente aquí donde se encuentra el punto de contacto entre los sistemas de responsabilidad indiferenciada y la discusión sobre el fundamento del injusto del partícipe, pues, aunque el partícipe sea tratado como un autor más vinculado causalmente con el resultado, aun en este marco, se habrá de resolver el problema de legitimación relativo a hacer responsable a un agente distinto de aquel que se vincula directamente con la lesión

²⁰⁶ No puede compartirse que en los sistemas de responsabilidad indiferenciada la pena de cada interviniente se fundamenta sin problemas en la realización de un hecho típico, así LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad en el delito*, 2000, pp. 113 s. Hay en aquellos, igualmente, más que explicar. Pues el problema del fundamento del injusto de la participación es un desprendimiento de una discusión mayor relativa al diseño del injusto del interviniente en contextos de codelinuencia —comprendiendo también los supuestos tradicionalmente calificados de coautoría— superando ampliamente el marco del concepto restrictivo de autor e implicando la específica operación de los principios de autorresponsabilidad, tipicidad y culpabilidad.

²⁰⁷ Que toda causación del resultado cumple el tipo objetivo acarrea una ampliación de la punibilidad *ad absurdum*. El primer correctivo normativo postulado en el marco de la *teoría de la equivalencia de las condiciones* frente a este desbordamiento del tipo objetivo fue el tipo subjetivo. Detalladamente FRISTER, *AT*, 2015, 9/1 ss.

típica. Así, la pregunta de por qué se castiga al partícipe —estrictamente, de cuál es el fundamento de su injusto cuando los elementos del tipo penal se realizan en la persona de un tercero— se traduce en los sistemas unitarios de autoría, como una pregunta sobre la legitimidad del castigo de aquel *autor* que a pesar de contribuir causalmente al resultado típico, lo hace en un momento anterior o concomitante a la intervención de otro *autor* que es quien realiza de propia mano todos los elementos del tipo penal de la Parte especial.

3.3. Dos momentos en la responsabilidad penal del interviniente

Tanto los modelos de responsabilidad indiferenciada como el modelo restrictivo de autor proporcionan dos valiosas lecciones. Por un lado, el modelo unitario y el modelo extensivo aciertan al separar el análisis de la existencia de una contribución jurídico-penalmente relevante y el momento posterior de su valoración. Brindan así una coordinada clave referida a que todos los intervinientes se encuentran en un mismo nivel inicial como *destinatarios de la imputación*. No obstante, esto no basta, ya que nada dicen —al menos en sus versiones más difundidas— sobre cómo se le podrá atribuir el hecho delictivo en particular a cada agente²⁰⁸. Solo proporcionan criterios causales y, como es sabido, la causalidad por sí misma no es un elemento suficiente para la imputación.

Por otro lado, para el concepto restrictivo de autor los tipos de la Parte especial son interpretados *restrictivamente* en el sentido de que solo pueden ser realizados de propia mano por el autor. Esta idea sin dudas es válida, ya que aporta —con base en el tipo penal— un concepto material de delito, como intrusión en una esfera de organización ajena²⁰⁹. Y así —a diferencia de la versión empírica del concepto unitario y extensivo de autor— se circunscribe la operación de la norma de sanción al comienzo de la tentativa, impidiendo que se adelante la barrera de punición a conductas previas atípicas que también son causas del resultado. Sin embargo, esta perspectiva tampoco basta, en tanto la identificación de la autoría con la ejecución del tipo de mano propia es una aproximación naturalística que no aporta resultados satisfactorios ni desde el punto de vista práctico —no soluciona los casos

²⁰⁸ Naturalmente, la discusión admite muchos más matices: PEÑARANDA RAMOS, *La Participación en el delito*, 2015 pp. 351 ss., con abundantes citas a la doctrina alemana, italiana y austríaca, desmenuza la estructura del sistema unitario de autor observando detalladamente las objeciones que no le casan —o que, al menos no le casan necesariamente— y explicando aquellas que lo problematizan. No solo traza un paralelismo entre las críticas dirigidas al concepto unitario y al concepto extensivo de autor, sino que a la vez postula que el primero sería una variedad de este último. A partir de ello, distingue dos modalidades de concepto extensivo de autor: una extensiva-causal, utilizado por la doctrina mayoritaria en los delitos imprudentes y que se presenta como inidóneo para valorar adecuadamente las distintas aportaciones al hecho, al mismo tiempo que no permitiría establecer esferas delimitadas de responsabilidad; y otra, que podríamos calificar como normativa-teleológica, la cual se acercaría al concepto restrictivo de autor sin diluir la función de los tipos penales, siendo su idea central la de una imputación recíproca de las aportaciones entre los diversos intervinientes.

²⁰⁹ Véase JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 22.

difíciles— ni desde el punto de vista teórico —falla en la atribución de un fundamento a la punibilidad del partícipe—²¹⁰.

A pesar de la reivindicación parcial que puede hacerse de cada uno de los sistemas mencionados, lo cierto es que ninguno de ellos individualmente considerado es idóneo para construir una teoría de la intervención normativamente orientada²¹¹. Un intento de superación ha sido planteado en el último tiempo por JAKOBS, LESCH y en particular ROBLES PLANAS. En el planteamiento de estos autores se propone un sistema de intervención cercano al modelo extensivo de autoría, en el que —como ya fue desarrollado— el fundamento del injusto del partícipe es idéntico al del injusto del autor: la realización del tipo. En los casos de pluralidad de intervinientes, la valoración de la aportación que determina su calificación como autoría o participación es resultado de su mayor o menor relevancia para la vulneración de la vigencia de la norma²¹². Lo decisivo en la determinación de este quantum es “el contorno en el cual el interviniente ha fijado el suceso concreto que ha desarrollado el tipo, y en verdad su significado para la dimensión de la objetivación del quebrantamiento de la norma”²¹³.

Para indagar sobre el quantum de la responsabilidad LESCH hace referencia a la *envergardura* de la intervención y propone traducir al plano comunicativo el contenido específico de la manifestación delictiva del suceso en el mundo exterior atrapado en la imputación objetiva del comportamiento: “puesto que las distintas formas de intervención son diferenciadas en el ámbito de la imputación objetiva, esa diferenciación debe deshacerse totalmente del curso causal externo y desplazarse, en cambio, al plano comunicador-simbólico del *significado* de ese suceso para la obligatoriedad de la norma”²¹⁴. ROBLES PLANAS, por su lado, después de

²¹⁰ El concepto restrictivo de autor no ha logrado explicar con éxito cuál es la razón —distinta a la del autor— por la que responde el partícipe. Con suerte, ha conseguido definir dos deberes distintos, sustentados en dos normas de conducta diferentes, a saber, una que vincula al autor (constitutiva o primaria) y otra que afecta al partícipe (derivada o de flanqueo). Que los partícipes realizan un tipo distinto formado por el tipo de autoría de la Parte Especial más las reglas de extensión de la pena contenidas en la Parte General se encuentra en problemas cuando debe aportar su andamiaje conceptual para fundar positivamente la razón por la que se exige responsabilidad a los que no realizan la conducta descrita en el tipo. Así ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003 pp. 266 ss.

²¹¹ Piensa JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 21, que tanto el concepto unitario de autor, como el extensivo y el restrictivo intentan comprender una estructura normativa de la sociedad (el ámbito de la intervención delictiva) de modo no normativo.

²¹² Crítico en relación con los criterios propuestos por este sector doctrinario para determinar el grado de operatividad y precisión de cada uno de estos niveles, SÁNCHEZ LÁZARO, «¿Qué es la autoría?», *Revista Penal*, 20, 2007, pp. 176 s.

²¹³ LESCH, *Intervención delictiva*, 1995, p. 72. Igualmente, en relación con la coautoría, “En los supuestos de división del trabajo con ejecución compartida, la cualidad y quantum completo del daño para la vigencia de una determinada norma garantizada jurídico-penalmente —o sea, una realización típica completa— resulta, en primer lugar, a través de las contribuciones individuales intercaladas unas con otras comunicadas como un acontecimiento total, es decir, que son entendidos como una información compartida sobre la obligatoriedad de esa norma», LESCH, *ZStW*, 1993, p. 274.

²¹⁴ LESCH, *Intervención delictiva*, 1995, pp. 71 s. Para JAKOBS, *AT*, 1991, 21/49, la configuración específica del hecho consiste en su desenvolvimiento, es decir, en la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio, y en su caso de otras circunstancias pertenecientes al suceso concreto que realiza el tipo. Por su lado, ROBLES PLANAS, *InDret*, 2012, pp. 5 ss., advierte que la

poner de relieve que el error del concepto restrictivo de autor en su formulación ordinaria es reunir en un mismo supra-concepto dos partes que deben ser separadas —la fundamentación del injusto típico y la calificación de la intervención— pone de manifiesto que la imputación en el delito se realiza con base en dos niveles distintos²¹⁵. El primero de ellos, el de la imputación, en donde se establece la relación de riesgo que debe presentar la conducta para llegar a ser penalmente relevante; y el segundo de ellos, donde se analiza si la conducta contiene los presupuestos necesarios para ser considerada de autoría. De lo que se trata es de una teoría de la intervención en el delito que distingue, por un lado, la fundamentación de la relevancia típica de su intervención y, por otro lado, la valoración de la intensidad de su injusto en relación con el injusto del hecho común²¹⁶.

La fundamentación de la intervención, en este esquema, es un problema de imputación objetiva y se presentaría como previa y analíticamente independiente a la decisión sobre la calificación de la aportación como de autoría y participación²¹⁷ (gráficamente, los créditos pasan a estar al final de la cinta). Solo después de determinar el círculo de intervinientes, se decide sobre la calificación de la intervención, graduándose su injusto de acuerdo a la magnitud de los actos de organización de cada uno para la concreta realización típica²¹⁸. Se intenta de este modo, tomar de la teoría del autor único la idea de que todos aquellos que intervienen en un mismo hecho delictivo se encuentran en un primer nivel como destinatarios de la imputación, sin que se diluyan los límites del tipo²¹⁹.

3.4. Renuncia a los modelos de autoría como premisa mayor de la teoría de la intervención delictiva

El comportamiento de los partícipes es tan antinormativo como lo es el comportamiento del autor, pero ¿infringen ambos la misma norma o, por el contrario, cada uno de ellos se encuentra vinculado por una directiva de conducta distinta? Esta pregunta crucial es la que subyace al contrapunto entre los modelos de responsabilidad diferenciada e indiferenciada. En la discusión sobre los modelos de autoría parece existir una afrenta teórica en el que es difícil encontrar armisticios. Lo que está en juego es cómo se controlan los hilos de la teoría de la intervención, rehén de una disputa que se desarrolla en otro territorio, el de la autoría individual. El modelo restrictivo de autor se enfrenta al modelo unitario y este último pacta

configuración del injusto del hecho en su particular aparición —la organización del hecho— “no debe entenderse en un sentido estrictamente fáctico, sino que incluye también elementos simbólico-comunicativos y, de concurrir, elementos de infracción de eventuales deberes”.

²¹⁵ En profundidad ROBLES PLANAS, *InDret*, 2012, pp. 4 ss.; EL MISMO *La participación en el delito*, 2003, pp. 219 ss.

²¹⁶ Así ROBLES PLANAS, *InDret*, 2012, pp. 1 ss.

²¹⁷ Así ROBLES PLANAS, *InDret*, 2012, p. 2. En el mismo sentido, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 46 s.; LESCH, *Intervención delictiva*, 1995, pp. 70 ss.

²¹⁸ Así JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 21 ss.

²¹⁹ Recientemente, OROZCO LÓPEZ, *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, 2018, pp. 237 ss. propone un modelo similar al presentado en este apartado para resolver los problemas que plantea la intervención en los aparatos organizados de poder.

realizando concesiones al modelo extensivo. Mi escepticismo se relaciona, primero, con lo genuino de esta beligerancia, pues no parece haber en ella un interés real en descubrir la estructura última de la participación, puesto que en verdad lo que se pretende es no descuidar a la autoría como punto nodal de toda la teoría de la intervención.

Prueba de esta última afirmación es que los argumentos desplegados en una y otra dirección a menudo se refieren a los supuestos de intervención concomitante en el delito, es decir, cuando todos los agentes entran a escena en un contexto delictivo actual. Allí las cosas son más fáciles, pues ya existe un autor, cuya masa conceptual afecta incluso a la literatura más crítica. Por esto, el auténtico test se encuentra en los casos de actividad previa a la ejecución, cuando todavía no tenemos ni autor ni tipo; es allí donde se revela qué tan potente es una teoría para explicar la participación, desde sus fundamentos metodológicos hasta sus consecuencias sistemáticas. Este grupo de casos sencillamente parece ser ajeno a la batalla que se libra entre los modelos de autoría. Por eso, en esta temprana etapa de la investigación es importante no perder de vista cuál es el objetivo principal: explicar el principio de accesoriedad de la participación y no asumir un modelo de autoría que sirva de premisa mayor para derivar consecuencias marginales en la teoría de la intervención. Si se comprende que esta es la tarea y no la adscripción a libro cerrado a uno u otro modelo, entonces se conseguirá descifrar la X que parece sellar el principio de accesoriedad de la participación.

Con esta finalidad, a continuación se evitará seguir el silogismo tradicional de la doctrina dominante al adoptar uno u otro modelo de autoría para después deducir consecuencias sistemáticas en la teoría de la intervención. Este camino largamente transitado en una y otra dirección es, en orden a la novedad de sus resultados, poco prometedor. En consecuencia, metodológicamente se propone una aproximación a los problemas que plantea el principio de accesoriedad a partir de la distinción normológica entre norma primaria y norma secundaria, que tenga en cuenta la específica forma de la participación en tanto manifestación fenomenológica y su impacto en la relación comunicativa existente entre destinatario y norma. En lo que sigue se arriesgará la hipótesis de que la relación del agente con la norma de comportamiento varía conforme la existencia real o proyectada del hecho típico, lo cual conduce a realizar un tratamiento distintivo de los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo con intervalos relevantes entre la actividad de cada uno de los agentes y los contextos delictivos actuales en donde el agente se inserta inmediatamente en una red estructurada de significado. En los primeros, existe un paréntesis relevante producto de que el agente realiza su aportación o motivación antes del comienzo la realización típica; en los segundos, todos los intervinientes son uña y carne en la ejecución del tipo, por lo tanto, el sentido de su actividad no se encuentra abierto: partícipe y autor lesionan típicamente la posición jurídica protegida. Esta apreciación repercutirá en el diseño de la dimensión interna y externa del principio de accesoriedad.

4. Conclusiones

- i. El principio de accesoriadad posee una triple proyección: político-criminal, legal y dogmática. En primer término, la accesoriadad se concibe como un gran *mediating principle* integrado a la teoría de la intervención que sintetiza los principios de lesividad, *ultima ratio* y proporcionalidad. Sin embargo, no solo funciona como un límite al *ius puniendi*, sino que, al mismo tiempo, fundamenta la responsabilidad del partícipe. En segundo término, la accesoriadad es utilizada como denominación de un sistema de responsabilidad del que se derivan consecuencias sistemáticas precisas: la accesoriadad de la participación es una característica distintiva de un sistema de intervención y la no-accesoriadad de toda intervención lo es de los sistemas de responsabilidad indiferenciada. Por último, su proyección dogmática posibilita en el nivel de la norma primaria realizar un pronóstico de peligrosidad a través del cual se exhorta al agente a que mantenga consigo los argumentos o las condiciones materiales que impulsan la realización de un injusto culpable por mano ajena; mientras que, en el nivel de la norma secundaria, permite responsabilizar al interviniente por la acción u omisión culpable de otro agente, debido al proyecto común en el que se han expresado como colectivo.
- ii. Que la participación ha de tener como objeto de referencia un hecho es una exigencia derivada tanto del principio de lesividad como del principio de legalidad. De esta comprobación se derivan tres criterios categoriales que abarcan las distintas aproximaciones metodológicas al fundamento del injusto de la participación. a) Estructuración del injusto de la participación *hacia fuera*: la participación toma como base un hecho ajeno y la (dis)valoración de la conducta del interviniente depende de la actividad desplegada por el ejecutor. b) Estructuración del injusto de la participación *hacia dentro*: la participación toma su pleno contenido de injusto de la actividad individual del interviniente, independientemente de la existencia o sentido de la conducta del ejecutor. c) Estructuración *especular* del injusto de la participación: el objeto de referencia de la intervención se construye en un ida y vuelta reflexivo en el que la solidez de los polos que constituyen la autoría y la participación se pierde hasta fundirse en la obra común que es el delito
- iii. La doctrina mayoritaria entiende que el fundamento del injusto de la participación radica en el favorecer o motivar el injusto del autor en tanto ejecutor. A esta idea, cuyo origen se encuentra en la formulación de WELZEL, juega un papel central el concepto restrictivo de autor, el criterio del dominio del hecho y un paradigma causal. La teoría de la participación en el injusto cuenta en su haber con la ventaja de atribuir un rol claro al principio de accesoriadad como relación de dependencia. Sin embargo, aun cuando se aceptasen sus premisas metodológicas, las cuales, como es sabido, no están exentas de toda crítica, el injusto doloso en tanto objeto de referencia de la participación acarrea consecuencias sistemáticas discutibles: no puede explicarse la actividad del agente provocador o los casos de participación por error del titular del bien jurídico, entre otras. Estos problemas subsisten en la teoría mixta de ROXIN, quien además debe lidiar con fuertes objeciones en el plano metodológico, tales como la dudosa viabilidad de un injusto de la participación que responde a diversos principios, sin un criterio rector que oriente en la práctica hacia cuál de ellos debe acudir lógicamente en busca de una solución. Estas teorías brindan una lección teórica doble. Por un lado, no es suficiente la idea de que el interviniente no ejecutor responde por algo ajeno, por el mero hecho de haberlo co-causado. Por otro lado, la ecuación dogmática que subyace al fundamento del injusto del partícipe ha de evitar el articular los principios de autorresponsabilidad, lesividad y legalidad de modo aparente, mediante una fórmula híbrida que arroje resultados contradictorios.

- iv. Los partidarios de la autonomía del injusto del partícipe en el marco teórico del causalismo al estilo de LÜDERSEN consideran que al partícipe no se le imputa lo que hace o deja de hacer el autor, sino su propia causación del resultado. Metodológicamente, la teoría pura de la causación coloca en un lugar privilegiado al principio de autorresponsabilidad como una derivación necesaria del Derecho constitucional. Sin embargo, a esta idea —fundamental para destacar los elementos autónomos del injusto de la participación— subyace una perspectiva eminentemente naturalista que acaba reduciendo la accesoriedad a una “relación fáctica de afectación” al bien jurídico protegido, al mismo tiempo que reproduce un esquema unitario causal de autor. Junto con estos inconvenientes existen otros de carácter político criminal, al adelantar demasiado la barrera de punibilidad a hipótesis no deseadas; así como de carácter sistemático en el ámbito de la intervención en el suicidio o en los delitos especiales. Suele oponérsele, además, su incompatibilidad con el Derecho positivo vigente.
- v. Las teorías de la corrupción intentan emancipar el injusto del partícipe al responsabilizarlo por el efecto negativo que genera sobre el autor: hacerlo culpable o desintegrarlo socialmente. El problema central de esta conceptualización es su incompatibilidad con el principio de culpabilidad por el hecho, al pretender sancionar al interviniente por la lesión a un bien que no está protegido jurídico-penalmente, como es la integridad personal del autor o su pertenencia social. Este punto de partida en el plano estrictamente sistemático impide explicar la intervención en el hecho de un autor que ya está convencido a delinquir. Con todo, el atractivo aún actual de las teorías de la corrupción, a menudo pasado por alto, es aquel resto retórico que subyace a su propuesta en el dominio criminológico —¿puede el autor también ser víctima?— y sus repercusiones en la dogmática. Asimismo, entiendo que en ellas existen algunas coordenadas para explorar las consecuencias de exigir un injusto culpable en la accesoriedad en el nivel de la norma de sanción.
- vi. Un mismo hilo conductor conecta las teorías de la corrupción con la teoría de la solidarización con el injusto ajeno y la teoría del abuso del Derecho. En efecto, SCHUMANN toma expresamente de H. MAYER la idea de que la participación contiene un especial disvalor de acto [*Aktunwert*] en tanto ejemplo insoportable para la comunidad. A su vez, más recientemente, HAAS propone una continuación del camino transitado por SCHUMANN para dotar de mayor precisión a la teoría de la solidarización con el injusto ajeno. La tesis de SCHUMANN si bien es sugerente y coloca al principio de autorresponsabilidad en un lugar privilegiado, adolece de defectos metodológicos —la idea de solidaridad en sí es vaga y la teoría de la impresión como premisa es censurable— que se traducen en consecuencias sistemáticas poco convenientes, por ejemplo, en el ámbito de los delitos especiales. Por su parte, el esfuerzo de HAAS para interpretar en clave objetiva a la idea de solidarización, si bien abre un amplio campo de investigación a partir de la introducción de la noción de derecho subjetivo, no consigue alcanzar lo que se propone y, al final de cuentas, termina aproximándose a las categorías propias de la teoría de la imputación objetiva.
- vii. El programa teórico del funcionalismo sistémico conduce a un modelo extensivo de autor basado en la teoría de la imputación objetiva. JAKOBS, LESCH y ROBLES PLANAS comparten en el plano metodológico la adopción de un principio de autorresponsabilidad normativo y el rechazo del concepto restrictivo de autor, así como del criterio del dominio del hecho. Estos puntos de partida comunes los conducen a afirmar que el delito es una obra mancomunada que le pertenece a autor y partícipe, pero en distinta medida. No obstante, el modelo máximo de accesoriedad y el recurso a las *Obliegenheiten* no son asumidos por ROBLES

PLANAS, quien postula, a partir de un modelo objetivo de accesoriidad, que el partícipe dispone una razón para acceder al hecho y así, la tipicidad propia del hecho penalmente relevante es trasladada por la accesoriidad a la conducta de intervención. En esta aproximación al injusto de la participación se encuentran valiosas claves para la investigación. Sin embargo, permanecen abiertas preguntas centrales, principalmente en el plano normológico, pues, si partícipe y autor infringen la norma de conducta contenida en el tipo, ¿cómo se explica la intervención previa a la ejecución? Asimismo, en particular en lo que respecta al planteamiento de los autores alemanes, es dudoso el fundamento metodológico y el rendimiento sistemático de las *Obliegenheiten* en el ámbito de la intervención delictiva.

- viii. El modelo restrictivo de autor es asumido como premisa mayor del razonamiento a partir del cual la doctrina dominante deduce el injusto de la participación. La elevación *a priori* del autor a protagonista de la escena del delito frente al usual rol de actor de reparto atribuido al partícipe es un proceder metodológico que acarrea consecuencias sistemáticas discutibles. No obstante, las críticas a esta formulación —que cuenta en su haber con la ventaja de aclarar el horizonte del principio de autorresponsabilidad y el principio del hecho— no implica necesariamente tomar partido por un modelo extensivo o unitario de autor a libro cerrado. En efecto, pueden rescatarse valiosas lecciones tanto de los modelos de responsabilidad indiferenciada como del modelo restrictivo de autor. Por un lado, aquellos aciertan al separar el análisis de la existencia de una contribución jurídico-penalmente relevante y el momento posterior de su valoración. Brindan así una coordinada clave referida a que todos los intervinientes se encuentran en un mismo nivel inicial como destinatarios de la imputación. Por otro lado, el concepto restrictivo de autor al postular que los tipos de la Parte especial deben ser interpretados restrictivamente (en el sentido de que solo pueden ser realizados de propia mano por el autor) aporta un concepto material de delito como intrusión en una esfera de organización ajena. Y así, a diferencia de la versión causal del concepto unitario y extensivo de autor, circunscribe la operación de la norma de sanción al comienzo de la tentativa, impidiendo que se adelante la barrera de punición a conductas previas atípicas que también son causas del resultado.
- ix. A pesar de la reivindicación parcial que puede hacerse de cada uno de los modelos de autoría, lo cierto es que ninguno de ellos individualmente considerado es idóneo para construir una teoría de la intervención normativamente orientada. Por ello, la pregunta crucial que subyace al contrapunto entre los modelos de responsabilidad diferenciada e indiferenciada permanece abierta, pues en las respuestas brindadas, no parece existir un interés real en descubrir la estructura última de la participación, en tanto lo que se pretende es no descuidar a la autoría como punto nodal de la teoría de la intervención. Ello se aprecia en menor medida en los planteamientos de los autores que proponen un modelo extensivo de autor basado en la teoría de la imputación objetiva. Pero aún en el marco de estas formulaciones sigue prevaleciendo una perspectiva *autorcentrada*, pues en general hacen referencia a los supuestos de intervención concomitante en el delito, es decir, cuando todos los agentes entran a escena en un contexto delictivo actual —cuando, desde luego, la figura del autor de uno u otro modo ya forma parte de la ecuación—.
- x. El auténtico test para una teoría del fundamento del injusto del partícipe se encuentra en los casos de intervención en la fase previa a la ejecución, cuando todavía no hay ni autor ni tipo. Es allí donde se revela qué tan potente es un marco teórico para explicar la participación, desde sus fundamentos metodológicos hasta sus consecuencias sistemáticas. No obstante, esta constelación de casos parece ser ajena a la batalla conceptual que se libra entre los modelos de autoría. En consecuencia, ha de evitarse seguir el silogismo tradicional que asume uno u otro modelo de autoría para después deducir consecuencias sistemáticas para la teoría de la

intervención. Este camino largamente transitado en una u otra dirección es, en orden a la novedad de sus resultados, poco prometedor. Por ello, es necesario explorar metodológicamente una aproximación a los problemas del fundamento del injusto de la participación y el principio de accesoria a partir de la distinción entre norma primaria y norma secundaria, que tome en cuenta la específica forma de la participación en tanto manifestación fenomenológica que impacta en la relación comunicativa existente entre destinatario y norma.

CAPÍTULO II

LA DIMENSIÓN EXTERNA DE LA ACCESORIEDAD

1. El hecho principal como regla dogmática de clausura

El principio de accesoriidad es multifacético y, como tal, se presenta en el plano estrictamente sistemático con una cara externa y una cara interna. Este capítulo se ocupa de la primera [*äußere Akzessorietät* o *tatsächliche Akzessorietät*²²⁰], en tanto regla dogmática que, sin afectar la antinormatividad de la participación, suspende la aplicación de la norma de sanción hasta tanto el hecho al que se proyecta adquiere un umbral de lesividad relevante²²¹. Dejando de lado cláusulas como las del § 30 StGB o el art. 17 C.P., el hecho principal se erige en una condición esencial del castigo del partícipe [X₁ no será penado como P si X no deviene A²²²]²²³. La tentativa conminada con pena es, asimismo, un hecho principal que habilita la participación. Para la doctrina dominante es suficiente con una tentativa inidónea punible²²⁴, al igual que cabe, en contra de alguna concepción ya dejada de lado, una participación en un hecho omisivo²²⁵. Si todos los delitos de la Parte especial son *participables* es un tema polémico que atañe a la problemática de la intervención en los delitos especiales, la cual será tratada en otro lugar de esta investigación.

Que la accesoriidad es *externa*, es producto de aquel bautismo primigenio en el que se concebía la realización del delito como algo ajeno al partícipe que era necesario traer desde *fuera* para castigarlo²²⁶. No obstante, la accesoriidad no sería *tan externa* si se realiza una aproximación a ella desde una perspectiva normativa, pues como se ampliará a continuación, el partícipe con su cooperación o motivación hace suya la ejecución realizada por mano ajena. En contraste con los supuestos de participación, en la literatura especializada suele leerse que ninguna forma de autoría se ve afectada por dependencia alguna²²⁷. La autoría sería autónoma

²²⁰ Así SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, 1995, p. 33, con más referencias en nota 156.

²²¹ Así FREUND, *AT*, 1998, § 10 I 2.

²²² Que la participación se dirige a concretarse en un hecho principal cuyo acaecimiento detona la norma de sanción implica que este objeto de referencia típico ha de ser presente o futuro, pero nunca pretérito. Es decir, el delito, al menos, no ha de estar agotado después de su consumación formal. Aunque el último momento posible de la participación es polémico, el agotamiento material del hecho nos permite trazar una línea con la figura del encubrimiento. Para un planteamiento general de la cuestión, véase ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/257 ss.

²²³ Correcto en la apreciación STRATENWERTH, *AT*, 2011, 12/136, aunque cuestionable en las consideraciones que la preceden.

²²⁴ Véase, con más referencias, SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, 1995, p. 33.

²²⁵ Sobre la equivalencia entre el delito de omisión y el de comisión para la teoría de la intervención, en detalle SÁNCHEZ-VERA Y GÓMEZ-TRELLES, *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, 1995, pp. 84 ss.

²²⁶ “*Teilnahme ist die Mitwirkung an einer fremden Haupttat*”, RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 50/7.

²²⁷ Pone en tela de juicio esta idea DENCKER, *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 534 ss.; EL MISMO, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 197.

porque el autor no está subordinado a lo que haga o deje de hacer otro ejecutor²²⁸. Él se vincularía directamente con el tipo de la Parte especial al dar comienzo a la ejecución del hecho, siendo su actividad —en el nivel de la norma de sanción— *autoconclusiva* frente a la actividad incompleta de *autopostulación* del partícipe²²⁹. Desde luego, para la doctrina dominante es más discutida la cuestión de qué tan (in)dependiente es la coautoría²³⁰.

Para la doctrina dominante, la principal consecuencia sistemática de la accesoriedad externa consiste en su efecto clausura que hace pasar el hecho delictivo al estadio ejecutivo simultáneamente para todos los intervinientes. Dicho de otro modo, se trata de la solución global de la tentativa en la norma de sanción. Además, este efecto cerrojo posibilita resolver los casos especialmente frecuentes de intervención en cadena [*Kettenteilnahme*] en los que el destinatario directo de la cooperación o inducción es otro partícipe. Aquí se trata de pasar por alto dichas estaciones intermedias y vincular normativamente mediante la accesoriedad al partícipe más alejado con el hecho principal. Por otro lado, la accesoriedad de la participación también repercute en el plano procesal: para la punibilidad del interviniente alcanza con que el hecho principal haya sido comenzado, sin importar el efectivo enjuiciamiento y castigo del ejecutor. En este ámbito el efecto clausura de la accesoriedad tiene importantes consecuencias²³¹. Finalmente, tampoco debe perderse de vista que es

²²⁸ Así parece considerarlo SÁNCHEZ LÁZARO, *Täterschaft beim Fabrlässigkeitdelikt*, 2007, pp. 28 s.; EL MISMO, *Revista Penal*, 20, 2007, p. 177. No obstante, incluso en los casos de actuación en solitario, el autor también es accesorio al hecho principal en sentido prospectivo. Él depende del porvenir del hecho delictivo que depende, a su vez, de sí mismo. De otro modo, aquel quedaría solo en un estadio pre-ejecutivo. El autor debe procurar su propia actuación autorresponsable. Y si ello faltara, tal como ocurre en algunos casos de renuncia o de *alic* frustrada, entonces no habría tipo que imputar. Que el injusto del autor no es completamente independiente, en lo que sería una continuación de las reflexiones de LÜDERSEN, ya ha sido puesto de relieve, pero desde un punto de vista distinto, por DENCKER, *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 534 ss.; EL MISMO, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 197. Así, podría existir intervención sin autor, pero no intervención sin hecho, en tanto la intervención presupone siempre un hecho. De este modo, cuando se está frente a un supuesto de autoría unipersonal, la sanción de la actividad del autor sería en cierta medida *acesoria* frente a aquellas circunstancias que después de la tentativa acabada tengan el sentido de continuación de su acción.

²²⁹ Quien obra en solitario —o en un contexto de codelincuencia, pero haciéndose cargo de la mayor parte del trabajo— puede alcanzar por sí mismo el umbral de lesividad relevante que habilita la aplicación de la norma de sanción (se trata en este nivel de una actividad autoconclusiva), mientras que, quien en un contexto de división de tareas deja librado el devenir de su actividad a manos de un tercero, se postula como parte de algo cuya tipicidad es eventual en relación consigo mismo.

²³⁰ Rechaza el principio de accesoriedad en la coautoría, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 63 I 2, asumiendo que en este ámbito rige un principio de *imputación recíproca* de todas las aportaciones al hecho realizadas en el marco de la resolución delictiva común. Lo sigue, MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 15, nm. 2.

²³¹ Así lo pone de relieve BEROLZHEIMER, *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, 1909, pp. 38 ss. Para el § 78a StGB la prescripción inicia tan pronto como esté terminado el hecho y esto vincula a todos los partícipes —aun cuando alguno de ellos hubiera perfeccionado su aportación mucho tiempo antes de aquel momento—. En la misma línea se pronuncian los códigos penales español y argentino. En otro orden de ideas, adquiere un particular interés, con elementos utilitaristas y axiológicos, la discusión sobre cómo debe procederse en aquellos casos en los que se trata de un delito de instancia privada y el denunciante solo ha incoado la acción contra el partícipe, pero no contra el autor. Sobre esta cuestión con base en la regulación alemana, SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, 1995, pp. 43 ss.

político-criminalmente aconsejable contemplar la responsabilidad civil nacida del delito, en los casos de pluralidad de intervinientes, desde el prisma jurídico-penal de la accesoriedad²³².

2. Examen de los planteamientos que se aproximan a la accesoriedad desde una perspectiva normológica

La teoría de las normas es una *meta-teoría* que constituye uno de los fundamentos más importantes de la teoría de la intervención. Ningún planteamiento —caso sobre cualquier aspecto de la teoría de la imputación— puede sustraerse completamente de la incorporación, al menos tácita, de un determinado paradigma normológico. Pero existen autores que le otorgan un mayor protagonismo, hasta transformarlo en el andamiaje principal de su pensamiento. A continuación, se desarrollan cuatro tesis que han orientado la discusión de tradición romano-germánica en las últimas décadas. En primer lugar, se presentan el sistema de STEIN y las formas de intervención como tipos de imputación de BLOY, autores que generaron una bisagra a mediados de la década de los 80, seguidos luego por RENZIKOWSKI y JAKOBS quienes desde fines de la década de los 90 hasta la actualidad se han ocupado de apuntalar normológicamente sus reflexiones sobre la participación en el delito. No es el objetivo de esta rápida expedición un estudio pormenorizado de cada uno de estas aportaciones para la teoría de la intervención, lo que se propone es buscar coordenadas que sean útiles para realizar una aproximación al núcleo del principio de accesoriedad, el que, como ya se puso de relieve, pivotea entre la actividad individual del interviniente y su concreción colectiva a manos del ejecutor.

2.1. La accesoriedad entre muros [STEIN]

2.1.1. Presentación

El trabajo que reúne las principales tesis de STEIN es sin dudas *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*. Allí, guiado por lo que sería un mandamiento constitucional orientado a la protección de los bienes jurídicos, intenta una compleja reconstrucción del sistema del hecho punible tomando como base la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción, a la cual llama niveles de la estructura de valoración jurídica [*Ebenen des rechtlichen Wertungsgefüges*]²³³. La primera tendría como función la protección de bienes jurídicos, mientras que la segunda habría de prevenir futuras infracciones de las normas primarias y, mediatamente, coadyuvar a la protección de bienes jurídicos. A su vez, estos dos niveles de valoración jurídica se corresponderían con dos niveles del injusto de la participación, uno consistente en la lesión del deber de la norma de comportamiento primaria; otro, consistente en la vulneración de la vigencia de la norma en la que radicaría la relevancia del resultado²³⁴.

²³² Una presentación del tema en MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2ª ed., 2002, pp. 16 ss.

²³³ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 78 ss.

²³⁴ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 97.

En pocas palabras, el objeto del injusto del partícipe sería un doble ataque de carácter material-ideal al bien jurídico protegido y a la vigencia de la norma.

STEIN abandona el dogma de la identidad entre injusto y comportamiento antinormativo al incluir el resultado en su segundo nivel de valoración jurídica: el aumento del injusto determinado por la producción del resultado se basaría en la orientación ideal-preventiva de la norma de sanción. Si bien el resultado no influye en el nivel de la norma primaria, sí lo hace en el de la norma secundaria justificando el restablecimiento de la confianza de la generalidad afectada en sus intereses²³⁵. El injusto del comportamiento se derivaría de un deber que solo puede ser infringido por el propio destinatario de la norma, “y puesto que la finalidad de las normas de comportamiento reside siempre y exclusivamente en la protección de los bienes jurídicos, la ‘infracción del deber’ no es otra cosa que el *ataque* (consciente o en todo caso inconsciente evitable) *a un concreto objeto del bien jurídico*”²³⁶. La consideración del resultado en el segundo nivel de valoración del injusto en nada cambiaría la relación individual agente-norma, puesto que la afectación del objeto de bien jurídico protegido solo repercutiría en el plano de la punibilidad.

Las formas de intervención de STEIN hacen referencia a diversas maneras de comportarse que conducen a distintos tipos de afectaciones del bien jurídico y que, en consecuencia, están prohibidas por normas diversas. La clave aquí residiría en la particular fenomenología del curso causal que compone el tramo de la acción al resultado lesivo: *sin* la intermediación de la acción de otro; *a través* de la acción de otro; *mancomunadamente* con la acción de otros; *sobre* un hecho principal²³⁷. La característica de la cooperación frente a la autoría sería un peligro relativo producto de su particular manera de afectar el objeto del bien jurídico protegido, mediante el hecho principal de otro agente. A la distinta peligrosidad que presentaría cada una de las formas de intervención STEIN le llama grado de urgencia [*Dringlichkeitsgrad*], el cual surgiría de una ponderación articulada de los principios de igual tratamiento, proporcionalidad y confianza, concretándose en normas de comportamiento específicas²³⁸. La urgencia del deber de comportamiento se definiría con base en el principio predominante, generándose una relación de correspondencia directa: deberes más urgentes (autoría e inducción), mayor disvalor de injusto; deberes menos urgentes (cooperación), menor disvalor de injusto.

Asimismo, existiría un paralelismo entre la urgencia del deber y la culpabilidad por el hecho, lo que acabaría repercutiendo en la necesidad de prevención y en última instancia se revelaría en una diferente conminación de pena²³⁹. En el caso del cooperador, la norma de comportamiento sería menos urgente que para el autor, en tanto el deber de no lesionar bienes jurídicos impuesto a este último erigiría un muro de protección [*Schutzwall*] para el

²³⁵ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 98 ss.

²³⁶ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 210, *negrita en el original*.

²³⁷ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 98, 221 s.

²³⁸ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 224, 227 ss.

²³⁹ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 244.

bien jurídico, en lo que acabaría siendo una concreción específica del principio de confianza. Para STEIN el desgravamiento parcial del partícipe reside en la libre decisión del autor. El autor sería un guardián infiel de la puerta de entrada que permite la afectación del bien jurídico protegido; solo cuando este se decide a la ejecución de algo ilícito le da la oportunidad al partícipe de actuar delictivamente. Pero como en el razonamiento que subyace a esta construcción conceptual parece tener un lugar muy importante la diferente necesidad de prevención concretada en la correspondiente escala penal de la cooperación y la inducción, STEIN debe dar una explicación adicional a la punición equivalente de esta última con la autoría. De este modo, el autor citado entiende que la norma de conducta del inductor presentaría el mismo grado de urgencia que la norma del autor, pues aquel disminuiría la motivación de este a cumplir con su deber, perforando el muro de protección erigido frente al objeto del bien jurídico²⁴⁰.

2.1.2. Valoración crítica

La primera crítica cabe dirigirla, en el plano metodológico, a la estructuración del injusto. STEIN da en la tecla cuando toma como premisa inicial de su planteamiento a la distinción entre norma primaria y norma secundaria. Sin embargo, no le presta la debida atención al principio de accesoriedad y así pierde de vista que la intervención *individual* siempre es en un proyecto *colectivo*. El umbral de inhibición que debe superar el autor se convierte en el umbral fáctico que debe superar el partícipe y así, la accesoriedad acaba reducida, nuevamente, a una relación fáctica²⁴¹. Su teoría queda atomizada en intervenciones errantes, frente a las que el resultado lesivo parece funcionar como una sofisticada condición objetiva de punibilidad. LESCH es extremadamente duro con la fundamentación de STEIN, achacándole que la distinta función atribuida a la norma de comportamiento (evitación de menoscabos materiales al bien jurídico protegido) y a la norma de sanción (reafirmación de la vigencia de la norma primaria vulnerada), desdobra y multiplica innecesariamente el contenido de injusto de la participación²⁴². “Esta dicotomía de las finalidades y los niveles de valoración conduce simultáneamente a un incremento de los objetos de ataque puestos uno junto a otro sin ninguna relación, puesto que el hecho punible no es un puro ataque al objeto del bien jurídico o bien jurídico, sino a su vez un ataque a la vigencia [de la norma]”²⁴³.

²⁴⁰ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 241 ss.

²⁴¹ Esta apreciación no escapa al análisis de LÜDERSSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 458, quien mira con ojos favorables esta solución.

²⁴² LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 228 ss.

²⁴³ LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 229. Si bien esta crítica avanza en la dirección correcta, no puede asumirse completamente, pues la dicotomía en realidad subyace a la objeción de LESCH, en lo que sería la incorporación tácita de una confrontación imposible entre los aspectos ideales y materiales del delito. Puede ser cierto que STEIN no alcance una síntesis precisa, pero ello no significa que deba dejarse de lado este camino exploratorio en la construcción del sentido último de la actividad del partícipe. Avanzando un poco más y, sin pretender asumir en esta nota una defensa inesperada del planteamiento de STEIN, tampoco es correcta la objeción de LESCH relativa a la infracción del principio del hecho (pp. 231 s.). Afirmar una infracción de la norma de comportamiento en el campo previo a la ejecución del hecho

En el plano estrictamente sistemático, por su parte, las cosas tampoco fluyen con facilidad. Aunque es sugerente la idea de grados de urgencia de la norma de comportamiento, la cual parece casar, en los supuestos de codelinuencia, con el paréntesis de incertidumbre inherente a la actuación autorresponsable de otros agentes, son muchos los problemas que surgen para un enfoque cuyo mayor capital, en última instancia, parece ser principalmente estético. En la construcción de STEIN el disvalor de acción es el que define por completo el contenido de la norma de comportamiento. Aquí es posible observar claramente la influencia del pensamiento finalista, del que no consigue sustraerse totalmente, ignorando sus problemas fundamentales y colocándose en una situación en la que no tiene más opción que conformarse con una teoría de la intervención atomizada, donde no hay lugar para el colectivo y cuyo principio de accesoriedad se parece mucho a una condición objetiva de punibilidad (sobre los problemas de esta idea, *infra*).

Si se pretende interpretar normativamente el planteamiento de STEIN entonces habría de contestarse qué tanto consigue explicar la menor urgencia de la norma de la participación que al partícipe también le incumbe lo que realiza el autor²⁴⁴. Entonces observaríamos que la directiva de comportamiento es igual de urgente en la autoría y la participación, pues en ambos casos se trata de imperativos categóricos que vinculan indistintamente a todos los ciudadanos bajo amenaza de pena, sin obstar a ello que en un caso deba esperarse la actuación de un sujeto autorresponsable para que estén completos los presupuestos propios de la norma de sanción. Las normas solo pueden prohibir u ordenar algo y no permitirlo en más o menos²⁴⁵. En la cooperación menos merecimiento de pena basado en que al partícipe le corresponde una menor parte del hecho delictivo. Esta idea elemental se comprueba rápidamente en los casos en los que tenemos un autor decidido a la ejecución, donde no existe muro de protección alguno que separe al partícipe de la lesión al bien jurídico o, si existe, es meramente fenomenológico, derivándose la consecuencia sistemática forzosa de tener que tratar al partícipe sin buenas razones como un (co)autor más²⁴⁶. El planteamiento de STEIN debería conducir a una escala penal de la participación sin puntos fijos, en la que, a modo de vasos comunicantes, a mayor “decisión libre del autor” existiera una menor culpabilidad del partícipe y, a la inversa, ante la existencia de una situación de necesidad o menor libertad del autor, la culpabilidad por el hecho del partícipe aumentara hasta convertirlo en autor mediato o coautor²⁴⁷. Algo que debería sonar familiar para quien conozca la propuesta de las teorías de la corrupción.

principal (del resultado) no significa necesariamente desconocer la accesoriedad externa ni el espacio de libertades propias del Estado de Derecho, pues la relación del agente con la norma de conducta siempre debe ser personal, aunque para la totalización del significado resten aún instancias posteriores. Al desconocer esta posibilidad, LESCH acaba transitando un camino menos sincero, el de las incumbencias, un recurso a una norma que no es tal, para decir elípticamente que en la fase previa también se infringe una norma, aunque de distinta entidad.

²⁴⁴ Aquí, correctamente, LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 231.

²⁴⁵ Así ROXIN, *AT*, 2006, § 25/36.

²⁴⁶ Crítico en esta línea, también RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 24.

²⁴⁷ Así LÜDERSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, pp. 458 s.

Finalmente, la idea de *Dringlichkeit* le impide a STEIN caracterizar a la participación frente a la coautoría. En el marco de su planteamiento no se puede contestar satisfactoriamente por qué en un supuesto de pluralidad de intervinientes con división de tareas la norma tiene un diverso grado de urgencia en la participación y en la coautoría. STEIN alega que si bien en este último caso interviene otro agente autorresponsable tal como sucede en la participación, el proceso de motivación estaría tan avanzado en dirección a la infracción del deber y el plan delictivo sería tan inminente que la norma de conducta que vincula al coautor ya no tendría prácticamente ninguna posibilidad de cumplir con su efecto determinador²⁴⁸. Es decir, el coautor no serviría de muro de protección pues ya no podría esperarse que cumpliera con su deber.

La superior urgencia de la norma de conducta del coautor frente a la del cooperador residiría entonces en que aquel ha entrado a escena en la fase ejecutiva y aquí la norma de conducta que vincula a su compinche tendría una mínima posibilidad de imponerse como directiva de comportamiento²⁴⁹. Pero esta solución es costosa sistemáticamente, pues implica asumir que toda contribución al hecho delictivo prestada en fase ejecutiva convierte al agente en coautor²⁵⁰. En el fondo, el verdadero problema del que no puede huir STEIN es la atomización de la intervención, que le impide graduar especularmente las magnitudes de las intervenciones de cada uno de los miembros del colectivo, transformándose forzosamente a todos —a la luz de una aplicación rigurosa de sus premisas— en coautores. Pero, como se sostiene en este trabajo, ni toda intervención en la fase previa es participación ni, a la inversa, toda intervención en la fase ejecutiva es coautoría²⁵¹.

2.2. La accesoriadad como tipo de imputación [BLOY]

2.2.1. Presentación

Para realizar una aproximación a las formas de intervención como tipos de imputación [*Zurechnungstypen*] han de explicitarse las premisas que subyacen a este planteamiento. En primer término, aunque BLOY le reprocha a ROXIN que el fundamento dualista del injusto

²⁴⁸ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 322.

²⁴⁹ Acertadamente DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, «Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿Autoría o participación?», *Política criminal y nuevo derecho penal: (libro homenaje a Roxin)*, 1997, p. 321, pone de relieve que STEIN olvida que incluso en la fase ejecutiva el deber todavía puede cumplir con su función motivadora en relación con el desistimiento.

²⁵⁰ Idea que, desde luego, aplaude ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2015, § 44 I 3; EL MISMO, *AT*, 2006, § 25/246.

²⁵¹ JAKOBS, «Mittäterschaft als Beteiligung», *FS-Puppe*, 2011, pp. 557 s. y ROBLES PLANAS, *InDret*, 2012, pp. 5 s. explican que en los casos de aportaciones previas al comienzo de ejecución, la lesión de los deberes de no intervención suele ser menos intensa, en tanto el injusto del hecho aún no se encuentra totalmente configurado y es el ejecutor quien está a cargo de llevar adelante la parte más importante del hecho. Pero también puede suceder que el hecho esté altamente predefinido en la etapa pre-ejecutiva, siendo el ejecutor quien solo le dé un “último empujón” al proyecto delictivo. Esta constelación de casos marcadamente problemática para la doctrina del dominio del hecho, debería conducirnos a afirmar sin mayores reparos que podrían presentarse supuestos de partícipes ejecutores y autores que actúan en la etapa previa a la tentativa.

del partícipe sería una simple adición de partes heterogéneas²⁵², él tampoco desecha del todo esta perspectiva, la cual, reformulada con una terminología más refinada, se aprecia en diversas partes de su trabajo. Lógicamente, se articula con esta concesión tácita a la teoría de la participación en el injusto una crítica aguda a las teorías del fundamento autónomo del injusto del partícipe, las cuales son atacadas —con razón— por su enfoque causalista²⁵³. Por otro lado, al igual que LESCH y JAKOBS, BLOY parece alejarse del concepto restrictivo de autor en cuanto afirma que el hecho consistiría en la misma perturbación social para todos los intervinientes, diferenciándose únicamente unos con otros en la relación personal con la ejecución. La norma de comportamiento contenida en los tipos de la Parte especial, entonces, debería interpretarse de modo extensivo comprendiendo tanto la actividad del autor como la del partícipe, cumpliendo las normas de la Parte general sobre la participación una función en el momento de la determinación de la pena²⁵⁴. En otras palabras, autor y cómplice infringirían la misma norma de comportamiento.

Para BLOY, las formas de intervención como tipos de imputación presupondrían la formación de categorías de imputación, divididas en *generales*, atravesadas por principios de imputación válidos para todas las formas de intervención, y *particulares*, tipificando respectivamente a cada una de ellas²⁵⁵. Entre las primeras, se hace referencia a la acción, el resultado, la causalidad, el ataque al bien jurídico, la infracción del deber y la imputación objetiva del resultado. Entre las segundas, se menciona a aquellas que generan la específica relación entre el hecho y la persona: en la autoría el dominio del hecho o la infracción del deber especial, en la participación el principio de accesoriedad. El especial elemento estructural del hecho punible sería el tipo de injusto descrito en el tipo penal, el cual sería un punto de referencia idéntico y común para todas las formas de intervención²⁵⁶. La estructura de imputación decisiva de cada una de las formas de intervención radicaría en la particular relación existente entre el interviniente y el hecho típico. En el caso del autor, una relación *directa* que permitiría imputarle el objeto del injusto tipificado como *injusto propio*, mientras que, en el caso del partícipe, la relación *indirecta* con el objeto de ataque solo permitiría imputarle aquel como un *injusto ajeno*²⁵⁷. Estas dos maneras en que se produce la conexión entre el agente y el acontecimiento generarían los distintos tipos de imputación en la autoría y la participación que, a su vez, modificarían el correspondiente quantum de merecimiento y necesidad de pena.

El ataque al bien jurídico que realiza el partícipe solo sería propio en el sentido de que es él en su propia persona el que lleva a cabo una acción dirigida contra el bien jurídico infringiendo una pretensión de respeto que se erige frente a él. Mientras que para el autor la imputación radicaría en los principios que constituyen el injusto típico, al partícipe se le

²⁵² BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, p. 253.

²⁵³ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 176 ss.

²⁵⁴ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 290 ss.

²⁵⁵ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 265 ss.

²⁵⁶ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 249 ss.

²⁵⁷ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, p. 251.

imputaría el injusto realizado por el autor mediante el principio de accesoriedad. Este se presentaría como un criterio de imputación más junto con el dominio del hecho o la infracción del deber especial en los delitos de infracción de deber, cuya función sería reemplazar el dominio del hecho en la imputación del injusto típico en los delitos de dominio, así como la infracción del deber especial en los delitos de infracción de deber (o ambos en los delitos mixtos)²⁵⁸. El principio de accesoriedad deja de ser un modo de imputar el resultado para transformarse en un tipo de imputación del injusto típico que corre paralelo a la autoría. Sin embargo, este principio de accesoriedad que pretende alejarse de un entendimiento meramente fáctico acaba siendo igualmente *la imputación de un injusto ajeno*. Así, BLOY termina asumiendo la tradicional diferenciación entre injusto típico de autor y la imputabilidad de ese injusto al partícipe, pues aquel existe solo cuando el autor lo realiza.

2.2.2. Valoración crítica

Cuando se utiliza la teoría de las normas para afirmar que la participación consiste en un especial modo de ataque al bien jurídico a través de la persona del autor que se imputa al partícipe mediante el principio de accesoriedad, solo se está reformulando normológicamente el núcleo duro de las teorías de la participación en el injusto sin una ganancia evidente²⁵⁹. No solo se dejan abiertos los contornos de este principio de accesoriedad *pretensio-normativo*, sino que, a su vez no se dice mucho sobre el fundamento del injusto del partícipe, el cual parece ignorarse o presuponerse en un incómodo vacío conceptual²⁶⁰. Los problemas metodológicos de un injusto de la participación que depende del injusto del autor en su disvalor de acción son múltiples y ya han sido explicitados al analizar el rendimiento de las teorías del fundamento derivado de la participación. Aquí

²⁵⁸ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, p. 319.

²⁵⁹ Aunque operan bajo otros presupuestos, esta objeción también es válida para los planteamientos de KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1984, pp. 61 ss., 64 y MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, p. 87. El primero, entiende que una acción de favorecimiento está siempre conectada con otra acción, de la cual aquella se sirve asegurarse o alcanzar la posibilidad de la ejecución. A su vez, en la misma línea de ROXIN, se equipara la intervención pre-ejecutiva con una conducta permitida. El autor chileno, por su parte, de una manera más sofisticada aprecia que una contribución consistente en la ejecución o la omisión de una acción auxiliar, en tanto acción especificada bajo una descripción que la hace lógicamente dependiente de la acción principal cuya no-omisión o no-ejecución se imputa al autor o a los coautores debe ser caracterizada como una instancia de intervención accesoría. “Las formas de autoría son estructuras de imputación del quebrantamiento de la norma (respectiva) como una infracción de deber *propia*; las formas de participación son estructuras de imputación de una contribución ‘auxiliar’, consistente en posibilitar o facilitar el quebrantamiento de la norma por parte de otro(s), como intervención accesoría en una infracción de deber *ajena*” (p. 88, nota 276). En verdad, KINDHÄUSER y MAÑALICH solo reformulan el núcleo duro de las teorías de la participación en el injusto. Por ello, estos autores al aproximarse a la norma de conducta como una prohibición objetiva de causación a constatar *ex post* acaban cayendo en la misma trampa que ROXIN: una antijuridicidad sometida a condición que neutraliza la eficacia preventiva de la norma primaria de la participación. En términos generales advierte este problema ROBLES PLANAS, «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», ROBLES PLANAS (2017), «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», en SILVA SÁNCHEZ *et al* (ed.) *Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, p. 844 nota 63, con más referencias bibliográficas.

²⁶⁰ En esta línea LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 179; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2015, p. 459.

existen obstáculos tanto para hacer operativo el principio de autorresponsabilidad y el principio de culpabilidad, como para resolver los problemas sistemáticos que se multiplican en todas las direcciones. Esta cuestión no puede solucionarse disimulando con un ropaje normativo un núcleo conceptual con la suficiente fuerza como para determinar los resultados sistemáticos de toda teoría que se construya alrededor de él. Cuando BLOY toma como punto de partida metodológico los *leitmotiv* de ROXIN (el autor como figura central del hecho y el criterio del dominio del hecho²⁶¹ junto con la teoría del fundamento de la participación derivado²⁶², entre otros), mechando solo unas tibias observaciones críticas sobre sus ideas, incorpora al mismo tiempo todos sus déficits²⁶³.

Y en lo que respecta a la teoría de la intervención, sus categorías analíticas, clasificaciones, distinciones y relaciones conceptuales no terminan de convencer. Unas son demasiado obvias, algunas equivocadas y otras absolutamente confusas. En relación con las primeras, desde luego que existe un sujeto y un objeto de la imputación y, aunque su mención tiene un lugar en la explicación del proceso de atribución de responsabilidades, no es posible extraer nuevas consecuencias de esta distinción si no se le da un giro teórico, el que está ausente en el trabajo analizado²⁶⁴. Por otro lado, también es discutible el valor del juego existente entre la faceta fáctica y la faceta normativa de sus niveles de imputación, pues, en rigor, todo elemento del injusto presenta necesariamente un aspecto fáctico que permite su valoración normativa²⁶⁵. En relación con los criterios que estimo desacertados, el autor como figura central del acontecer típico, el dominio del hecho y fundamento derivado del injusto del partícipe, no pueden ser respaldados a libro cerrado, como pretende BLOY. Por último, creo que es la vaguedad inherente a algunas de sus categorías la que amerita una mayor reflexión. No es plausible la idea de un contacto más o menos personal con el hecho delictivo; es verdad que en los procesos ejecutivos complejos pueden existir agentes que ejecuten de propia mano, pero de ello no pueden desprenderse consecuencias tan drásticas como la de la calificación de la intervención. Como se dejó en claro hace poco, puede suceder que el agente que actúa en la trastienda tenga mayor responsabilidad que aquel que lo hace una vez que la ejecución ya está en progreso. El contacto personal con el hecho delictivo es un indicio importante, pero no nos dice todo sobre la cuota de responsabilidad que le cabe al agente.

Cuando BLOY postula un nivel de imputación fáctico y otro normativo no consigue resolver el problema de identidad que aqueja a toda su teoría. La autonegación irresuelta de su planteamiento dual lo conduce a mezclar consideraciones causalistas —que llamativamente contradicen sus agudos reparos a LÜDERSSEN— y acaba aproximando su idea de la

²⁶¹ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, p. 205.

²⁶² Aunque pretende distanciarse de él mediante una crítica al pensamiento dual de ROXIN. Véase BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, p. 253.

²⁶³ Está en lo correcto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 609 cuando observa que “la construcción de BLOY, aunque pueda parecer otra cosa, no va más allá de la de ROXIN”.

²⁶⁴ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 244 ss.

²⁶⁵ Así STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformelehre*, 1988, p. 92.

accesoriedad como criterio de imputación a un vínculo fáctico con la lesión al bien jurídico a través de la actuación del autor. Acaso, qué es la relación personal indirecta del partícipe con el hecho típico mediada por el autor, sino un puente fáctico (¡no *impersonal*, sino *despersonalizado*!) que intenta disimularse mediante la teoría de las normas. La predicada accesoriedad como criterio de imputación no es más que un intento de acercar el partícipe a algo que se ha definido previamente como ajeno a él. Acierta BLOY cuando llama la atención sobre el entendimiento de la accesoriedad como un criterio de imputación, pero se equivoca cuando acto seguido sugiere que se encarga de acoplar lo que hace el autor a lo que hace el partícipe a modo de dos piezas de encastre. La pregunta sobre el porqué de la accesoriedad, es decir, por qué el partícipe es hecho responsable por lo que otro hace, no puede dejarse abierta o, para ser más precisos en nuestra crítica, no puede contestarse con el instrumental teórico de BLOY. Aquí debe agregarse que la idea de partícipe y autor como infractores de la misma norma de comportamiento, esto es, de la derivada del tipo penal de la Parte especial, tampoco es llevada hasta sus últimas consecuencias, pues en este plano las derivaciones sistemáticas son muy importantes y de ello poco se dice.

Por último, los problemas de dejar abierta la pregunta sobre el fundamento del injusto del partícipe y de pretender nutrirlo del disvalor de acción del autor conducen a BLOY a una compleja situación al momento de distinguir entre tentativa de intervención e intervención en una tentativa. El comportamiento del partícipe por sí mismo no sería antijurídico, pues sin hecho principal (de autor) no habría perturbación social alguna y, por lo tanto, tampoco participación²⁶⁶. Una de las repercusiones de la imputación de un injusto ajeno en la participación es la imposibilidad de explicar las aportaciones previas al comienzo de ejecución si no es asimilándolas a un acto preparatorio carente de significado delictivo, tal como hace ROXIN (*infra*). Ya que partícipe antes de la infracción completa de la norma de la tentativa no puede pararse sobre sus propios hombros para ver cuál será el hecho (incierto y futuro) del que tomará el contenido su injusto, no quedaría más opción que declararlo como un puro disvalor de intención no objetivable carente de cualquier consecuencia sistemática. En suma, la lección más importante que deja el análisis de las premisas de BLOY, no es principalmente sistemática, sino metodológica. No puede desconocerse que siempre se construye desde un lugar, es decir, asumiendo puntos de vistas teóricos previos que surgen de la validación argumental del estado de la discusión contemporánea. Sin embargo, tampoco puede ignorarse que está vedado *echar vino nuevo en odres viejos*, es decir, construir una teoría de la intervención normativamente orientada reformulando solo de modo aparente los postulados tradicionales de la teoría de la participación.

2.3. La accesoriedad como condición objetiva de punibilidad [RENIKOWSKI]

2.3.1. Presentación

²⁶⁶ Muy crítico RENIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 36.

En otros lugares de este trabajo se ha objetado que el modelo restrictivo de autor deba ser mantenido como premisa mayor de la teoría de la intervención. Se impone ahora, al analizar la propuesta de RENZIKOWSKI, preguntar si es posible reformular este paradigma mediante el recurso a la teoría de las normas; al fin de cuentas, lo que ha provocado nuestro escepticismo ha sido su marcada *a*-normatividad. Sin duda esta es una de las tareas principales de *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, en donde la apertura liminal del título parece, desde un primer momento, advertir sobre la tenacidad de la cruzada emprendida. El punto de partida de RENZIKOWSKI es lógicamente que autores y partícipes no infringen la misma norma de comportamiento: los primeros, vulneraría la norma contenida en el tipo penal; los segundos, vulnerarían las normas de la Parte general que prohíben la inducción y la complicidad.

Para RENZIKOWSKI el injusto del autor consistiría en la lesión directa al objeto del bien jurídico, mientras que el injusto del partícipe radicaría en el peligro inherente a la colaboración en el hecho principal o su motivación²⁶⁷. En consecuencia, cooperador e inductor no realizarían personalmente el injusto descrito en el tipo, sino que intervendrían en un hecho punible ajeno. El fundamento de normas como la de los §§ 26 y 27 StGB sería el evitar peligros²⁶⁸, pero, a diferencia de lo que suele afirmar la literatura secundaria, esto no implicaría que tuvieran la estructura de un delito de peligro, tal como lo propone HERZBERG²⁶⁹. La novedad en RENZIKOWSKI, a la que termina de darle forma en recientes trabajos, sería el reemplazo del concepto restrictivo de autor por un *concepto restrictivo de hecho*, terminología que toma prestada de HAAS²⁷⁰ para explicar que, en rigor, el origen de la dogmática de las formas de intervención es la realización de un tipo de injusto establecido en la ley²⁷¹. De esta conceptualización estricta del hecho típico se desprende la idea de que quienes contribuyen al delito de alguna manera no efectúan por sí mismos la acción típica.

En la reivindicación del concepto restrictivo de autor ocupa un lugar muy importante la reelaboración del concepto de causalidad: RENZIKOWSKI no solo critica el carácter ilimitado de la causalidad equivalente asumida por la doctrina mayoritaria, sino que va más allá y, basándose en las llamadas teorías individualizadoras de la causalidad y en la doctrina de la prohibición de regreso, pone en duda que la teoría de la imputación objetiva sea un correctivo normativo suficiente para los problemas que ella genera²⁷². Sobre esta crítica no puede entrarse en detalle ahora, aunque sí interesa poner de relieve, por sus implicaciones para esta

²⁶⁷ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 125.

²⁶⁸ RENZIKOWSKI, «Normbegründung», *disertación*, 2013, p. 23; EL MISMO en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 50/26.

²⁶⁹ HERZBERG, *GA*, 1971, pp. 1, 6 s.

²⁷⁰ Véase HAAS, «Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik» en *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, pp. 193, 220. Las reflexiones de RENZIKOWSKI en *Restriktiver Täterbegriff* son asumidas por HAAS, quien desarrolla un concepto restrictivo de hecho que toma como punto de partida la posición jurídica del lesionado, aunque rechaza la existencia de una prohibición de regreso en la participación. Luego estas consideraciones a su vez son incorporadas por RENZIKOWSKI, *GA*, 2007, p. 576 nota 79.

²⁷¹ RENZIKOWSKI, *GA*, 2007, pp. 572 ss.

²⁷² RENZIKOWSKI, «Normbegründung», *disertación*, 2013, p. 10.

investigación, la adopción del concepto normativo de causalidad construido por HAAS con base en el alcance de los derechos subjetivos²⁷³. Como se explicó al desarrollar el injusto de la participación a partir del instituto del abuso del derecho, en su trabajo existen valiosas coordenadas para orientar el principio de accesoriedad de la participación, las cuales son asumidas expresamente por RENZIKOWSKI. El definir la causalidad normativamente a partir de los contornos del derecho subjetivo afectado permitiría determinar los límites de lo prohibido de la acción típica: el desprecio del derecho ajeno.

“Hecho es, por lo tanto, solo la acción que lesiona directamente el bien jurídico [...] la realización típica significa en primer lugar y exclusivamente autoría directa en el sentido del § 25 StGB 1º párr. 1º hipótesis [...] existe una diferencia cualitativa entre autoría y participación que se puede representar con la teoría de las normas. De esta manera, pueden ser formulados dos tipos distintos de normas de comportamiento: normas de comportamiento que se basan en tipos delictivos y que están dirigidas al autor, así como normas de comportamiento que no se basan en tipos delictivos y que están dirigidas al partícipe”²⁷⁴.

RENZIKOWSKI entiende que el fundamento de la imputación solo puede ser la usurpación de una esfera jurídica ajena²⁷⁵. El partícipe no causaría la acción típica del autor principal — pues este agente obra de modo autorresponsable— y, en consecuencia, tampoco lesiona la posición jurídica protegida por el correspondiente tipo delictivo. De ahí, que las normas de comportamiento que prohíben la participación normológicamente solo sean entendidas por el autor citado como prohibiciones de peligro²⁷⁶, mientras que las normas de comportamiento contenidas en los tipos de la Parte especial sean prohibiciones de lesión. La relación de la participación con el hecho principal consiste en que el respectivo comportamiento del partícipe siempre debe estar dirigido a un determinado hecho principal. El hecho principal anticipado por el partícipe sería el motivo intencional para valorar la participación como peligrosa y con ello como antinormativa²⁷⁷.

RENZIKOWSKI no es un defensor naif del concepto restrictivo de autor²⁷⁸, pues sabe que la versión tradicional genera problemas para hacer operativo los principios de autorresponsabilidad y culpabilidad en los casos de participación. Por ello, su reconstrucción teórica parte del principio de autonomía de la persona establecido en la Constitución alemana, camino que utiliza para emancipar al injusto del partícipe en el sentido de que él infringe su propia norma de comportamiento, pero sin dejar de referir esta al tipo penal²⁷⁹. La imagen constitucional de la persona no se agotaría en una representación aislada del individuo, sin ningún tipo de relación con sus semejantes, sino que mostraría a la persona

²⁷³ HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 280 ss.

²⁷⁴ RENZIKOWSKI, «Normbegründung», *disertación*, 2013, p. 18. Véase también HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, pp. 185 ss.

²⁷⁵ En efecto, es inevitable apreciar puntos de contacto con las premisas de JAKOBS (véase *infra*).

²⁷⁶ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 127 ss.

²⁷⁷ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 130.

²⁷⁸ Crítico SÁNCHEZ LÁZARO, *Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt*, 2007, pp. 20 ss. quien objeta que la propuesta de RENZIKOWSKI en el ámbito de los delitos imprudentes es incompleta e inconsecuente.

²⁷⁹ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 73.

como un sujeto de Derecho responsable en un entramado de múltiples vínculos sociales²⁸⁰. Configurar los tipos de participación en función del hecho del autor, por lo tanto, no sería problemático para RENZIKOWSKI debido a un doble recurso. Por un lado, la tradicional distinción entre norma primaria y norma secundaria; por otro lado, la articulación de sus consideraciones con el planteamiento de HRUSCHKA²⁸¹ en orden a la defensa de que toda participación supone una prohibición de regreso²⁸². La responsabilidad accesoria del interviniente, que se limitaría al incremento del riesgo de lesión para el bien jurídico protegido mediante la creación de las condiciones prácticas o la motivación para realizar el hecho principal, encontraría su razón de ser en la autonomía inherente a la actuación autorresponsable del autor directo, la cual, prohibición de regreso mediante, impediría imputarle al partícipe el hecho principal como su propia obra²⁸³.

El disvalor de acción de la participación consistiría en el peligro inherente a una actividad que crea las condiciones para la realización del hecho principal, el cual sería independiente de la realización o no del hecho principal, cuya eventual concreción sería una prueba más de la peligrosidad de la acción del partícipe. La ejecución entonces quedaría relegada a una condición objetiva de punibilidad muy cercana a la propuesta de SCHMIDHÄUSER (ver *infra*) debiendo considerarse únicamente a los efectos de la determinación de la pena²⁸⁴. RENZIKOWSKI traduce este esquema afirmando que la cuestión de la punibilidad es un problema de la norma de sanción que debe ser diferenciada de la antijuridicidad de la conducta del partícipe, la cual se presenta como un problema de la norma de conducta²⁸⁵. La dependencia del injusto del partícipe frente al injusto del autor sería meramente externa, pues la actividad del autor no tendría ningún significado para el seguimiento/infracción de la norma primaria por parte de los intervinientes. El fundamento de la imputación no sería la lesión a manos del autor, sino la propia conducta peligrosa realizada por el partícipe. Como dos rectas paralelas en un plano cartesiano, el injusto del partícipe no compartiría ningún punto de contacto con el injusto del autor, salvo en el horizonte de la norma de sanción, donde la accesoriad trazaría una perpendicular conectando la ejecución del hecho principal a manos del autor con la concreta necesidad de pena de la participación.

2.3.2. Valoración crítica

Evidentemente, merecen atención las conclusiones de RENZIKOWSKI en relación con el principio de accesoriad. Lo primero que se le puede objetar a un autor que realiza uno de los intentos recientes más acabados de explicar la autonomía del injusto del partícipe a través de la teoría de las normas, es no haber ido un poco más allá ampliando su concepción de la

²⁸⁰ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 136.

²⁸¹ HRUSCHKA, *ZStW* 110, 1998, pp. 581, 586 ss.

²⁸² RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 131.

²⁸³ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 151.

²⁸⁴ En España también reduce la accesoriad a una condición objetiva de punibilidad BOLDOVA PASAMAR, *La Comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, pp. 148 ss.

²⁸⁵ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 131.

accesoriedad de la participación a otras formas de aparición compleja del delito, así como que la haya considerado, tal cual hace la doctrina dominante, dirigida en un solo sentido del partícipe hacia el autor. Sin dudas, esto se corresponde con el asumir un concepto restrictivo de autor customizado a la luz de la teoría de las normas, pero que, al fin de cuentas, continúa siendo un concepto restrictivo de autor. Concebir el hecho principal como una condición objetiva de punibilidad es una idea que fue difundida por SCHMIDHÄUSER y sobre la que me explayaré, en el marco de su planteamiento, más adelante. Ahora, me interesa tomar una de las principales críticas que le realiza LÜDERSEN a este autor, la cual me parece aplicable también a RENZIKOWSKI: la carencia de fundamentación²⁸⁶. Las condiciones objetivas de punibilidad no solo son negadas por parte de la doctrina, sino que también son utilizadas en diversos grupos de casos que abarcan incluso cuestiones de Derecho procesal. Por qué el hecho del autor se encuentra fuera del injusto del partícipe es algo sobre lo que deben proporcionarse buenas razones.

La ausencia de estas razones es acompañada, a su vez, por problemas sistemáticos de difícil solución. En efecto, RENZIKOWSKI habla de una actividad peligrosa del partícipe debido a la intención de articularse con la actividad del autor, pero entonces, la condición objetiva de punibilidad debería ser considerada objeto del dolo. Es decir, la ejecución del autor sería un paréntesis virtual presente como guía en la actividad del cómplice o el inductor como elemento del tipo de la participación. En relación con esto es necesario dar mejores explicaciones. A su vez, un problema sobre el que se volverá al tratar la solución de SCHMIDHÄUSER frente a las intervenciones previas a la ejecución es el de la conexión del marco penal que existe entre la participación y su concreción en el hecho principal. ¿Podría la participación presentar una escala penal totalmente autónoma? No se debería pensar mucho la respuesta a esta cuestión al defender un hecho principal que opera como condición objetiva de punibilidad, la participación debería tener su propia escala penal independientemente de lo que haga o deje de hacer el autor. El punto es, que el legislador no ha optado por este sistema.

Pero hay algo más detrás del problema de la accesoriedad de la escala penal de la participación que supera la mera crítica de Derecho positivo. Algo que no puede explicarse del todo bien mediante la idea de una condición objetiva de punibilidad que se encuentra fuera del injusto del partícipe. Por un lado, se vuelve difícil entender una pena proporcionada y razonable totalmente al margen del resultado de lesión del hecho principal²⁸⁷. Si el fin del Derecho penal consiste en reafirmar la vigencia de la norma puesta en tela de juicio por el autor tanto en el plano comunicativo como en el material, entonces, parece lógico que el fundamento del injusto del partícipe (como el del autor) debería contemplar ambas dimensiones de la actividad del agente²⁸⁸. El criterio de RENZIKOWSKI a partir de la teoría de las normas es

²⁸⁶ También crítico en relación con este aspecto de la tesis de RENZIKOWSKI, MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, p. 87, véase en particular nota 274.

²⁸⁷ Ampliamente SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, p. 361.

²⁸⁸ Como ya ha diagnosticado la doctrina, los partidarios del injusto autónomo —ya sea en las versiones clásicas más causalistas (LÜDERSEN) o en sus reversiones de impronta normativista (RENZIKOWSKI,

adecuado para explicar *ex ante* las intervenciones previas a la ejecución, pues pone el acento en el aspecto individual del proceso ejecutivo y mira hacia delante. Pero *ex post*, al continuar realizando una consideración aislada de la conducta de cada interviniente, cuando en rigor, se trata de articular todas las intervenciones en una red articulada de significado, no consigue captar adecuadamente el sentido global de la participación²⁸⁹. La perspectiva individualista de RENZIKOWSKI es acertada para nutrir de contenido a lo que luego se denominará registro proyectivo de la accesoriad. El cual, no obstante, si se pretende no atomizar la teoría de la intervención, ha de completarse con un segundo registro que opere mirando hacia atrás e integrando lo individual en lo colectivo.

Por último, es necesario detenernos un momento a repensar la ubicación de la prohibición de regreso como estructura *ad intra* lindante entre la participación y la autoría. Es verdad que uno de los problemas inherentes a la codelincuencia es la autorresponsabilidad del autor cuya actividad es impredecible con certeza, lo que también sucede en la coautoría. Ahora bien, ¿significa esto que solo puede ser autor de la lesión el último causante autorresponsable? Una respuesta afirmativa es derivable a partir de las premisas que asume RENZIKOWSKI, sin embargo, aún en su *iter* argumentativo la deducción es problemática. En primer lugar, como advierte HAAS, la prohibición de regreso debe rechazarse en los casos de coautoría²⁹⁰. RENZIKOWSKI asume esta crítica, pues, de otro modo, tendría que negar la coautoría en la mayoría de los casos en los que la lesión inmediata del objeto del bien jurídico protegido es dejada en manos de un solo coautor²⁹¹.

Y si la crítica se realiza desde la perspectiva asumida en el capítulo anterior de este trabajo, la imposibilidad de una prohibición de regreso *ad intra* se presenta todavía más clara. Al postularse que la distinción entre autoría y participación es una cuestión de grado, los problemas de la prohibición de regreso en la coautoría en consecuencia también deberían apreciarse en la participación. Pues no hay obstáculo alguno para retroceder en la imputación tanto en los casos de intervenciones pre-ejecutivas en donde todavía no tenemos un autor autorresponsable (este es solo una proyección futura) como en los de intervenciones concomitantes, donde el partícipe toma parte de un contexto delictivo actual perdiendo su comportamiento la neutralidad propia que caracteriza a los supuestos abarcados por la prohibición de regreso. En pocas palabras, esta categoría de la teoría de la imputación objetiva no solo ocupa un lugar incómodo en la coautoría sino también en la participación, ya que su función no es *ad intra* del colectivo, sino *ad extra* trazando un límite externo que permite excluir a determinados agentes que no expresan con su actuación sentido delictivo alguno.

SCHMIDHÄUSER, HERZBERG o SANCINETTI)— deben lidiar con un problema fundamental: cómo explicar la supresión total del resultado a manos del autor en la construcción del injusto del partícipe.

²⁸⁹ Véase PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, 2015, pp. 282 ss., 463 s.

²⁹⁰ HAAS en *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, p. 220.

²⁹¹ RENZIKOWSKI, *GA*, 2007, p. 576 nota 79.

Con todo, las consideraciones de RENZIKOWSKI, en el marco de su planteamiento normológico, son especialmente útiles para avanzar en la articulación de la antinormatividad de la intervención pre-ejecutiva. Aunque, lógicamente a la inversa, tiene problemas para explicar los casos de contextos delictivos actuales, esto es, intervenciones concomitantes, pues parece muy costosa y poco práctica la existencia de normas de comportamiento diversas para un colectivo de agentes que arrolla como una unidad la esfera de libertad de la víctima. Sobre esta discusión se entrará muy pronto, la cual permitirá entender por qué tanto la tesis colectivista de JAKOBS como el punto de vista individualista de RENZIKOWSKI no alcanzan a comprender completamente por sí solas el fenómeno de la intervención delictiva. El primero puede explicar satisfactoriamente los casos de contextos delictivos actuales, pero no alcanza a descifrar el sentido de las intervenciones pre-ejecutivas²⁹², mientras que el segundo, utiliza un instrumental preciso para explicar la actividad pre-ejecutiva del partícipe, pero no resuelve del todo bien los casos de intervenciones concomitantes. Esto se articula perfectamente con el enfoque metodológico que cada uno de los autores citados hace en la norma de sanción y en la norma de comportamiento, respectivamente. RENZIKOWSKI afirma que “a través de su comportamiento por sí solo, el partícipe todavía no perjudica la posición jurídica (únicamente) lesionada por el hecho principal” y que, por lo tanto “su injusto debe ser explicado de otra manera”²⁹³. Pero, si bien es cierto que el único que lesiona inmediatamente la posición jurídica de la víctima es en la mayoría de los casos el autor, no es menos cierto que esta es únicamente una comprobación fenomenológica. En los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo, el partícipe incluso antes de la ejecución a manos del autor, también perturba la posición jurídica de la víctima, el punto crucial es que lo hace de un modo distinto al autor, de un modo *no-típico*

2.4. Accesoriedad como fundamento de la imputación y *Obliegenheiten* [JAKOBS]

2.4.1. Remisión

²⁹² Cuando leemos la teoría de JAKOBS sobre el fundamento del injusto del partícipe postulando a un partícipe infractor de la misma norma de conducta que el autor se advierten dificultades para explicar los casos de intervenciones previas al comienzo de ejecución. En estos casos la actividad del partícipe permanece desarticulada, en cuanto todavía no se inserta en una red estructurada de significado que pueda dotar de sentido a la expresión “tomar parte”. El hecho colectivo, esto es, la síntesis de la cooperación o inducción en la ejecución del autor es un paréntesis contingente que puede o no ocurrir. En el primer caso, si efectivamente hay hecho principal las cosas son más fáciles pues se puede comprobar *ex post* el quantum de responsabilidad del agente en esa obra común. Ahora bien, en el segundo caso, si el autor no detona el hecho principal, la actividad del partícipe parece quedar renga, un injusto contingente, sometido a condición. El intento de JAKOBS de explicar estos casos mediante el recurso a las *Obliegenheiten* se queda corto, demostrando que en realidad es su enfoque el que no puede resolverlos. Brevemente, las intervenciones previas al comienzo de ejecución no pueden ser explicadas satisfactoriamente por el modelo extensivo de autor apuntalado por la teoría de la imputación objetiva al que conduce una fundamentación colectiva del injusto del partícipe.

²⁹³ RENZIKOWSKI, «Normbegründung», *disertación*, 2013, p. 14.

El andamiaje del pensamiento de JAKOBS fue introducido en el capítulo anterior al desarrollar su punto de vista sobre el fundamento del injusto del partícipe. Un injusto colectivo que desemboca en un sistema extensivo de autor limitado por la teoría de la imputación objetiva. La accesoriadad en el marco de este planteamiento es vista como el fundamento de la imputación al interviniente, esto es, como aquella razón que permite responsabilizarlo por una realización típica ejecutada por otro²⁹⁴. En los casos de participación se trata de una división del trabajo que vincula a todos los intervinientes. La accesoriadad se presenta así como el anverso de la prohibición de regreso. Sucintamente, JAKOBS propone una concepción de la accesoriadad (culpable) exclusivamente funcional en el ámbito de la norma de sanción, donde actúa a modo de estructura de imputación.

Pero, como ya se apreció, si el injusto es únicamente la realización típica entonces deben darse explicaciones adicionales frente a aquello que sucede antes de la ejecución. Esta situación conduce a JAKOBS progresivamente a inclinarse hacia las *Obliegenheiten*, simpatía que puede verse en sus trabajos desde principios de la década de los 90 para resolver diversos problemas de la teoría del delito. Lo que ahora interesa, no obstante, es la utilización de esta categoría normológica para explicar la intervención pre-ejecutiva. Si todos los intervinientes infringen la norma de la Parte especial en el marco de una concepción del injusto como realización típica, entonces, no hay más opción que recurrir a la infracción de *algo* que, sin ser la prohibición de la Parte general, dé cuenta de aquellos comportamientos con relevancia jurídico-penal realizados antes del comienzo del injusto típico. Por razones de orden expositivo se desarrolla esta cuestión en el tercer capítulo de la investigación, donde se analiza en detalle el problema de la actividad pre-ejecutiva de los intervinientes. Con todo, dejaré ver a continuación algunas consideraciones sobre el recurso a las *Obliegenheiten*, en tanto, ellas son un elemento categorial que repercute en el entendimiento jakobsiano del principio de accesoriadad.

3. Fundamentos metodológicos de la propia concepción

3.1. Norma primaria y norma secundaria

A fines de siglo XIX VON LISZT definió al Derecho penal como el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, a través de las cuales el crimen se asocia al tipo y la pena a su consecuencia [*“Strafrecht ist der Inbegriff derjenigen staatlichen Rechtsregeln, durch welche an das Verbrechen als Tatbestand die Strafe als Rechtsfolge geknüpft wird”*²⁹⁵]. Sin embargo, como el Derecho penal en tanto compendio normativo es algo más que un manual para el castigo, esta conceptualización debe ampliarse. Tarea que abre un amplio horizonte para la teoría de las normas como parte fundamental del sistema del delito. Ahora, si se refiere el primer tramo

²⁹⁴ JAKOBS, *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 109 ss.; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 4 s.; EL MISMO, *FS-Puppe*, 2011, pp. 547 ss.; EL MISMO, *FS-Lampe*, 2003, pp. 563 ss. En la misma línea, LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 307.

²⁹⁵ VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 20ª ed., 1914, § 1.

del *definiens* de Derecho penal a la norma jurídica, entonces, previo al trabajo dogmático, importará saber qué estructura poseen estas normas y cuál es su naturaleza²⁹⁶. Así, la adopción de un determinado concepto de norma repercutirá en la aproximación dogmática que se realice a los distintos problemas de la teoría del delito, en lo que ahora interesa, el principio de accesoriedad de la participación. Con todo, este tema es objeto de una viva polémica, por ello, se presentará selectivamente la discusión resaltando aquellos aspectos que inciden en los problemas que trata esta investigación. Se intenta anclaje normológico con el que se fijarán los términos de la interpretación del principio de accesoriedad.

La estructura hipotética de la norma penal no es específica de ella misma, sino que se presenta como común a toda norma jurídica formalmente completa y consiste en un *supuesto de hecho* [*Tatbestand*] al que se le atribuye una determinada *consecuencia jurídica*²⁹⁷. Sin dudas, fue BINDING quien, al conectar la génesis de las normas primarias con consideraciones de Derecho público y las normas de sanción con consideraciones específicamente penales, ofreció por primera vez, en el marco de nuestra tradición jurídica²⁹⁸, la posibilidad de construir una sistemática del delito con una base normológica fundamentada²⁹⁹. Así, la distinción entre normas primarias o de comportamiento [*Verhaltensnormen*] y normas secundarias o de sanción [*Sanktionsnormen*] se arraigó fuertemente en la dogmática penal. Pero esto no sucedió de manera uniforme, pues en el ámbito de la teoría de la intervención, hasta hoy son muy escasos los trabajos que se aproximan a ella desde una perspectiva normológica. En consecuencia, en lo sucesivo se toma como punto de partida esta concepción dualista³⁰⁰

²⁹⁶ Ampliamente KAUFMANN, *Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna*, 1977, pp. 3 ss.; EL MISMO, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 74 ss.; BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung* (1872), t. I, 1991, pp. 4 ss.; EL MISMO, *Handbuch des Strafrechts* (1885), 1991, pp. 155 ss.; ROBLES PLANAS, en *Libro homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 835 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 24 II 1 ss.; RENZIKOWSKI, «Normen als Handlungsgründe», *FS-Neumann*, 2017, pp. 335 ss.; EL MISMO, «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie», *FS-Gössel*, 2002, pp. 3 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1984, pp. 29 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2008, pp. 23 ss., 36 ss.; EL MISMO, *Norma, causalidad y acción*, 2014, pp. 17 ss.; HAFFKE, «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal» en *Libro homenaje a Roxin*, 1995, pp. 132 ss.; KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 1960, pp. 77 ss.; NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2003, pp. 63 ss.; KALINOWSKI, *Einführung in die Normenlogik*, 1973, pp. 1 ss.; HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2ª ed., 2002, pp. 11 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 605 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación a Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 513 ss.; BACIGALUPO, «La función del concepto de norma en la dogmática penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11, 1986, pp. 61 ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2007, pp. 20 ss.; EL MISMO, *PG*, 2015, lecc. 2, nm. 1 ss.;

²⁹⁷ Véase MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2002, p. 20.

²⁹⁸ Los extremos fundamentales de la distinción entre norma primaria y norma secundaria se pueden apreciar también en la Filosofía del Derecho de corte anglosajón de HOBBS y BENTHAM, así como en el más contemporáneo trabajo de HART. Sobre ello, véase en detalle, RENZIKOWSKI, *FS-Gössel*, 2002, pp. 3 ss.; EL MISMO, *FS-Neumann*, 2017, pp. 340 ss.

²⁹⁹ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1991, pp. 4 ss.

³⁰⁰ Que no debe ser contemplada como como dos realidades normativas completamente independientes, véase KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 1960, pp. 77 ss.

para explicar —entre otros fenómenos jurídicos— la relación de sentido entre la actividad de los intervinientes en un hecho delictivo.

BINDING partió de que sería un error considerar al delito como la infracción de la ley penal, pues el delincuente precisamente cumple con el tenor literal de la conducta descrita en el tipo. Lo que el delincuente vulnera es la norma, un imperativo dirigido al ciudadano que le ordena “¡tú no debes matar!” y que precede conceptualmente a la ley penal, “el que matare a otro será castigado con pena de prisión”, un mandato dirigido al juez³⁰¹. Así, quien pretendiera entender la esencia del delito debía ocuparse, en primer término, de las normas de comportamiento y su infracción [*Die Normen und ihre Übertretung*]³⁰². El juicio de antijuridicidad de una conducta, por ende, suponía lógica y necesariamente el reconocimiento de enunciados jurídicos que eran previos y perfectamente distinguibles de la ley penal. De allí, que en el planteamiento de BINDING las leyes penales [*Strafgesetze*] mostraran una naturaleza accesoria a las normas de Derecho público, limitándose a la imposición de sanciones penales por la infracción de normas [*Normen*] que no le eran propias y le precedían cronológicamente³⁰³. En esto consistía la naturaleza accesoria de la ley penal³⁰⁴.

En el marco de esta concepción dualista, se hace referencia a distintos destinatarios³⁰⁵. Mientras que las normas primarias se dirigen a los ciudadanos en cuanto tales como prohibiciones o mandatos de comportamiento; las normas secundarias se dirigen al Estado ordenándole la imposición de una pena en el supuesto de infracción de la norma primaria. Este objetivo se alcanza mediante otras normas (de sanción) dirigidas a terceros (jueces) para

³⁰¹ Las normas primarias les prohíben a los ciudadanos la comisión de delitos, y sus infracciones, unidas a otros requisitos (lesividad, culpabilidad, etc.), son presupuestos de aplicación de las normas secundarias. “En relación con esta clasificación es importante destacar tres puntos: primero, que aunque son normas distintas no tienen diferente estructura; segundo, que normas de ambos tipos forman parte del ordenamiento jurídico, el cual no puede reducirse a una de las dos categorías, ni tampoco a una única categoría compleja que resultara de unir ambas normas en una unidad superior; tercero, que los conceptos ‘primaria’ y ‘secundaria’ implican una relación entre normas y además una relación específica (lógica y teleológica), y que por ello no se trata de una clasificación necesariamente equivalente a la que distingue entre norma de comportamiento y de sanción”, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 616. En la misma línea, proponiendo una relación de implicación lógica entre la norma jurídica secundaria y la norma jurídica primaria, ROSS, *Directives and Norms*, 1968, p. 89 ss. Sobre esta idea, críticamente, HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2002, pp. 233 ss.

³⁰² BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1991, pp. 4, 28 ss., 132 ss.; EL MISMO, *Handbuch des Strafrechts* (1885), 1991, pp. 155, 162 ss.

³⁰³ M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, pp. 37 ss. continuó mediante un giro sociológico la construcción de BINDING, a pesar de que este la rechazara drásticamente. A pesar de todo, los autores mencionados coincidían en lo esencial: la ley penal no era en un imperativo dirigido al ciudadano, sino una norma dirigida al juez. La diferencia entre ambos planteamientos residía en que, para BINDING la naturaleza jurídica previa y externa de las normas primarias era de Derecho público, mientras que, para M. E. MAYER, era pre-jurídica, es decir, de carácter social (véase, BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1991, pp. 155 s., 370).

³⁰⁴ Controvertido. Críticamente MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2002, p. 25; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 513 ss., entre muchos otros.

³⁰⁵ Véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1991, pp. 26 ss.

que castiguen las desviaciones relevantes de las acciones u omisiones prescriptas³⁰⁶. Entre la ley penal y la norma primaria, por ende, existe una relación de sentido: social y psicológicamente al enunciado “el que matara a otro será castigado...” se asocia, sin mayores problemas, la idea de “prohibido matar”, esto es, el contenido de la norma primaria³⁰⁷. Los códigos penales no requieren añadir un enunciado distinto que expresamente establezca la prohibición de matar³⁰⁸. Representado con una sencilla analogía: “Sería como cuando el padre le dice a la madre, en presencia del hijo, ‘si te portas mal, castígalo’. Obviamente, el padre no tiene especial interés en que su mujer se pase el día castigando a su hijo; lo que quiere es que su hijo no se porte mal y elige para lograr eso la técnica de la motivación indirecta indicada. El padre tiene la esperanza de que de la prescripción *primaria* que dirigió a la madre, el hijo infiera la prescripción *secundaria* ‘no debes portarte mal’”³⁰⁹.

No obstante, lo poco novedoso de lo dicho hasta aquí, en los casos de codelincuencia la pregunta por la específica operatividad de la norma jurídica de la participación nos interpela intensamente. En primer lugar, es objeto de polémica qué es lo que se dice con la prohibición de favorecer o motivar la ejecución que otro realiza(rá) de propia mano, de dónde surge y cuál es su relación con los tipos de la Parte especial. Al respecto, la doctrina especializada se pregunta si el legislador consideró necesario formular expresamente la prohibición de la complicidad y la inducción en la Parte general del Código penal, por su fenomenología extramuros del tipo, o si con ellas sencillamente pretendía evitar una desproporción en la determinación de la pena. En segundo lugar, también se discute la mayor o menor autonomía de la antijuridicidad de la actividad del partícipe. ¿Puede aceptarse una antijuridicidad

³⁰⁶ No debe perderse de vista que las normas secundarias pueden entenderse, a su vez, como normas primarias desde la óptica del juez, las cuales le prescriben actuar de determinado modo, esto es, imponiendo una sanción frente a la comprobación de la comisión culpable de un hecho punible. Esto se evidencia mediante la existencia del tipo penal de prevaricación. En detalle, véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 508 y MOLINA FERNÁNDEZ, «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *AFDUAM*, 2000, p. 75, nota 39, citando a BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1996, p. 302.

³⁰⁷ Así SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 510, con más referencias en p. 511 mencionando los múltiples argumentos que existen a favor de la existencia de normas primarias: “argumentos derivados del Derecho positivo; argumentos históricos; argumentos *a fortiori* a partir de la expresión de tales normas primarias en el ámbito administrativo y del Derecho penal accesorio; argumentos funcionales; la propia construcción de la teoría del delito; etc.”.

³⁰⁸ Observa MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 60, nota 41, 614 ss. que es incorrecto identificar norma primaria y de comportamiento, por un lado, y norma secundaria y de sanción, por otro. En efecto, si bien este correlato es el habitual, no siempre es así. Una norma de sanción podría no ser secundaria de ninguna otra y una norma de comportamiento podría no llevar aparejada ninguna sanción para su infracción. Siendo esto último lo que sucede en los casos de intervenciones que permanecen en grado de tentativa, cuando no existan cláusulas que adelanten la barrera de punibilidad.

³⁰⁹ NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2003, pp. 83 s. La negrita me pertenece: como en esta parte del texto NINO se encuentra presentando la teoría de las normas de KELSEN, asume su terminología (invertida), en función de la cual “las normas jurídicas primarias son las que prescriben, en ciertas condiciones o no, la privación a un sujeto de sus bienes por medio de la fuerza. Son las normas jurídicas genuinas, lo que significa que un orden jurídico está integrado solo por ellas. Las normas jurídicas secundarias son meros derivados lógicos de las normas primarias, y su enunciación solo tiene sentido a los fines de una explicación más clara del derecho” (p. 84).

condicionada a que un tercero autorresponsable conduzca el proyecto delictivo hacia el estadio ejecutivo? Por último, recientemente se ha controvertido el concepto unitario de injusto que domina la doctrina mayoritaria. Cuestiones que conducen, desde luego, a preguntarnos sobre la corrección del modelo de accesoriadad dominante.

Frente a este complejo escenario el desafío que cabe afrontar a continuación tiene dos flancos de ataque: por un lado, la repercusión de la distinción entre la norma de conducta y norma de sanción en la operatividad del principio de accesoriadad externa y, por otro, la reconsideración metodológica y sistemática del injusto doloso que late detrás del modelo de accesoriadad limitada

3.2. Esencia imperativa de la norma de conducta

Una mirada a los autores que más se han ocupado de la teoría de las normas permite apreciar rápidamente el contrapunto que dominó la discusión durante el siglo XX: la caracterización de la norma primaria como norma de valoración o como norma de determinación. De acuerdo con la primera perspectiva, las normas formulan un juicio de valor, un *deber ser impersonal*, en función del cual se caracteriza como valioso o disvalioso un determinado estado o acontecimiento³¹⁰. El Derecho sería una suma de juicios de valor que posibilitan determinar cuál comportamiento se corresponde con el ordenamiento jurídico y cual no. En cambio, de acuerdo con la segunda perspectiva, las normas expresan antes que nada mandatos y prohibiciones, es decir, directivas de conducta con las que se procura dirigir la actividad de sus destinatarios. Mediante la norma el legislador expresa su voluntad de promover un determinado comportamiento.

El punto crucial de la discusión son sus implicaciones en la teoría de la antijuridicidad³¹¹. En rigor, mientras que en una configuración predominantemente valorativa fluye con facilidad un diseño objetivo de la antijuridicidad como contrariedad a la norma —la norma de determinación recién aparece en el ámbito de la culpabilidad—, según una concepción imperativista se requiere la inclusión de ciertos elementos subjetivos para considerar que existe una infracción a la norma. Así, en el marco de esta última se postula que una norma carece de sentido si no entra en contacto con sus destinatarios, lo que solo es posible teniendo en cuenta las condiciones personales para seguirla y, por ende, infringirla³¹². Esta perspectiva conduce a una comprensión estructural del delito en la que la antijuridicidad no solo requiere capacidad de acción sino, a su vez, capacidad de culpabilidad³¹³. La voluntad contraria a Derecho pasa a ser el núcleo principal de la antijuridicidad.

³¹⁰ KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 74 ss., denominó norma de valoración al juicio de valor sobre un determinado bien que lo hace merecedor de protección jurídica. Ciertamente ya no se defiende radicalmente una concepción valorativa pura de la norma jurídica.

³¹¹ Véase con más detalle JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 24 II 2; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 540.

³¹² Véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1991, p. 99.

³¹³ Véase BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1991, pp. 243 ss.

En estas cuestiones se insistirá más adelante al tratar la dimensión interna de la accesoriedad. Baste por ahora con referir que en relación con el carácter valorativo o imperativo de las normas existe un doble acuerdo doctrinal. Por un lado, los autores asumen en general que la norma jurídico-penal expresa una valoración, esto es, que constituye en esta medida una norma de valoración. Esto es así incluso para los defensores de la tesis imperativista, pues, naturalmente, a lo que se prohíbe u ordena precede una caracterización como indeseable del hecho prohibido, o deseable del hecho mandado³¹⁴. Por otro lado, a la inversa, también puede comprobarse un consenso en la doctrina, aunque aquí con más texturas en el hilado fino, relativo a que las normas presentan un ingrediente conductista³¹⁵.

Que la valoración no ha de ser la única función de la pena se evidencia en que, si bien cualquier estado o acontecimiento puede ser (dis)valorado, solo puede reaccionarse frente a él cuando se estableció una relación comunicativa entre la norma y su destinatario, quien ha de expresarse mediante una conducta humana que, al menos, revista el carácter de acción. Pero como también es insuficiente una inervación muscular —pues esta puede ser producto, por ejemplo, de un acontecimiento fortuito— entonces además debe requerirse para constituir el objeto de la norma primaria que la acción sea dolosa o imprudente. En esta línea, las reflexiones de Armin KAUFMANN en *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* consiguieron terciar el debate al asumir que, si bien el agente solo tenía un deber derivado de la norma jurídica y, por lo tanto, se encontraba obligado a cumplirla cuando en la concreta situación era capaz de realizar su contenido, esta capacidad no presentaba un momento de culpabilidad, sino que debía concebirse como capacidad de realización de una acción final³¹⁶.

Las bases de la teoría de las normas en su versión imperativista parecen trascender el marco del Derecho penal hasta ocupar lugares microscópicos de nuestra actividad cotidiana: el padre (continuando con el ejemplo anterior) le pide a la madre en presencia del niño que lo castigue si se porta mal *para* que el niño no haga travesuras; el profesor anuncia frente al curso que quien utilice ayudas mnemotécnicas durante el examen “tendrá un cero” *para* evitar que los alumnos hagan fraude, etc. Parte ineludible de la educación de un niño o un estudiante en la responsabilidad, así como de la prevención especial en el caso de un delincuente, consiste en guiarlo a que reconozca para sí la interpretación de su conducta como una máxima que no puede ser aceptada³¹⁷. En otras palabras, la naturaleza de las

³¹⁴ Véase RENZIKOWSKI, *GA*, 2007, p. 562.

³¹⁵ Estos puntos de acuerdo no implican que el debate se haya agotado, sin embargo, un estudio detenido de esta discusión escapa al marco fijado. En el planteamiento de la discusión véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 540 ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2002, pp. 41 ss.; EL MISMO, *PG*, 2015, lecc. 2, nm. 1 ss.; BACIGALUPO, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 11, 1986, p. 61; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 24 II 1.

³¹⁶ KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 138 ss. Véase también el análisis de ROBLES PLANAS, en *Libro homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, 2017, pp. 836 ss., 842 ss.

³¹⁷ Lo pone de relieve PUPPE, «Strafrecht als Kommunikation», *FS-Grünwald*, 1999, p. 474 (existe traducción al español en SILVA SÁNCHEZ/PASTOR (eds.), *El derecho penal como ciencia*, 2014).

normas se presenta inicialmente como instrumental, pues su efecto preventivo resulta de su función como directiva de conducta.

3.3. Diálogo con la tesis de las expectativas institucionalizadas

La teoría de los imperativos en su vertiente clásica justificaba la existencia de las normas jurídicas desde la perspectiva del soberano. Por ejemplo, BENTHAM proponía que la legislación había de orientarse por el mandato de maximización de la utilidad³¹⁸, siendo el soberano quien decretaba de manera vinculante lo que era mejor para sus súbditos. Pero la corriente imperativista ha experimentado interesantes reversiones contemporáneas que la han vuelto a situar en el primer plano de la discusión del Derecho penal liberal. Entre ellas me interesa analizar dos planteamientos: el de RENZIKOWSKI en el marco del Derecho penal alemán y el de SILVA SÁNCHEZ en el marco del Derecho penal español. Ambos coinciden, a pesar de los trazos que caracterizan sus pensamientos, en buscar una legitimación democrática de la norma como directiva de conducta, teniendo en cuenta la protección de los intereses de su destinatario, el ciudadano. Ahora bien, antes de entrar en este tema, es ineludible presentar la difundida tesis de la norma como expectativa institucionalizada, uno de los cuestionamientos más rupturistas frente a la perspectiva imperativista, con el que necesariamente ha de dialogarse si se pretende repensar esta última de una manera superadora.

JAKOBS ejecuta un verdadero giro teórico al poner en tela de juicio, con base en el paradigma de la teoría de sistemas³¹⁹, que el fin de la pena sea la prevención de delitos³²⁰. Alcanza así una de sus particulares hazañas teóricas al construir una tesis en el que la función directiva de la norma de comportamiento pasa a un segundo plano. La pena estatal se impondría para designar al delito como tal y confirmar la identidad normativa de la sociedad³²¹. Por qué — se pregunta JAKOBS— debería la sociedad abrigar la ilusión de que aquella previene el delito. En realidad, lo que ocurre es sencillamente que “su configuración se confirma y se mantiene como modelo decisivo de orientación [...], se previene la erosión de la configuración normativa real de la sociedad”³²². De este modo, “misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es

³¹⁸ BENTHAM, *Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung*, t. I (ed. de Beneke), 1830, pp. 35 ss. citado por RENZIKOWSKI, *GA*, 2007, pp. 564 s.

³¹⁹ Su influencia más fuerte es el pensamiento de LUHMANN. Ello se advierte claramente en JAKOBS, *Norm, Person und Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., 1999, entre muchos otros de sus trabajos. Ya antes, CALLIESS, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1974, citado por MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2002, p. 26, abordó la cuestión de la estructura de la norma jurídico penal a partir de la *función* de la pena, tomando como base la perspectiva sociológica de PARSONS y LUHMANN.

³²⁰ JAKOBS, *Norm, Person und Gesellschaft*, 1999, pp. 28 ss., 52 ss., 103 ss.

³²¹ En un giro teórico hegeliano, la prestación del Derecho penal acaba consistiendo en la contradicción de la contradicción de la identidad normativa de la sociedad, JAKOBS, «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken», *ZStW* 107, 1995, pp. 843 s.

³²² JAKOBS, «Zur gegenwärtigen Straftheorie», *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?*, 1998, pp. 29 s.

una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma³²³. Así, la norma de comportamiento y la norma de sanción son ubicadas principalmente en el plano del significado y no en el de sus consecuencias externas³²⁴. La norma se presenta como el soporte estructural que sirve de signo del carácter inquebrantable de la norma en el plano ideal, siendo su justificación totalmente independiente de si tiene o no efectos positivos sobre el autor (prevención especial) o sobre los miembros de la sociedad (prevención general negativa)³²⁵.

Estas premisas conducen a entender la norma como una expectativa de conducta institucionalizada que, si bien no es una garantía jurídico-penal de la corrección del comportamiento de los ciudadanos, coadyuva a la protección de quien se mantiene firme en la creencia de la norma de conducta en tanto modelo vigente de orientación de las interacciones sociales³²⁶. “La institucionalización de una expectativa en una norma, que la hace, en principio, independiente de toda frustración, añade, a lo que aportan otros niveles previos de institucionalización, *en principio*, la dimensión de la sanción. Con ésta, ciertamente, no se impide la frustración empírica pero sí se reafirma al sujeto (contrafácticamente) en su expectativa, al afirmar que tenía ‘razón’ en esperar aquello que esperaba y que no se produjo”³²⁷. JAKOBS prescinde de la dimensión imperativa de la norma como instrumento de conducción de conductas y la relega a un lugar secundario. La determinación de conductas pasa a ser una función latente del Derecho penal, un efecto deseable, pero, en principio, ajeno a su lógica. Así, la norma no dirige ningún comportamiento, sino que permite interpretarlo como perteneciente o no a un determinado ordenamiento jurídico³²⁸.

El enfoque de la norma como una expectativa de conducta institucionalizada cuenta con una carta alta al momento de resolver el absurdo al que conduce la pregunta de si la misión preventiva del Derecho penal falla cada vez que se comete un delito. Pero este interrogante solo plantea un verdadero problema para una concepción imperativista ingenua o (demasiado) ligada a su origen absolutista —cosa que es difícil predicar de cualquiera de los autores que actualmente se enrolan en esta corriente—. Por lo tanto, es una pregunta mal formulada. En mi opinión, ni la teoría de los imperativos puede concebirse de un modo estrictamente cognitivo, ni a la inversa, la teoría expresiva de JAKOBS puede resolver todos

³²³ JAKOBS, *AT*, 1991, 1/11.

³²⁴ Sin embargo, admite JAKOBS, *Strafe muss sein! Muss Strafe sein?* 1998, p. 31 que la pena se articula con un determinado grado de cimentación cognitiva para ser real y así generar confianza en los ciudadanos. Sobre este «giro fáctico» de su teoría, con más referencias, véase SILVA SÁNCHEZ, «Del Derecho abstracto al Derecho “real”», *InDret*, 4/2006, p. 2; CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ, «¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar» *La pena estatal: significado y finalidad*, 2006, pp. 56 ss.; ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 38 ss.; SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1995, pp. 31 ss.

³²⁵ Véase el desarrollo de PUPPE, *FS-Grünwald*, 1999, pp. 469 ss.

³²⁶ Véase JAKOBS, *Norm, Person und Gesellschaft*, 1999, pp. 31 ss.; LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 260 s.

³²⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho penal*, 2003, pp. 24 s.

³²⁸ En profundidad JAKOBS, *Norm, Person und Gesellschaft*, 1999, pp. 52 ss.

los problemas afirmando que la función preventiva es una función latente o deseable del Derecho penal.

De esto nos instruye convincentemente PUPPE, quien le ha cuestionado a JAKOBS que la erosión de la configuración normativa de la sociedad no puede consistir en un “ritual de autorreconocimiento”³²⁹. En efecto, la norma debe contribuir a su observancia también en el plano fáctico excediendo este la mera retribución de males como signo portador de un significado refutador. PUPPE apunala esta idea mediante diversos argumentos. Entre ellos, destacan dos. El primero de teoría política, no-sistemático como tal, pero de munición gruesa en el plano comunicativo en el que construye su tesis JAKOBS. Básicamente, se refiere a la situación paradójica que se presenta cuando un Estado que no reconoce como su tarea proteger al ciudadano frente a las infracciones de las normas (porque no puede o porque no quiere) pretende exigir legítimamente a sus ciudadanos que las obedezcan o respeten³³⁰.

Por otro lado, la autora citada advierte que JAKOBS también debería realizar ajustes a su tesis desde una perspectiva de ética objetivista, basada en la idea de que “el ciudadano tiene un fundamento racional para interpretar la pena como signo de que la norma infringida por el autor continúa vigente cuando presume que la pena es idónea para impedir futuras infracciones de esta norma por parte del autor o de otros”³³¹. Si el ciudadano fiel al Derecho se autoconcibe en competencia con el infractor, como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de la interacción económica, entonces la ventaja de la infracción de la norma podría motivarlo a restablecer la situación de igualdad jugando él también como infractor. PUPPE concluye que la única manera en que desde el plano pragmático de la teoría de la comunicación la pena puede ser explicada como un mal es si no se comprende solo como un signo de que la norma continúa vigente, sino que, además, su mensaje es creído³³². Para ello la función de aseguramiento de expectativas que cumple la norma de sanción ha de ser un reflejo de su función directiva de conductas, para no agotarse en la canalización pública de un mero deseo de retribución colectivo.

A una síntesis similar entre el doble postulado de justicia y utilidad que subyace a la estructura sistemática de la norma llega SILVA SÁNCHEZ. La clave de su construcción reside en advertir una visión de paralaje entre la concepción de la norma como directivo de conducta y su concepción como expectativa institucionalizada³³³. En efecto, la oposición entre ambos enfoques residiría en una aproximación al problema desde dos puntos de vista distintos, pero no necesariamente contradictorios entre sí. Según el autor español, la norma como expectativa se centra “en la relación del Derecho con cada ciudadano en tanto que ‘no delincuente potencial’, en tanto que ‘víctima potencial’ o, sencillamente, en tanto que alguien

³²⁹ PUPPE, *FS-Grünwald*, 1999, p. 477.

³³⁰ PUPPE, *FS-Grünwald*, 1999, p. 477 nota 17.

³³¹ PUPPE, *FS-Grünwald*, 1999, p. 478.

³³² PUPPE, *FS-Grünwald*, 1999, p. 479.

³³³ Aunque de manera más elemental, MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2002, p. 29, alcanza conclusiones similares entre la concepción funcional de la norma jurídico-penal en el pensamiento de CALLIESS y las formulaciones tradicionales.

interesado en su seguridad. Con respecto a éste, la norma supone una fuente de orientación, una institucionalización de su expectativa³³⁴. Mientras que “el concepto de norma como directiva de conducta se dirige al ciudadano en tanto que delincuente potencial o sujeto interesado prioritariamente en la libertad de acción. Con respecto a éste, la norma es un mandato o prohibición³³⁵”.

Para SILVA SÁNCHEZ, el trabajo de JAKOBS tolera esta lectura con base en la “obligación jurídica” que surgiría de la institucionalización jurídica de la expectativa de comportamiento en la norma y que, en efecto, acabaría *dirigiendo la comunicación*³³⁶. Si esto es así, entonces el ciudadano estaría obligado a satisfacer la expectativa en cuestión, relación que contendría la dimensión simbólica de la sujeción a un deber. Por lo tanto, en el plano estructural acabarían convergiendo ambas perspectivas: si la norma para algunos ciudadanos es fuente de orientación contrafáctica (fuente de derechos) ello se debe a que para otros es una directiva de conducta (fuente de deberes)³³⁷.

A partir de tales consideraciones, es fácil observar un punto de contacto con el planteamiento de RENZIKOWSKI, quien asume que la norma debe ser una directiva de conducta eficaz sin perder de vista que esta no puede definirse únicamente mediante su aspecto obligante. Las normas de comportamiento harían referencia a relaciones jurídicas en las que existe tanto un obligado (titular de un deber) como un beneficiario (titular de un derecho)³³⁸. Aquí también se pretende alcanzar un equilibrio entre las dimensiones expresiva y pragmática de las funciones de la norma de comportamiento y la norma de sanción. La particularidad del planteamiento del catedrático de Halle es que busca traducir la relación existente entre el destinatario de la norma primaria, su beneficiario y el rol del Estado mediante la noción de derecho subjetivo, naturalmente, sin abandonar la caracterización de aquella como una entidad normológica de Derecho público.

La teoría de los imperativos describiría correctamente la protección jurídica de los ciudadanos “desde arriba” por medio de normas de comportamiento, pero, debido a su origen vinculado a la concepción del Estado absolutista de HOBBS, requeriría un complemento liberal propio del Estado de Derecho para que sea legítima en nuestros

³³⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 26.

³³⁵ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 27.

³³⁶ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 27 con cita a JAKOBS, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, pp. 40 ss.

³³⁷ Advierte SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 30, que la conciliación de la tesis de JAKOBS con el enfoque imperativista, paradójicamente, no es tan difícil en el plano estructural como en el plano de los contenidos: “las concepciones de la norma como directiva de conducta en Derecho penal nunca han prescindido de asignar a ésta un contenido valorativo, de manera que la comunicación entre la misma y su destinatario no se produce solo en el plano de la mera coactividad, sino también en el plano de la racionalidad valorativa. En cambio [...] no parece que, en la concepción de JAKOBS, la expectativa adquiera contenido valorativo alguno por el hecho de su institucionalización en una norma jurídica, sino simplemente el refuerzo sancionatorio en caso de defraudación”. SILVA SÁNCHEZ se muestra crítico frente a este vaciamiento de *racionalidad valorativa* a favor de la *racionalidad instrumental* (véase, pp. 31 s.).

³³⁸ Exhaustivamente RENZIKOWSKI, *GA*, 2007, pp. 566 ss.; EL MISMO, *FS-Neumann*, 2017, pp. 338 ss.

sistemas constitucionales³³⁹. Por ende, “junto con la fijación de normas ‘desde arriba’, tiene lugar la fundamentación de normas ‘desde abajo’, desde el individuo [...] Se presupone un ordenamiento de asignación de derechos, cuya legitimación en el ámbito de los delitos contra bienes jurídicos individuales se deriva de la referencia a los derechos subjetivos”³⁴⁰. Un delito de lesiones determinaría horizontalmente la lesión de una relación jurídica y verticalmente la infracción de una norma de comportamiento³⁴¹.

Los derechos subjetivos se realizarían, en primer lugar, a través del ordenamiento jurídico-privado, el cual le confiere al ciudadano un ámbito de organización dentro del *ius cogens* creado por el ordenamiento jurídico estatal. Sin embargo, el Estado no solo le conferiría al afectado el derecho de alegar la reparación del daño por vía judicial, sino que, en casos en los que la afectación se tradujera en un injusto que significara una insurrección frente a la voluntad general, entonces se requeriría una reacción más drástica que la propia del proceso civil. Tomando como base las consideraciones de KANT relativas a que por medio del delito “se pone en peligro al ser general y no solo a una persona individual”, pues quien roba, por ejemplo, “hace insegura la propiedad de todos los demás”³⁴², RENZIKOWSKI advierte que el comportamiento merecedor de pena presenta un plus de injusto que consistiría en la puesta en tela de juicio de la confianza general en el ordenamiento jurídico. El injusto penal no solo afectaría al individuo en su subjetividad jurídica tal cual lo hace, por ejemplo, el incumplidor de un contrato, sino que afectaría, además, a la colectividad.

La función de la norma de comportamiento no sería la evitación de ataques a los bienes jurídicos, sino la protección de las posiciones jurídicas de los ciudadanos haciendo eficaz la doble facultad de su titular: la de disponer de su ámbito de libertad según su voluntad y la de excluir a personas no autorizadas de su intromisión³⁴³. Conforme con ello, las prohibiciones de lesión (contenidas en los tipos de la Parte especial) y las prohibiciones de peligro (contenidas en la Parte general del Código penal, léase normas sobre participación) tendrían como función hacer efectiva la función de exclusión del derecho subjetivo³⁴⁴. La norma de comportamiento primaria, en consecuencia, tendría una función preventiva que excede la mera evitación de daños posibilitando la asignación de ámbitos de libertad jurídicamente protegida mediante la influencia en el comportamiento de los terceros para que organicen su propia esfera jurídica de modo que no tenga lugar un proceso perjudicial que signifique el desprecio de un derecho ajeno.

3.4. Norma, motivación y prevención

³³⁹ RENZIKOWSKI, *GA* 2007, p. 564 ss.

³⁴⁰ RENZIKOWSKI, *GA* 2007, p. 565.

³⁴¹ RENZIKOWSKI, «Normbegründung», *disertación*, 2013, p. 16.

³⁴² KANT, *Metaphysik der Sitten*, pp. 331 y 333 citado por RENZIKOWSKI, *GA*, 2007, p. 556.

³⁴³ Así RENZIKOWSKI, «Normbegründung», *disertación*, 2013, p. 16.

³⁴⁴ Así RENZIKOWSKI, «Normbegründung» *disertación*, 2013, p. 17.

Mi planteamiento asume una premisa que en general hoy vuelve a parecer más obvia, pero que en la teoría de la intervención todavía es objeto de controversia: las normas de la participación son necesarias para regular y evitar conductas lesivas. El ciudadano está obligado a no realizar hechos delictivos por mano ajena, favoreciéndolos o motivándolos. Esta prohibición es un imperativo categórico a pesar de, en la gran mayoría de casos, encontrarse uno de los presupuestos de la norma de sanción —la lesión típica de la posición jurídica protegida— en manos de un agente autorresponsable. No obstante, de esta cuestión, fundamental en lo que respecta a la explicación de las intervenciones pre-ejecutivas, me encargaré en el próximo capítulo al contestar los argumentos de los partidarios de entender a las normas de la participación como imperativos hipotéticos en el marco del recurso a las *Obliegenheiten*.

Ahora interesa dejar en claro que el carácter imperativo de la prohibición de participar se corresponde con la función que la norma primaria está destinada a cumplir. Esta es, motivar al ciudadano a que no se adapte o impulse proyectos delictivos por medio de mano ajena, amenazándole con el mal de la pena para inclinar su decisión a favor de la lealtad al Derecho³⁴⁵. La norma posee una doble función como prevención de afectaciones a posiciones jurídicamente protegidas y como aseguramiento de expectativas institucionalizadas. La primera función, se cumple principalmente mediante la norma de comportamiento con una perspectiva *ex ante* (prevención general desde la perspectiva del ciudadano infractor); la segunda función se cumple mediante la norma de sanción con una perspectiva *ex post* (prevención general positiva desde la perspectiva del ciudadano fiel al Derecho). La estructura dual de la norma de comportamiento, su doble función y sus distintas perspectivas preventivas serán de utilidad para avanzar en la reconstrucción del principio de accesoriadad.

Las funciones preventivas y garantísticas del Derecho penal solo pueden alcanzarse si antes se les ha indicado a sus destinatarios qué es lo que pueden hacer y qué es lo que no³⁴⁶. Si se pretende desentrañar el sentido de la intervención en todos los escenarios en los que esta puede presentarse —que temporalmente son dos, antes y durante la ejecución— entonces debe tenerse en claro que el destinatario de la prohibición no puede especular con la eventualidad de la sanción, cuyo presupuesto típico ostenta el carácter de contingente, por encontrarse en manos de un agente autorresponsable. El interviniente debe saber que existe un punto de no retorno y que, aún antes de alcanzar el estadio ejecutivo, este paso —la infracción de su norma primaria— significa algo, que no le sale a cuenta y está obligado a evitar. Si no se distingue el imperativo en la norma primaria de los presupuestos de la norma secundaria, entonces se está destinado a caer en una antijuridicidad sometida a condición al mismo tiempo que se frustraría la función de prevención *ex ante*. Para que la prohibición de

³⁴⁵ Entre muchos otros, véase RENZIKOWSKI, *FS-Neumann*, 2017, pp. 335 ss.; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2002, pp. 44 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 530 ss.; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001 pp. 741, 810.

³⁴⁶ Así KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, pp. 3 ss., 10 ss.

la participación sea efectiva es necesario que sea dirigida al interviniente aún antes de que el hecho alcance el umbral de lesividad típica.

JAKOBS tiene buenas razones para postular que la vigencia de las normas ha de garantizarse mediante una pena impuesta por un procedimiento formal que contradiga el proyecto del mundo del infractor. Sin embargo, si el ordenamiento jurídico puede actuar antes, entonces debe hacerlo. Esto no es un efecto deseable o latente, sino una función crucial de la norma de comportamiento que guía en orden a su interpretación funcional. Con ella, el Derecho apela a motivar al interviniente, obligándole a decidirse en contra del delito, a no comprometerse hacia delante y exhortándole a que mantenga consigo los argumentos o las condiciones materiales que significarían una adaptación al hecho del ejecutor. Por esto mismo, no se trata aquí de un reclamo de mera obediencia dirigido a la voluntad del cómplice o el inductor. Aún antes de la realización típica, la infracción de la norma primaria de la participación no es un momento subjetivo interno, sino una perturbación no-típica de la posición jurídica de la víctima³⁴⁷. Como se verá en lo sucesivo, quien coloca las condiciones materiales o motivacionales necesarias para que se desarrolle un proyecto delictivo realiza algo más que un acto preparatorio desprovisto de significado delictivo. Conforme con ello, el mensaje de desaprobación y la reconducción de la temprana solución del conflicto a su esfera de organización puede llegar antes de encontrarse plenamente satisfechos los requisitos para reaccionar con la drasticidad de una pena.

La accesoriadad permite *ex post* fundamentar la imputación con base en la división de tareas y *ex ante* atribuirle a la norma de la participación la función de motivar al agente contra el delito, es decir, anular la especulación que lo seduce a actuar en la trastienda de la ejecución o en la primera escena, aunque detrás de quien asume el papel principal. Desde luego, lo dicho hasta aquí no alcanza para resolver inmediatamente el problema del fundamento del injusto del partícipe, pero sí introduce una de las hipótesis fuertes que se defenderá en este trabajo: la infracción de la norma de comportamiento primaria ya acarrea consecuencias para el interviniente, aun cuando la norma de sanción nunca se aplique por no haberse alcanzado el umbral de lesividad típica relevante. Este es uno de los caminos que permite político-criminalmente inyectarle contenido a las disposiciones de la participación, al mismo tiempo que coadyuva a distinguir verdaderamente cuáles son los momentos individuales y cuáles los colectivos en un proceso ejecutivo complejo.

3.5. Delimitación del ámbito de lo prohibido y lo punible en la participación

Si es cierto que el legislador cuando formula una norma está pensando en influir en los ciudadanos para que se abstengan de cometer delitos, entonces, esta motivación ha de estar presente en el genotipo de la *Verhaltensnorm* dirigida al partícipe. El Derecho penal pretende evitar tanto lesiones típicas de las posiciones jurídicas de los ciudadanos, como otras perturbaciones peligrosas extra-muros del tipo. La principal implicación de esta toma de

³⁴⁷ En detalle, véase a continuación punto 3.7.1 y punto 3.6.3, capítulo III.

postura consiste en que la norma que recorta la libertad del interviniente, solo podrá operar si consigue introducirse como un factor relevante en su proceso decisorio, es decir, si aparece como una razón para la acción³⁴⁸. Esto significa concebir a las normas como instrumentos con la finalidad de conseguir que la actividad externa de los ciudadanos se acomode a las pautas de valoración generales del ordenamiento jurídico. Idea que debería ser asumida tanto desde la perspectiva del modelo unitario o extensivo de autor, como desde la perspectiva del modelo restrictivo de autor. Que esta prohibición sea una norma derivada lógicamente de la prohibición de lesión o haya sido constituida *ad-hoc* para los casos de complicidad e inducción no es algo que deba modificar la conclusión en orden a calificar las normas primarias de la participación como directivos de conducta categóricos con una función de prevención general disuasoria.

Este punto de partida ciertamente se enfrenta a dos pensamientos muy arraigados en la doctrina contemporánea: el de la antijuridicidad de la participación sometida a condición [ROXIN] y el de las *Obliegenheiten* [JAKOBS]. En estos planteamientos existe un déficit de comprensión de las normas de la participación como directivas de comportamiento portadoras de un imperativo categórico. Ambas perspectivas confunden a sus destinatarios en el momento preciso en que deben decidirse a favor o en contra del Derecho, con consecuencias ampliamente negativas para la pretendida función disuasoria de las normas penales. Estos problemas que surgen cuando la materia de la prohibición no se puede determinar con un criterio *ex ante* a la producción de la lesión típica también pueden diagnosticarse en la concepción del principio de accesoriedad como un tipo de imputación [BLOY]. La atención se pone exclusivamente en la sistemática de la aplicación de la norma de sanción y se descuida el aspecto de determinación de la norma de comportamiento.

La intervención delictiva se encuentra prohibida por normas y a través de ellas el Derecho penal cumple con la función de influir en la conducta de los ciudadanos³⁴⁹. Su operatividad no está condicionada ni corre paralelo a la infracción del autor, pero, de algún modo, se relaciona con ella y en eso consiste la accesoriedad de la participación. Con otras palabras, las normas de la participación también tienen fines preventivos y ha de conservarse esta idea en la memoria al afrontar las diversas constelaciones de casos problemáticos. Sin embargo, el andamiaje propio de las normas de la participación no solo se levanta con *material preventivo*.

³⁴⁸ Véase RENZIKOWSKI, *FS-Neumann*, 2017, p. 338; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 649 ss.; FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, § 9 1; EL MISMO, «Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht», *GA*, 1991, pp. 390 ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 137 ss.

³⁴⁹ “Que el papel central de la misión de motivación le corresponda a la norma penal (primaria) no significa [...] que se agote en ella. También la norma secundaria y la propia ejecución de la pena impuesta tienen un efecto de refuerzo sobre la motivación ejercida por la norma primaria. Solo ésta, ciertamente, marca directrices de conducta y, por tanto, solo ella ‘motiva’ propiamente; sin embargo, en esa misión se ve reforzada por el hecho de que se ordene a los jueces la imposición de la sanción con que se amenazaba y por el propio hecho de la ejecución, que ‘confirma la seriedad de la amenaza’”, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 573.

De ser así, no habría mayores obstáculos para sancionar toda conducta de intervención sin requerir que esta alcanzara el umbral de lesividad típico a manos del ejecutor. La participación accesoria pasaría a ser una figura autónoma que no se alejaría mucho de los delitos de peligro. Aunque este paradigma explicativo sea útil, la participación no puede ser identificada directamente con él, pues a ella subyace una determinada base garantística: el principio de accesoriadad como *mediating principle*³⁵⁰.

La accesoriadad de la participación es una estrategia técnica para sintetizar las tensiones existentes en el plano político-criminal entre el principio de prevención general (negativa o positiva según nos situemos en la perspectiva del ciudadano infractor o el ciudadano víctima potencial) y los principios de proporcionalidad y lesividad. Naturalmente, para que trabaje la norma de sanción se requerirá *culpabilidad* y *lesividad*, como características de la actividad del interviniente. Pero a diferencia de lo que sucede con quien actúa en solitario, estas notas parecen estar mediatizadas por la actuación ajena. Entonces, a la ya oscura cuestión sobre la concurrencia de aquellos elementos condicionantes de la punibilidad del infractor que actúa en solitario, se suma el problema de que, en los casos de codeincuencia, el resultado (de lesión o peligro para el bien jurídico) se encuentra en manos de un agente autorresponsable. La estructura de la autoría mediata parece quedar pequeña para explicar un fenómeno en el que existe, en algún grado, una actuación mediata, pero sin dominio de la configuración del hecho, al mismo tiempo que acecha en las sombras el principio de autorresponsabilidad encarnado en la estructura de la prohibición de regreso.

3.6. La intervención pre-ejecutiva como *ratio essendi* de los preceptos de la participación

ZIMMERL, hace poco menos de cien años observaba que “el problema fundamental de la doctrina de la participación” consistía en la pregunta “¿para qué necesitamos preceptos de participación y cual función deben desempeñar?”³⁵¹. A continuación, se intenta responder a ella de un modo distinto a como lo ha hecho tradicionalmente la doctrina, esto es, tomando como premisa mayor a uno u otro modelo de autoría y luego derivando consecuencias para la teoría de la intervención³⁵². Si se recorre este camino largamente transitado, deberemos resignarnos, en el marco de un puro ejercicio académico, a decir lo que ya ha sido dicho. Por el contrario, si se lleva hasta las últimas consecuencias la ruptura iniciada por aquella doctrina que cuestiona al autor en tanto figura central del acontecer delictivo y se piensa la participación a partir de sus propios problemas, entonces se realizará una contribución de interés científico a la discusión.

³⁵⁰ Con más detalle, véase la proyección político-criminal del principio de accesoriadad en el punto 3.1. de la introducción.

³⁵¹ ZIMMERL, «Vom Sinne der Teilnahmevorschriften», *ZStW* 52, 1932, p. 166.

³⁵² ZIMMERL, «Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung», *ZStW* 54, 1935, p. 575, representa retóricamente el contrapunto entre los modelos de autoría, escribiendo en la primera oración de este artículo: «*Restriktiver oder extensiver Täterbegriff*».

Naturalmente los casos de coautoría, autoría mediata y *aliv* son temas que han sido objeto de innumerables investigaciones y monografías. Sin embargo, el patrón común que atraviesa su problemática y que comparten con las hipótesis de intervención pre-ejecutiva —una actividad culpable usualmente disociada del momento inmediato a la lesión al bien jurídico— continúa hasta hoy abierto. Veámoslo a partir de los siguientes casos:

[caso 1] Después de varios meses de manipulación psicológica, A consigue convencer a su vecino esquizofrénico para matar al cartero;

[caso 2] el marido bebe una botella de whisky para tomar valor y apalea a su esposa, quien regresará de la oficina a altas horas de la noche;

[caso 3] el jefe de un grupo de maleantes ocupa todas las tardes del verano en planear lo que, según él, será el atraco perfecto;

[caso 10] y el interviniente deja a disposición del autor el arma de fuego con la que se ejecutará un homicidio³⁵³.

Exceptuando cláusulas como las del § 30 StGB o el art. 17 C.P. —que ciertamente no poseen todos los códigos penales—, dichas actividades antinormativas en el campo previo a la ejecución del tipo, si esta no se produce (por ejemplo, porque el instrumento programado decide mudarse de edificio, el marido cae presa del sueño, el compinche encargado de ejecutar el atraco abandona el plan o el autor nunca hace uso del arma), no serían sancionadas con la pena del homicidio, lesiones o robo.

Eso que sucede antes de la lesión típica de algún modo nos incomoda sistemáticamente y, por ello, requiere una explicación adicional. Ya se dijo que ha de distinguirse la antijuridicidad de un determinado comportamiento de los presupuestos necesarios para su sancionabilidad. Por ende, no se pueden confundir ambos niveles en la prédica de una *a*-tipicidad abstracta carente de toda consecuencia dogmática. El desafío consiste en repensar el tratamiento equivalente entre aquello que sucede bajo la fuerza de gravedad del tipo penal y aquello que ocurre fuera de su campo de sentido. Lo que propongo, en pocas palabras, es romper con el enfoque atemporal que domina a la literatura especializada³⁵⁴ al aproximarse al injusto del partícipe. Este consiste, *grosso modo*, en una perspectiva ontológica abstracta, que no ve las cosas desde su fenomenalidad espacio-temporal concreta y que no atiende a la perspectiva de los involucrados³⁵⁵, lo cual lógicamente distorsiona su necesaria interpretación normativa.

El axioma tradicional de la unicidad del hecho delictivo, que de la mano del concepto extensivo de autor y la imputación objetiva explica correctamente los casos de intervenciones concomitantes, no termina de resolver todos los problemas. Cuando el contexto delictivo es

³⁵³ Desarrollaré este ejemplo en detalle en el punto 3.3 del capítulo tercero.

³⁵⁴ Véase MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático*, 1994, p. 94

³⁵⁵ “La conciencia de la temporalidad y de la relatividad del conocimiento para el observador es una de las características de nuestro siglo. El pensamiento tradicional tendía a contemplar el mundo desde un punto de vista abstracto, situándolo fuera de su concreto manifestarse al observador en un espacio y en un tiempo. Éste es el punto de mira de la metafísica clásica, pero también el de la filosofía práctica tradicional”, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático*, 1994, p. 93.

actual y todos los agentes se postulan como tales en el proceso de despliegue de su actividad, existen menos dificultades, pues *todos los agentes realizan el tipo penal*, aunque luego se determine que a algunos les corresponde una cuota menor de responsabilidad. Ahora bien, cuando sus intervenciones se proyectan en una línea espacio-temporal en la que existe un intervalo de incertidumbre sobre el porvenir del hecho delictivo, las cosas son distintas. Este paréntesis requiere una interpretación normativa especial, pues entre sus extremos se encuentran los específicos momentos de operación del principio de culpabilidad y el principio del hecho típico, los cuales, como explicaré en el capítulo III, no coinciden. Nuevamente, este problema es compartido por todos los casos en los que se disocia la actividad culpable del momento efectivo de la lesión típica.

Quien convence al instrumento todavía no mata, al igual que tampoco lo hace quien se emborracha para matar ni quien planea un atraco o entrega un arma de fuego. Esto que aparece claro en los supuestos de autoría mediata, *alic* y coautoría vale también para la participación. Aciertan HAAS y RENZIKOWSKI cuando advierten que el partícipe antes de la realización del tipo todavía no afecta el derecho subjetivo de la víctima. No obstante, esta afirmación requiere una aclaración. El partícipe que realiza su aportación o motiva al autor antes de que se disponga inmediatamente a la realización del tipo no afecta el derecho subjetivo de la víctima *típicamente*, pero ello no excluye que lo pueda hacer de una manera *no-típica* e igualmente prohibida. Debe precisarse que no solo se afecta un derecho subjetivo mediante la realización de la conducta descrita en el tipo de la Parte especial del Código penal, sino también mediante la creación de las condiciones prácticas o motivacionales para su producción. Este prólogo *no-típico* del proyecto delictivo no es una conducta neutral, sino antinormativa, en la que se definen muchas cosas. La actividad previa del autor mediato, autor que se ha colocado en una situación defectuosa, (co)autor o partícipe está prohibida a pesar de no ser típica, por el peligro inherente a su devenir típico. El problema en este nivel consiste en que los significantes permanecen abiertos y, por ello, la idea de que todos los intervinientes realizan el tipo no alcanza, pues *todavía no hay tipo como perturbación actual*. La actividad pre-ejecutiva debe ser explicada de otro modo³⁵⁶.

Como se aprecia en otras partes de la investigación, la teoría de la intervención se acuñó alrededor de la figura del autor en una especie de construcción *autorcentrística* que dificultó resolver los problemas inherentes a su especial modo de manifestación delictiva. Si es convincente el cuestionamiento de la explicación de los casos de pluralidad de intervinientes a través de la idea del autor individual, entonces no debería asombrar que el paso siguiente consista en redoblar la apuesta para cuestionar el molde analítico que subyace a una concepción monolítica del fenómeno delictivo. Ha de contarse con la posibilidad de que la actuación de múltiples agentes autorresponsables en una línea del tiempo no pueda resolverse

³⁵⁶ Estas reflexiones no deberían sorprender si se piensa que el mismo JAKOBS, quien modernamente propuso un retorno implícito al concepto extensivo de autor a través de la teoría de la imputación objetiva, tuvo que recurrir a las *Obliegenheiten* para explicar lo que sucedía antes de la ejecución.

del mismo modo que aquellos casos en los que lo hacen todos articulados en una unidad de sentido.

Las normas que prohíben la inducción y la complicidad tienen como objetivo impedir que alguien favorezca la ejecución de un hecho típico o determine a otra persona a su ejecución antes de que el contexto delictivo sea actual. Si es correcto que la ejecución del tipo penal de la Parte especial no es propiedad exclusiva del autor, sino que le pertenece a todos aquellos que lo hacen posible, entonces la pregunta que planteaba ZIMMERL todavía continúa abierta: ¿para qué necesitaríamos normas de la participación? Frente a ella se podría especular con que, si todos los intervinientes realizan el tipo, ya que cada uno de ellos estafa, mata, lesiona, etc., los preceptos sobre complicidad e inducción tendrían un valor declarativo de la prohibición. Un rodeo elegante para expresar que serían superfluos. Del mismo modo que a los preceptos referidos a la coautoría y la autoría mediata solo les correspondería un significado declaratorio, dado que el hombre de atrás y el coautor ya realizarían en su propia persona el tipo delictivo, los preceptos sobre la participación solo recordarían que los agentes que motivan o favorecen el hecho delictivo en menor medida, también ejecutan. Este modelo del hecho punible funcional normativo basado en la doctrina de la imputación objetiva desembocaría en un concepto extensivo de autor³⁵⁷. Ahora bien, ¿por qué el legislador necesita recordar que la coautoría, la autoría mediata y la participación también son formas de ejecución? O el legislador subestima la intuición dogmática de los juristas, o a la inversa, los juristas subestiman la labor técnica del legislador. No podemos conformarnos con ello. Nuestros esfuerzos deben intensificarse.

Que el hecho delictivo le pertenece a todo el colectivo que lo hace posible y, por ende, las normas de inducción y cooperación tienen un valor declarativo, solo es correcto si nos referimos a intervenciones que se realizan en contextos delictivos actuales, esto es, intervenciones concomitantes. En estos supuestos, los agentes infringen la misma norma de comportamiento, aunque esta se concrete de manera diversa conforme las posibles manifestaciones fenomenológicas de la acción. Por ello, no es en este grupo de casos en el que las normas de la participación adquieren verdadero valor constitutivo de la prohibición, sino exclusivamente en el de las intervenciones pre-ejecutivas. La principal función de las normas de la participación en la Parte general de los Códigos penales consiste en prohibir las intervenciones realizadas en la fase previa al comienzo de ejecución. El intervalo de referencia del supuesto relativo a las normas sobre inducción y cooperación es el de la actividad pre-ejecutiva.

Esta es la razón de que tales previsiones, incluso en el marco de un concepto unitario o extensivo de autor, sean imprescindibles. El déficit de los modelos de autoría indiferenciada pasa desapercibido porque generalmente se piensa en los casos de contextos delictivos

³⁵⁷ Véase ROTSCH, *Einheitstäterschaft statt Tatherrschaft*, 2009, pp. 421 ss.; HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2002, pp. 150 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 301 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *El principio de accesoriidad*, 2015, pp. 407 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 262.

actuales donde ya existe un autor. Que tanto las normas de la participación como el principio de accesoriedad externa adquieran protagonismo en la intervención pre-ejecutiva, no debería sorprender si se asume que la aplicación de la teoría de la imputación objetiva a la participación en el ámbito de las intervenciones concomitantes conduce, en rigor, a un modelo extensivo-normativo de autoría en donde aquel poco tiene que decir. No obstante, esto no implica asumir una defensa inesperada del modelo restrictivo de autoría, sino darle un giro a la discusión tomando como eje la relación del agente con el tipo penal. Como regla general, cuando esta sea actual, el partícipe realizará el tipo penal, mientras que, cuando sea potencial, infringirá la directiva de conducta especialmente creada para comprender aquellos supuestos de actividades peligrosas no-típicas.

Las normas de la participación, en consecuencia, en tanto directivas de conducta se refieren exclusivamente al ámbito previo al de la lesión típica, operando de modo secundario en los casos de intervenciones concomitantes —al ser sustituidas por la directiva de comportamiento contenida en el tipo penal— como pautas de medición de la pena. Si se realiza un experimento mental y se suprimen las normas que prohíben la cooperación y la inducción, asumiendo la idea de que el hecho les pertenece a todos los intervinientes, sin problemas se podría encontrar un fundamento para castigar a los partícipes que actúan en el momento en que tiene lugar la realización típica. Ellos también ejecutan, aunque su actividad —valorada de manera especular en relación con la del resto del colectivo— sea de menor entidad. Para quien que se autopostula como interviniente en un contexto delictivo actual solo se necesitan las normas de la Parte general para concretar un menor merecimiento de pena. Pero lo que sería bastante más difícil es determinar la antinormatividad del comportamiento de aquellos agentes que hubiesen intervenido antes de la tentativa punible. El sentido de estos significantes ha de ser fijado de modo expreso incluso antes de la ejecución, pues en este momento ya sería demasiado tarde para pronunciarse de modo eficaz en relación con la prohibición.

El planteamiento normativo del hecho principal como un punto nodal que vincula a todo el colectivo permite responsabilizar a quienes no ejecutan de propia mano y también hacen suyo el hecho induciendo o favoreciendo de modo coetáneo a la ejecución. Sin embargo, si no se contara con las normas de la participación, surgirían problemas para determinar el significado delictivo de conductas de favorecimiento o motivación efectuadas antes del inicio de la tentativa. No sería posible objetivar la conducta, es decir, no se la podría localizar inequívocamente en un contexto delictivo. Por ejemplo, A entrega a B un cuchillo para que mate a C tiempo antes de que B se disponga inmediatamente a realizar el homicidio ¿Qué es en realidad lo que ha hecho A? ¿Acaso es una conducta prohibida?

Estas reflexiones son trasladables sin problemas al ámbito de la autoría mediata y la coautoría. En efecto, una cláusula como la del § 25 StGB sería meramente declarativa y, por ende, prescindible, si se piensa que normativamente no es necesario una manifestación expresa del legislador para entender que en un contexto delictivo actual también mata quien lo hace a través de otro o junto con otro. Prohibición frente a la que es suficiente la cláusula de la Parte especial del Código penal que prohíbe el homicidio. Ahora bien, como vengo insistiendo, la actuación en la trastienda es un significante abierto producto de la existencia de un intervalo

relevante de tiempo con la realización típica que necesita ser expresamente fijado. Supuesto en el que el § 25 StGB, podría tomar relevancia y funcionar como una verdadera cláusula que fundamentara la prohibición de quien instrumentaliza o se concierta con otro para matar, antes de que el ejecutor se dispusiera inmediatamente para la realización del tipo.

En estos supuestos de intervención previa, si pretende evitarse una laguna legal, situación de fraude ley o reformulación del principio del hecho se precisan las normas de la Parte general que prohíben favorecer el hecho delictivo o motivar al autor en la fase previa al inicio de la tentativa punible. Por lo tanto, en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo los §§ 26 y 27 StGB o los arts. 28 y 29 CP español ya no tienen un mero valor declarativo como en el caso de las intervenciones concomitantes, sino que su valor es constitutivo: se prohíbe allanarle el camino al autor o proporcionarle las razones para que lleve a cabo la ejecución, ¡incluso cuando esta no se produzca! Con otras palabras, se establece una directiva de comportamiento diversa, aun cuando falte un contexto delictivo actual que le impide al agente cooperar o inducir.

Cuando HERZBERG postula que los preceptos de los §§ 26 y 27 StGB fundamentan la punibilidad de la participación presentándose como verdaderos tipos de complicidad e inducción, cuyo contenido consiste en prestar ayuda para la ejecución del hecho delictivo o en determinarla³⁵⁸, está en lo correcto, siempre y cuando se acote esta idea a las intervenciones pre-ejecutivas. Lo mismo debe observarse en relación con los planteamientos de RENZIKOWSKI y SCHMIDHÄUSER. Estos enfoques, de la mano del correspondiente giro teórico, se transforman en importantes herramientas para captar la diferenciación normológica que se propone en este trabajo. El peligro de la participación del que hablan HERZBERG y RENZIKOWSKI solo puede identificarse como tal en las intervenciones que se realizan antes de que el autor se disponga inmediatamente a la realización del tipo penal, pues cuando el acontecimiento delictivo se produce, ese peligro, en rigor, se transforma en una lesión al bien jurídico protegido.

Cuando el interviniente actúa *antes* de la ejecución se le imputa el quebrantamiento de *una norma distinta* de aquella cuyo quebrantamiento se le imputa después al ejecutor. Inicialmente, se lo trata como si él actuara en solitario [momento individual]. Esto explica que su actividad se encuentre prohibida incluso en caso de no alcanzarse el estadio ejecutivo. Ahora bien, si esto sucede [momento colectivo] entonces al interviniente se le imputa, además, la actualización típica de su contribución a manos del ejecutor, en tanto se ha convertido en garante de su evitación por injerencia. Solo de este modo la prohibición de la participación puede erigirse como un imperativo de conducta eficaz sin someterse a una condición suspensiva. Por su parte, cuando el interviniente actúa *durante* la ejecución infringe *la misma norma* que constituye el quebrantamiento imputable del ejecutor. Se trata aquí de un contexto delictivo actual en el que el partícipe se autopostula como integrante de un colectivo que lesiona inmediatamente la posición jurídica protegida por el tipo penal. A diferencia del

³⁵⁸ HERZBERG, «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *GA*, 1971, pp. 2 ss.

supuesto anterior, en este caso no puede pensarse en directivas de comportamiento diversas para autor y partícipe —¡ya son un colectivo!—, ambos entonces infringen la prohibición típica. De otro modo se generaría una confusión indeseable en relación con los destinatarios de la prohibición³⁵⁹ (respecto de su contenido) y en relación con la víctima (frente a ella el hecho delictivo a cargo de una pluralidad de intervinientes arrolla su posición jurídica como una unidad)³⁶⁰.

3.6.1. Más argumentos a favor de esta perspectiva

A favor de entender los preceptos de la participación como normas constitutivas de la prohibición de intervenir *antes* de la ejecución, sin asumir el modelo restrictivo de autoría, pueden mencionarse múltiples argumentos. El primero de ellos, ya ha sido presentado y es de *carácter dogmático*. La intervención en la fase previa al comienzo de ejecución es un significante abierto, cuyo significado todavía no se totaliza en una red articulada de sentido (el hecho colectivo). El Derecho considera necesario formular expresamente la prohibición de aquellos hechos que por su carácter en sí mismo no lesivo —léase aquí no-típicamente lesivo— o menos grave, podría resultar dudoso que debieran evitarse. La lesividad inherente a la antijuridicidad material de la intervención antes de la ejecución debe ser recogida y traducida en una norma que capte normativamente su específica manifestación fenotípica.

Profundamente vinculado con lo anterior se presenta el *argumento garantístico* relativo a la necesidad de mantener incólume al principio del hecho como base de la teoría de la intervención. Sin las normas de la participación, en las hipótesis de intervención pre-ejecutiva, cualquier construcción, por más normativa que pretendiese ser, comprometería los límites del tipo, el cual hace referencia a una lesión actual de la esfera jurídica de la víctima. Un injusto del partícipe à la JAKOBS fuerza el uso cotidiano del lenguaje cuando el agente actúa antes del momento de la lesión típica, pues la intervención requiere *ex ante* un objeto de referencia en el que integrarse. Naturalmente, al autor alemán no se le escapa este problema y por ello busca la antinormatividad de la participación en las *Obliegenheiten*, aunque, como veremos, con un planteamiento que no puede compartirse.

Si se pretende mantener el protagonismo de la imputación objetiva en el ámbito del tipo, entonces ha de brindarse una explicación adicional en la intervención pre-ejecutiva para evitar tensiones hermenéuticas indeseables frente al principio del hecho típico. En el marco de la intervención concomitante a la ejecución no existen mayores problemas para identificar la interacción colectiva en la que el agente se inserta y autopostula como tal. Pero en los supuestos de participación previa falta el marco de referencia del significante y, por lo tanto,

³⁵⁹ Esta idea no es una adscripción al concepto extensivo de autor basado en la teoría de la imputación objetiva, ineficaz para explicar la intervención pre-ejecutiva, pero tampoco lo es al concepto restrictivo de autor, ineficaz para explicar la intervención concomitante. Se trata de disolver el contrapunto evidenciando sus antagonismos con el fin de evitar los problemas irreductibles a los que conduce en materia de participación. La insuficiencia de los modelos de autoría para comprender el fenómeno de la intervención delictiva correctamente ha sido puesta de relieve por JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 21 ss.

³⁶⁰ Véase MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 2, nm. 1 ss.

este queda en estasis hasta que se articula en una unidad de sentido futura. No puede esperarse hasta tal punto para determinar si la conducta del agente está prohibida, pues se volvería a caer en una antijuridicidad sometida a condición que licuaría la eficacia preventiva de la norma de comportamiento. Ya en fase uno ha de contarse con las herramientas teóricas y normativas necesarias para interpretar el sentido delictivo (o no) del significante. Es aquí donde las normas de la participación tienen una función esencial.

La tercera razón es de *carácter hermenéutico*. Si bien es cierto que en los casos de contextos delictivos actuales podría prescindirse de las normas de la participación si se realiza un entendimiento del hecho como una realización típica que le pertenece a todo el colectivo, igualmente se tendría la carga argumentativa de encontrar una razón para justificar la existencia de las normas de la participación en la Parte general. Si una teoría neutraliza la existencia de una norma puede que el error sea de técnica legislativa, pero también puede que esa neutralización sea un síntoma de la menor potencia explicativa de la teoría. En nuestro caso, se trata de normas cuya existencia (y legitimación) se remonta al origen mismo de los códigos penales. Desde el punto de vista hermenéutico, se hace muy difícil ensayar una explicación para la tesis de las normas de la participación como meras pautas de conminación penal. Por un lado, la norma de la inducción pasaría a ser completamente inútil pues su escala penal equivalente a la de la autoría le quitaría incluso su función de graduación de la pena. Por otro, habría que ignorar conscientemente que las normas de la participación ni en el StGB ni en el Código penal español se encuentran ubicadas en los capítulos que hacen referencia a las reglas generales de determinación de la pena.

La cuarta razón es de *carácter preventivo*. ¿La actuación del partícipe antes de la ejecución está o no prohibida? Aquí tenemos claro que la doctrina oscila entre las respuestas afirmativas, negativas y suspicaces. Desde luego, está prohibido allanarle el camino al ejecutor incluso cuando exista incertidumbre frente al resultado final de su actuación: la norma de comportamiento solo puede comunicarle algo al interviniente en el momento en que tiene capacidad de cumplir con la acción debida, es decir, cuando puede evitar perder completamente el control sobre su aportación o motivación³⁶¹. Si se quiere huir de categorías normológicas poco sinceras como las *Obliegenheiten* y también de una antijuridicidad sometida a condición solo queda el camino de entender a las normas de la Parte general como prohibiciones que eviten actividades lesivas *no-típicas* previas a la ejecución. Pues si se afirma que el partícipe con la entrega del arma ya comienza a matar (a realizar el tipo), deberíamos lidiar con objeciones relativas al principio del hecho difíciles de contestar y los problemas sistemáticos se multiplicarían.

Finalmente, existe un *doble argumento lingüístico* que reviste especial interés. Por un lado, de carácter material, relativo a la experiencia inmediata de la realidad que se expresa a través del

³⁶¹ Solo si se indica previamente al interviniente qué es lo que puede hacer y qué es lo que no, podrá el Derecho penal cumplir con sus funciones preventivas y garantísticas. Así KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 6 haciendo referencia a las “necesidades del legislador” puestas de relieve por BINDING.

lenguaje de la vida cotidiana³⁶². Al ciudadano se le hace difícil articular que alguien es parte de algo que todavía no existe. ¿Intervención en qué? No existe una tendencia espontánea de las personas a atribuirle a un hecho proyectado un sentido equivalente a aquel hecho que ya se ha insertado en una red estructurada de significado. Es fácil percibir esto en diversos aforismos y refranes del lenguaje cotidiano³⁶³. Estos son algo más que meros proverbios populares o medios de comunicación informales, pues en el fondo expresan valoraciones materiales de los ciudadanos sobre una determinada cuestión —repercutiendo en su significado— que no pueden ser ignoradas por el jurista en el marco de su praxis hermenéutica³⁶⁴. Si bien el rol del lenguaje no es decisivo para el Derecho penal, cumple una función limitadora ineludible en relación con los resultados que se postulan frente a una determinada institución.

Por otro lado, la distinción que se propone entre el valor declarativo y el valor constitutivo de las normas de la participación también puede hallarse en el uso formal del lenguaje por el legislador alemán para redactar los preceptos de los §§ 25, 26 y 27 StGB. Si se lee detenidamente la redacción del § 25 StGB y luego se la compara con la de los §§ 26 y 27 StGB se notará un sutil matiz, pero que de la mano del correspondiente giro hermenéutico puede decir más de lo que parece. Cuando el legislador redacta el § 25 StGB utiliza el tiempo verbal del presente indicativo [Präsens]: *wer die Straftat... begeht, begehen mehrere die Straftat...*

³⁶² “Hoy el Derecho conoce, sin excepción, dos tipos de declaración de voluntad: a través de los medios previstos para determinar una expresión de voluntad, *el lenguaje*, y a través de acciones concluyentes”, BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1991, p. 155 (el resaltado me pertenece). Pero el lenguaje del Derecho positivo no puede sino interpretarse en su contexto de uso (una sociedad determinada en un momento dado) y haciendo referencia a los principios que lo estructuran como un sistema de comunicación (por ejemplo, tan sencillamente como aquí se propone, distinguiendo los tiempos verbales que usa el legislador). El recurso al lenguaje cotidiano como argumento hermenéutico, se encuentra presente ya en la obra de BELING, *Methodik der Gesetzgebung*, 1923, p. 97, quien hacía referencia al *Lebenssprachgebrauch*, así como en los trabajos de ZIMMERMANN, *ZStW* 52, 1932, p. 170: “*‘Wer einen Menschen tötet’ weist zu deutlich auf die Ausführungsbehandlung als solche hin. Wer dem Täter bloß den Revolver zur Verfügung stellt, mit welchem der tödliche schuß abgegeben werden soll, der tötet eben nicht, obwohl er für den Tod des Opfers kausal wird*”); EL MISMO, *ZStW* 54, 1934, pp. 578 ss.

³⁶³ “Más vale un ‘toma’ que dos ‘te daré’”; “en las promesas almíbar, en el cumplimiento acíbar”; entre muchos otros.

³⁶⁴ BOTTKE, *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft*, 1992, pp. 172 ss. propone el método del uso crítico del lenguaje coloquial [*Methodik der kritischen Alltagssprachnützung*] con el objetivo de construir una estructura de la autoría en los delitos de comisión y de omisión común a los sistemas penales europeos. Para ello, se vale de la idea del dominio de la organización, y del análisis de las formas y los modos de las estructuras del uso del lenguaje coloquial compartido por los distintos pueblos europeos. Más allá de las numerosas críticas que amerita esta idea (sobre ello véase LESCH, «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft», *GA*, 1994, pp. 113 ss.), el método de BOTTKE se presenta como un argumento válido, siempre que sea suplementario a construcciones que encuentran su fundamento en una perspectiva normológica determinada. Si es cierto que la deducción teleológica directa del tenor literal de los preceptos legales es metodológicamente inadecuada, constituyendo el modo de la redacción de la norma solo una frontera externa frente a los resultados interpretativos que se pretendan (Así STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 148 criticando algunas de las premisas de HERZBERG), entonces, tampoco puede ser suficiente recurrir al uso del lenguaje coloquial para definir los contornos de una determinada institución dogmática. Sin embargo, y aquí se encuentra la razón de esta nota al pie de página, sí puede constituir un argumento que apunte determinadas conclusiones teleológicas que se han alcanzado mediante una teoría de las normas derivada de los fines de la pena; tal como intentamos realizar en nuestro planteamiento.

Sin embargo, el predicado de los §§ 26 y 27 StGB es diseñado a partir de un tiempo verbal muy frecuente para referirse a acciones realizadas en el pasado, el pretérito perfecto [Perfekt]. En las normas que describen la conducta del inductor y del cooperador se habla de un hecho que ya ha ocurrido: *Anstifter ... wer ... bestimmt hat; Gehilfe ... wer ... Hilfe geleistet hat*. Este tiempo verbal se emplea en dos situaciones específicas que tienen una evidente relación con la problemática de la intervención delictiva en estadios previos a la ejecución. Por un lado, se recurre al *Perfekt* para hacer referencia a una acción pasada que continúa en el presente (en este caso el uso de este tiempo verbal es obligatorio), por otro lado, también se utiliza para expresar que una acción se completará en el futuro. Este uso del lenguaje se corresponde estrictamente con la actividad individual del interviniente antes de la ejecución, quien temporalmente realiza una acción en el pasado que se actualiza en el presente del tipo penal de la Parte especial en la mano del ejecutor.

Del mismo modo en que los refranes y aforismos de la cultura popular son algo más que un juego de palabras y muchas veces reflejan juicios (estéticos) de valor o encierran usos y costumbres fuertemente arraigadas en las prácticas sociales, tampoco es casual la conjugación verbal mediante la cual la ley ha situado la intervención del inductor y el cómplice frente a la conducta del autor individual. O el legislador alemán secretamente pretende decir algo con él o la *Alltagsprachnützung* se ha filtrado sigilosamente en su praxis jurídica y demanda cumplir con la tarea de descifrarla. En cualquiera de las dos hipótesis, la deixis de tiempo en el que se sitúa la actividad del interviniente y del ejecutor es algo más que una curiosidad, es un argumento que pone de relieve que una gran preocupación de la teoría de la intervención se encuentra en todo aquello que sucede antes del comienzo de la ejecución del hecho delictivo, y también nos dice que la ley no ha pasado por alto este problema. El legislador alemán no arroja al intérprete al vacío, sino que discretamente le brinda una clave para sostener la antinormatividad de la participación aún antes de su actualización en la ejecución.

3.7. Contingencia, necesidad e imposibilidad en la participación

Para ganar claridad explicativa, anudaré mi análisis con la usual distinción en el ámbito de la filosofía entre contingencia, necesidad e imposibilidad. En la intervención es viable caracterizar la relación entre norma primaria y norma secundaria como contingente, necesaria o imposible, conforme la actividad del agente se despliegue, respectivamente, en el dominio de la *no-tipicidad*, tipicidad o atipicidad. Cuando se califica a un hecho, evento o proposición como contingente, se hace referencia a que puede ser o no ser según el caso; lo contingente se opone a lo necesario, pero también a lo imposible³⁶⁵. De este modo, si bien todo lo contingente es posible, no todo lo posible es contingente, ya que lo necesario es igualmente posible, pero por supuesto, no contingente. A su vez, debe agregarse que no todo lo que no es necesario es contingente, en tanto, lo que es imposible nunca puede ser necesario o contingente. En lo que aquí interesa, este trabalenguas puede traducirse del siguiente modo:

³⁶⁵ Véase en detalle AUDI [ed.], *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, 1996, pp. 158 s.

a) La afectación típica de la posición jurídica de la víctima es siempre *contingente* en relación con la actividad antinormativa no-típica del interviniente, debido a la existencia de la división del trabajo con otro agente autorresponsable, a quien le compete impulsar parte del hecho delictivo. Aunque esto se comprueba tanto en los casos de intervenciones concomitantes como en los de intervenciones pre-ejecutivas, en estas últimas es especialmente evidente. El partícipe escribe parte del guion por adelantado y luego contempla su realización en el hecho principal, que es futuro e incierto. Sin embargo, la contingencia no se predica de la antinormatividad de su conducta, sino en relación con el hecho principal en tanto presupuesto de aplicación de la norma de sanción. El injusto de la participación no está condicionado (ni es contingente) a la infracción de la norma primaria del autor. El no acaecimiento del hecho principal no funciona como una *condición resolutoria* de la antinormatividad de la actividad del partícipe con capacidad de extinguirla. Como veremos a continuación, la inexistencia de hecho principal no afecta la legitimidad de la acción estatal tendente a frustrar el proceso delictivo *ex ante*. Pero tampoco el hecho principal opera frente a la antijuridicidad de la participación como una *condición suspensiva*. La infracción de la norma de comportamiento es siempre personal y ella no se encuentra sometida a la voluntad de un tercero.

b) En el caso de las aportaciones concomitantes, por su parte, la afectación material de la posición jurídica de la víctima puede ser pensada como *necesaria*, pues el partícipe se inserta en un contexto delictivo actual que ya implica una lesión típica. Con todo, aún en los casos de intervenciones concomitantes a la ejecución, aunque la lesión típica es necesaria (al menos se trata de una tentativa punible), sigue existiendo un margen de contingencia en orden a la actuación del ejecutor, en tanto agente autorresponsable —¿hasta dónde llegará el autor? ¿acaso desistirá?— y la concurrencia del resto de los elementos objetivos y subjetivos que hacen al hecho. Esta relación normativa contingente entre la prohibición y la sanción no es exclusiva de la participación, sino que atraviesa todos los supuestos de codelinquencia.

c) Pero si esto es así, podemos seguir desmenuzando el potencial explicativo de esta clasificación hasta advertir que las conductas de intervención que nos interesarán no deberán ser imposibles en orden a la aplicación de la norma de sanción: esto significa que deberán ser conductas prohibidas. Las intervenciones pre-ejecutivas como las concomitantes se oponen a lo imposible porque las primeras al ser conductas contingentes pueden actualizarse en la obra principal, mientras que las segundas, también son posibles pues se presentan como una adaptación a una lesión típica en curso. La imposibilidad atribuida a un comportamiento se identifica, en consecuencia, tanto con los actos preparatorios —que según el enfoque propuesto en este trabajo no solo deben permanecer impunes, sino que, además son ajenos a la lógica de la norma primaria— así como con las conductas estereotipadas o carentes de significado delictivo amparadas por la estructura de la prohibición de regreso³⁶⁶.

³⁶⁶ La imposibilidad inherente a los actos preparatorios y su asimilación con los actos estereotipados cubiertos por la prohibición de regreso, puede leerse, a su vez, como aquel obstáculo original que le impide

3.7.1. Los dominios de lo típico, lo no-típico y lo atípico

Como se verá a continuación, la función prospectiva de la accesoriedad presenta sus mayores prestaciones en el dominio de lo *no-típico*. Aquí tenemos una infracción de la norma primaria de la participación, pero aún no una lesión típica. Se trata de una actividad antinormativa contingente en orden a la aplicación de la norma secundaria. Cuando un agente interviene en la trastienda, es decir, con anterioridad al momento del hecho, puede que este no se actualice. Mientras que, el partícipe que entra a escena una vez que el telón ya está arriba, al menos será castigado por intervención en un hecho en grado de tentativa. Sin embargo, aun cuando el proyecto ejecutivo no alcance el estadio ejecutivo la intervención no debe identificarse con un mero acto preparatorio. Por ejemplo, si el arma de fuego no es utilizada por el autor, tendremos una tentativa acabada de intervención (infracción de la norma de comportamiento) y este *iter criminis* frustrado, a pesar de evidenciar un déficit de motivación jurídica, permanecerá impune. Frente a los casos intervención en el estadio previo, para no caer en la trampa irreductible entre la prédica de su atipicidad (equiparación con los actos preparatorios, ROXIN) y su tipicidad (asimilación con la estructura de un delito de la Parte especial, HERZBERG, SCHMIDHÄUSER y SANCINETTI), debemos pensar en una tercera vía que fracture este contrapunto. Si la conducta del partícipe no es *atípica* —es algo más que un acto preparatorio— pero tampoco es *típica* —es algo menos que una infracción típica punible de los tipos de la Parte especial del Código penal— quizá la solución sea entenderla como *no-típica*. Pero ¿qué es una conducta *no-típica*? ¿Cuál es la diferencia entre predicar la *a-tipicidad* de una conducta y predicar su *no-tipicidad*?

De las dos decisiones político-criminales básicas que vinculan al legislador, determinar el ámbito de lo prohibido y determinar el ámbito de lo punible, puede obtenerse una clasificación básica pero esencial de las conductas que le interesan al Derecho penal. Así, hay conductas no prohibidas; prohibidas, pero no (todavía) punibles y, en fin, prohibidas y punibles³⁶⁷. En nuestro tema, calificar una conducta como *no-típica* significa que esta no se opone a la tipicidad como algo permitido, sino que se presenta como una diferencia dentro del dominio de la antinormatividad, si el *iter criminis* se ha extendido en el tiempo y algunos de los agentes han exteriorizado de modo relevante una actividad dirigida a favorecer o motivar la comisión de un hecho delictivo. La predicación negativa *no* implica algo diferente de la tipicidad, pero no su rechazo [*a*]. Cuando se afirma que la conducta previa al inicio de ejecución es *no-típica* se implica que aún no es típica de una figura de la Parte especial del Código penal, pero no por ello necesariamente atípica en el sentido de una acción de la que no se sigue nada jurídico-penalmente. Solo los actos preparatorios y las conductas neutras

al Derecho prohibir una conducta que objetivamente no puede interpretarse con capacidad lesiva o peligrosidad en el ámbito del injusto.

³⁶⁷ Tomo esta clasificación de SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 582. Si bien es cierto que cuando el profesor español hace referencia a conductas “prohibidas, pero no punibles (no sancionables)” no está pensando en las intervenciones pre-ejecutivas, sino en infracciones no culpables, me parece que la clasificación tolera una lectura mi nuestro planteamiento. Aquí se hace referencia a infracciones, en principio, no típicamente lesivas.

son atípicas y, como tales, frente a ellas es *imposible* predicar un sentido de continuación delictiva si no sucede algo más que revierta su significado. “El injusto no, pero sí su tipicidad penal está condicionada retroactiva y retardatariamente, cuando el comportamiento debe omitirse también sin atender a la materialización del resultado, pero solo se ha de tratar como típica si sobreviene el resultado. No es que el comportamiento se tolere en este caso, sino que su peligrosidad abstracta debe quedar demostrada por el resultado para poder ser suficientemente ‘anómala’ a efectos de una reacción penal”³⁶⁸.

Para desarrollar el registro prospectivo de la accesoriedad externa ha de hacerse un ejercicio mental consistente en relativizar lo *no-típico* como susceptible de ser antinormativo con consecuencias precisas, no considerándolo una negación absoluta de la tipicidad (atipicidad) en tanto negación actual, pero pendiente de la totalización de su significado en el porvenir del plan delictivo. El partícipe se aleja de aquella esfera de libertad primordial que comprende a los actos preparatorios y al mismo tiempo cruza la frontera de la tentativa acabada de intervención³⁶⁹. Con su actividad dolosa o imprudente el agente se liga a la actuación autorresponsable de quien obrará último, unión de sentido que se puede explicar gracias al registro prospectivo de la accesoriedad, aunque el hecho principal no se ejecute. Quien ha dejado salir de su ámbito de control un curso causal peligroso que se dirige a insertarse en un proyecto delictivo que todavía no se concreta, se encuentra en un punto medio entre lo atípico y lo típico; no puede afirmar que su conducta carece de significado delictivo, pues ya es antinormativa, pero tampoco su cuestionamiento es una infracción que merezca sanción. Este es el punto crítico que no es correcto desplazar a ninguno de sus extremos. En consecuencia, la única alternativa consiste en postular que la conducta del interviniente es antinormativa al haber traspasado el primer punto de cesura del *iter criminis*, cuestionando la norma de la participación³⁷⁰.

La solución del legislador es correcta pues, si bien el agente ha exteriorizado su voluntad hostil al Derecho [solución individual de la tentativa de intervención en el nivel de la norma de comportamiento], su peligro todavía no se ha concretado en la lesión típica de un bien jurídico, y es prudente esperar hasta que el autor dé inicio a la ejecución [solución global de la tentativa en el nivel de la norma de sanción]. En efecto, si no se da el paso hacia la *fase dos*, como regla general, la conducta del partícipe no podrá ser sancionada. Pero esta impunidad no ha de conducir a una asimilación con los actos preparatorios. En la cooperación o inducción frustrada se presenta una *negación fáctica*, algo que no fue, pero normativamente podría haber sido y de allí su peligro *contingente* de materialización. Esta comprobación *ex post* no anula retroactivamente la antinormatividad de la conducta peligrosa del partícipe —pues su interpretación es prospectiva—, simplemente la deja suspendida por no haberse

³⁶⁸ JAKOBS, *AT*, 1991, 10/3.

³⁶⁹ Solo lo atípico es algo externo al Derecho penal, sin valoración alguna o solo valorado negativamente desde otros sectores del ordenamiento jurídico. Una conducta atípica, a diferencia de lo que sucede con una conducta de participación, no prejuzga en absoluto la relación del agente con el hecho futuro, ni lo coloca en una situación de garantía.

³⁷⁰ En detalle, *infra*, puntos 5.1.2. y 5.1.3.

comprobado todos los presupuestos necesarios para recurrir a la drasticidad de una pena. En torno a esto mismo se mantiene la justificación de las acciones emprendidas por el Estado contra el interviniente. El legislador adopta una actitud político-criminal equilibrada desde un punto de vista preventivo.

Por el contrario, en el ámbito de los actos preparatorios tenemos una *negación normativa*, algo que por principio no puede ser, *imposible*: estos no son prohibidos pues se encuentran dentro del perímetro de la libertad primordial reconocida al ciudadano y, si este decide no traspasarla, no se exteriorizará un sentido delictivo relevante. La valoración del acto preparatorio se realiza con un criterio *ex ante* e individual, el cual permite aislarlo del efecto de halo de la accesoriedad prospectiva, siempre que pueda comprobarse que no ha desbordado el ámbito de control del interviniente. El agente se mueve dentro del perímetro de libertad primordial, incluso cuando su intención ya es hostil al Derecho, pero debido al principio del hecho, no puede considerárselo como prólogo prohibido de una afectación típica. *Los actos preparatorios normativamente nunca pueden ser (imposibles), si no sucede algo más; las intervenciones en la fase previa son peligrosas como tales (contingentes), aunque no suceda nada más.* Si no se concreta fácticamente esta peligrosidad en una lesión, esto no significa que deban ser toleradas, pues normativamente podrían haber sido.

3.7.2. La perturbación no-típica del partícipe antes de la ejecución

Las normas jurídicas son directivas de comportamiento que definen en sus contornos ámbitos de libertad jurídicamente garantizada³⁷¹. El reconocimiento de una posición jurídica concreta implica la imposición de deberes determinados³⁷². No obstante, los tipos penales no se identifican directamente con el ámbito de la asignación del correspondiente derecho: el derecho a la vida es bastante más amplio que la prohibición de darle fin de manera dolosa o imprudente. Esto es producto de que las esferas de libertad de los ciudadanos —principio de proporcionalidad y última *ratio* mediante— no pueden garantizarse únicamente de modo jurídico-penal³⁷³. El legislador incluye en su ecuación preventiva un interés en proteger sin recortar de manera insoportable la libertad de acción. En consecuencia, para alcanzar un equilibrio entre la prevención de una determinada esfera jurídica y la libertad de aquellas colindantes, se exigen ciertos requisitos para castigar al infractor de una norma de comportamiento, por ej. que el proceso delictivo haya alcanzado un determinado grado de avance. La infracción culpable de una norma de comportamiento no detona siempre una reacción formalizada mediante pena.

Conforme con ello, no ha de identificarse ligeramente la ausencia de un determinado umbral de lesividad con su completa ausencia. La afectación típica de una esfera jurídica es la más

³⁷¹ Expresándolo en su forma lógica KALINOWSKI, *Einführung in die Normenlogik*, 1973, pp. 3 ss.

³⁷² Así RENZIKOWSKI, *GA*, 2007, pp. 562 ss.

³⁷³ Sobre la “síntesis” de la lógica de la prevención, la lógica utilitarista de la menor intervención y la lógica de las garantías individuales, véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 442 ss. quien advierte que la prevención, para ser eficaz, ha de atender a la proporcionalidad.

alta agresión contra un ciudadano, pero antes de ella pueden existir otros modos de lesión. Atípicos y encausables por la vía civil, así como *no-típicos*, pero con relevancia jurídico-penal. Si bien es cierto que solo a partir del comienzo de ejecución se lesiona típicamente el derecho subjetivo de la víctima, no debe ignorarse que, ni únicamente es el ejecutor quien lesiona el objeto del bien jurídico protegido, ni tampoco que existen modos *no-típicos* de lesión del derecho de la víctima. Incluso antes del comienzo de ejecución, puede el partícipe (pero también el coautor o el autor mediato) lesionar la posición jurídica de la víctima de un modo no-típico. No siempre coincide la disvaloración jurídica de un hecho con el contenido del tipo. El andamiaje normativo que diseña la operatividad del tipo penal es rígido —principio del hecho, prohibición de interpretación analógica, etc.— impidiendo que el mismo pueda comprender conductas que no signifiquen una lesión actual del objeto de protección del bien jurídico.

En la fase pre-ejecutiva se trata de un *peligro mediato de lesión típica* de la facultad de utilización del objeto de bien jurídico que, como regla general, produce una *afectación inmediata no-típica* de la facultad de *disposición* del mismo objeto. Pero —y esto me parece fundamental— predicar que solo se lesiona *típicamente* el derecho de la víctima no implica asumir el concepto restrictivo de autor. En el marco de mi propuesta asumo que el tipo también lo realiza el partícipe cuando el contexto delictivo es actual. A esta idea subyace, no solo la distinción de un tercer dominio frente a la tipicidad y la atipicidad, sino también el diagnóstico de la distorsión inherente a los procesos ejecutivos que se extienden en el tiempo. Los partícipes lesionan *típicamente* el derecho subjetivo de la víctima cuando se integran en una ejecución en desarrollo; no obstante, cuando actúan desde la trastienda, a pesar de no realizar el tipo (pues el entregar una gonzúa al autor de un futuro robo todavía no es robar) externalizan igualmente una actividad que no es neutral o carente de significado delictivo.

El interviniente que actúa antes de la ejecución pone en *jaque* la posición jurídica protegida por el Derecho de un modo *no-típico*. Es decir, no comienza a matar en el sentido del tipo penal de § 212 StGB, pero sí perturba la relación del titular con el bien jurídico vida *creando un peligro prohibido que afecta la legítima disposición futura del bien*. Desde el momento en el que existe una acción de intervención que desborda el perímetro de libertad primordial del infractor se limita la autonomía individual de la víctima³⁷⁴. Por ejemplo,

[caso 4] A informa a B la fecha en la que el dueño de un valioso diamante estará fuera de su domicilio para que lo sustraiga con mayor facilidad.

Al entregar estos datos, A no “roba” el diamante a la víctima y, sin embargo, ya está afectando su esfera jurídica: nadie debe soportar tal amenaza para la integridad de su patrimonio. Esta *preparación* no es un acto preparatorio atípico protegido por el perímetro de libertad primordial del ciudadano. El interviniente amenaza el derecho subjetivo de la víctima sobre

³⁷⁴ Coinciden en el recurso al concepto de autonomía individual como centro de la teoría de la legitimación de las prohibiciones y mandatos jurídicos, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 73 y ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal» en *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 24 ss., con más referencias.

la futura disposición de su propiedad, aunque todavía no se haya comenzado a ejecutar el ataque³⁷⁵. Las normas de la participación sirven para erigir reglas de conductas determinadas —“tienes prohibido facilitar un futuro robo”— en el momento en que debe adoptarse la decisión sobre la ejecución u omisión de la acción en cuestión. ¿Quién se animaría a realizar un contrato con el dueño del diamante si sabe que alguien ya ha puesto a disposición del ejecutor los medios idóneos para sustraer la piedra preciosa? En ese momento, aunque la víctima conservara la posesión de la cosa, se vería menoscabado su derecho a la disposición futura del bien, dificultándosele la eventual realización de, por ejemplo, un negocio a plazo o de su ofrecimiento en garantía³⁷⁶. En resumidas cuentas, la joya acabaría teniendo un valor de mercado menor³⁷⁷.

A menudo, cuando el partícipe realiza su aportación o motivación los detalles del hecho ya se encuentran definidos en líneas generales: quién será la víctima, cuál será el momento aproximado de la comisión del hecho, las circunstancias espaciales, etc. De otro modo no se podría realizar la aportación o no podrían brindarse los argumentos necesarios para inducir al autor. Esta comprobación no solo justifica la prohibición de la intervención antes de la ejecución, sino que también explicita el contenido material del injusto de la participación. Esta reduce el *potencial de acción jurídicamente reconocido de la víctima*³⁷⁸, afectando su derecho subjetivo sobre el bien y justificando así una facultad de exclusión que se presenta como el

³⁷⁵ En esta línea MURMANN, *Revista del Poder Judicial*, nm. 53, 1999, pp. 156 ss.

³⁷⁶ Lo mismo sucede en la autoría mediata, ¿qué empleado de correos osaría dejarle la correspondencia al enajenado del 4to. piso si sabe que su vecino lleva semanas convenciéndolo de que él es parte de una conspiración al que es mejor matar cuanto antes? El partícipe irrita la posición jurídica de la víctima, del mismo modo en que lo hace el autor mediato antes de que el instrumento se disponga inmediateamente a ejecutar el hecho, o el coautor que actúa en la trastienda (sí y solo sí se ha perdido el control del riesgo sobre el curso causal lesivo). El derecho subjetivo de una persona no solo comprende la facultad de su utilización actual sino también la facultad de disposición futura, y esta se pone en peligro en el momento en el que uno de los agentes del colectivo ha hecho todo lo que estaba a su cargo para que el proyecto delictivo avance hacia la ejecución.

³⁷⁷ KINDHÄUSER, «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico» en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, 1995, pp. 448 ss. aprecia en el ámbito de la tentativa que el “daño que puede sufrir una persona no solo reside en el sustancial menoscabo de un bien, sino también en la privación de disponer de forma segura del mismo”. En este orden de ideas, pone como ejemplo una casa que, por circunstancias políticas, súbitamente se ve inmersa en una zona de guerra, y disminuye su valor por encontrarse en peligro pese a no haberse alterado su sustancia. Si bien esta idea en el ámbito de la tentativa —principalmente la inidónea— es objeto de controversia (véase MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 668), debe hacernos reflexionar en el ámbito de la intervención pre-ejecutiva, donde se comprueba una afectación de la posición jurídica protegida en el tipo penal de la Parte especial, mediante su puesta en peligro no-típica. Esto no significa apreciar en el injusto de la participación la afectación de un bien jurídico distinto, consistente en la tranquilidad o sentimiento de seguridad subjetivo. El partícipe menoscaba el derecho subjetivo a disponer plenamente del bien: nuevamente, lo que ha afectado el partícipe no es la tranquilidad del dueño —aunque ello eventualmente también sucediera— sino el valor de mercado de la piedra preciosa. Esto se advierte claramente en los casos de tentativa de inducción a un delito grave, en donde la actividad del partícipe alcanza un umbral de peligro demasiado alto que no suele pasar desapercibido para el legislador, castigándose con base en la escala penal de la correspondiente figura de la Parte especial.

³⁷⁸ Así ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal» en *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 26.

anverso del deber de tolerancia impuesto al partícipe. En consecuencia, el Estado podrá irrumpir justificadamente en su esfera para impedir que se cuestione la disponibilidad del derecho subjetivo de la víctima o, en su representación, podrá hacerlo ella misma, para evitar aquel peligro que, aunque no frustra totalmente el uso y goce de su derecho, hace incierto su disfrute.

En los contextos ejecutivos actuales el partícipe realiza el tipo. Modificando el ejemplo 4, el diamante deja de estar a disposición del titular del derecho de propiedad cuando el partícipe distrae a la víctima para que el compinche cuente con más tiempo para abrir la caja fuerte. Sin embargo, el partícipe antes de la ejecución, esto es en los contextos ejecutivos dilatados en el tiempo, y cumplidos los requisitos ya explicitados —individualización de los detalles de la ejecución y pérdida del control del riesgo de la intervención— también afecta la posición jurídica de la víctima. Esta afectación no es solo ideal-normativa, sino que también tiene una faceta fáctica. Como expliqué más arriba, probablemente el titular del derecho de propiedad, en caso de un eventual comprador del diamante tuviera conocimiento del atraco que se está tramando, se negaría a cerrar el negocio. Menoscabo que no consiste en la lesión de un bien jurídico distinto —la paz social, la confianza en el orden jurídico, etc.— sino en la efectiva mengua del disfrute del derecho subjetivo protegido, en el ejemplo, el valor de la propiedad de la piedra preciosa.

El interviniente no respeta un determinado estado de cosas pre-existente y se adapta a un ejecutor que requiere ayuda por cobardía, comodidad e imposibilidad o que no cuenta con la motivación necesaria para llevar adelante el delito. Tan pronto como genera las condiciones materiales o el incentivo necesario para inclinar al ejecutor hacia el delito cuestiona el derecho a la disposición cierta del bien jurídico y frustra la plena detentación del derecho subjetivo de su titular. Quebranta, por ende, un deber negativo de no lesionar, incluso antes de actualizarse en una lesión típica, pues se perturba sin derecho la autonomía del ciudadano a disponer en forma plena de sus bienes.

3.8. Las distintas accesoriedades en las teorías de la antinormatividad y las teorías de la imputación

Hay una esfera en que la dogmática ha hecho considerables avances recientemente: la teoría de las normas. Esta se desarrolló a lo largo de los últimos 100 años de un modo veloz, sedimentado elementos que formaron un delta conceptual en el que los autores se bifurcan, al momento de reelaborar la teoría del delito, en dos direcciones. Por un lado, una corriente hace hincapié en el significado de la norma de comportamiento, concibiéndosela como una teoría de la antinormatividad, es decir como una infracción personal de la directiva de conducta expresada en la norma. Mientras que, desde la perspectiva opuesta, se la concibe como una teoría de la imputación de la defraudación de una expectativa social a los efectos

de la imposición de una pena³⁷⁹. Estas dos tendencias, lógicamente, tienen implicaciones en toda la teoría del delito y en nuestro tema emergen con especial claridad.

La construcción de un principio de accesoriadad como apéndice de la teoría de la imputación en el ámbito de la participación delictiva puede leerse en las tesis de variados autores que si bien, parten de premisas distintas, mantienen una visión retrospectiva. Tanto BLOY como JAKOBS operan pensando en la teoría de la responsabilidad y centrándose en los presupuestos que deben concurrir para asignar una pena. En efecto, ambos conciben la accesoriadad como un principio de imputación que posibilita atribuirle al partícipe lo que hace una mano ajena. No debería sorprender que ambos planteamientos, a pesar de trabajar con material teórico diverso, conduzcan a un modelo extensivo de autoría con problemas para explicar lo que sucede más allá de la fuerza gravitatoria del tipo penal. Naturalmente, el problema no es la precisión del aparato que se utiliza para contestar en qué condiciones responde el interviniente por un hecho colectivo, sino la imposibilidad de interpretar en qué medida está vinculado el interviniente con la norma que le prohíbe participar, desde una perspectiva *ex ante*. Una teoría de la intervención que se construye a partir de la norma de sanción pierde de vista que no toda infracción requiere una reacción mediante pena, y así queda abierta la pregunta de qué es la intervención antes de la ejecución o cómo se explica la intervención en un contexto delictivo actual cuando el ejecutor desiste.

Ciertamente, una visión retrospectiva de la intervención yerra al relativizar la relación entre norma y destinatario, la cual parece quedar muy lejos cuando todo se mira *hacia atrás*. Sobre ella BLOY no nos dice mucho cuando, siguiendo al pie de la letra la receta roxiniana, afirma que entre el partícipe y la lesión al objeto del bien jurídico existe una relación indirecta mediada por la actividad del autor. Esta actitud es todavía más clara en JAKOBS, quien un cuarto de siglo después de sentar las bases de su meritoria teoría de la intervención, vuelve para explicar el sentido de la actividad del partícipe antes de la ejecución mediante el recurso a las *Obliegenheiten*. Una cuestionable categoría normológica que es prueba suficiente del límite de los planteamientos que se construyen exclusivamente a partir de la norma de sanción. Cuando se trata principalmente de una concreción valorativa de base social, “tú integras el colectivo X; este es responsable por la infracción de la norma Y; a ti te corresponde una cuota de responsabilidad Z”, se pierde de vista que el *iter* ejecutivo tiene momentos marcadamente individuales. Especialmente, el de la infracción personal de la norma de comportamiento, pero también aquellos relativos a la renuncia y desistimiento. Los cuales pueden avanzar a contramano del colectivo. No me son ajenos los valiosos avances de esta perspectiva para la teoría de la intervención, lo que ocurre es que ella no es suficiente si no se complementa con una visión prospectiva. Al menos, en lo que respecta al principio de accesoriadad de la participación.

Pero, en contra de lo que podría pensarse, desde la otra rívera, una concepción predominantemente prospectiva de la accesoriadad tampoco se ha revelado como una guía

³⁷⁹ Sigo el análisis comparativo de SILVA SÁNCHEZ en *Normas y acciones*, 2003, pp. 33 ss.

idónea, por sí sola, para abarcar los momentos individuales y colectivos de la participación. En el último tiempo quienes se aproximan a la teoría del delito echando mano de una teoría de las normas imperativista vacían de contenido al principio de accesoriedad. Esto se aprecia claramente en la tesis de SANCINETTI y, con un poco más de esfuerzo, en la tesis de RENZIKOWSKI. Aquel, como representante de la vertiente radical del finalismo, se concentra exclusivamente en la relación subjetiva del partícipe con la norma de comportamiento, por ende, lo relevante únicamente es el momento individual de la participación; obviando que exista una obra colectiva que sea algo más que la mera reunión de las aportaciones individuales —pero sobre ello me ocuparé más adelante—. En verdad, el déficit se encuentra aquí en el extremo opuesto que afecta a JAKOBS y BLOY. En RENZIKOWSKI, por su parte, se aprecia una posición matizada, pues, aunque parte de la teoría imperativista, al renunciar a la identificación exclusiva de la norma de comportamiento con su aspecto obligante y reinterpretarla con base en el concepto de derecho subjetivo, no margina del todo la dimensión social de la participación. Este camino lo coloca en una situación privilegiada, que dota a su enfoque de una base social, sin dejar de ser prioritaria la relación del agente con la norma de comportamiento. No obstante, es necesario darle un mayor protagonismo analítico al momento posterior a la constatación de la producción del hecho antinormativo, para no reducir el principio de accesoriedad a consideraciones de política criminal.

Un rechazo a la función de prevención general disuasoria de las normas de comportamiento en el diseño del principio de accesoriedad, a favor de la configuración de ésta como un puro principio de imputación, no alcanza a resolver todos los problemas que se presentan los contextos de pluralidad de intervinientes. Una normativización extrema que pretende interpretar el fenómeno de la participación delictiva solo en su dimensión colectiva, no consigue explicar el sentido de la intervención antes de la ejecución, aunque sí provee de importantes herramientas conceptuales para realizar una valoración social del sentido del hecho delictivo. Por el contrario, la negación de la accesoriedad como una paradoja de técnica legislativa o su reducción a una mera condición objetiva de punibilidad, en el marco del paradigma de la relación individual sujeto-norma, a la inversa, no consigue ver que la participación siempre es en algo y que, si se alcanza el estadio ejecutivo, entonces se requiere un principio de accesoriedad que vincule la actividad de todos los intervinientes.

Conforme lo anterior, se impone la pregunta de si puede haber algún provecho en articular ambas perspectivas, pues vale la pena probar otros caminos con tal de sacar de su aislamiento a ambas concepciones de la accesoriedad, las cuales por sí mismas son insuficientes para resolver todos los problemas que plantea la teoría de la intervención. El marcado contraste entre ambos enfoques plantea un desafío fundamental: buscar una síntesis entre la visión prospectiva de la accesoriedad, que centra su atención en la relación individual del agente con la norma de comportamiento, y su visión retrospectiva, que se concentra principalmente en la dimensión de la atribución de responsabilidad. En este juego de espejos, cuya distorsión fatal es el eclecticismo, se encuentra la verdadera función del principio de accesoriedad, como una estructura que permite *hacia delante* atribuir sentido delictivo a un significante abierto, sin perder de vista que, además, puede existir un segundo momento de valoración *hacia atrás*,

que dé lugar a un juicio social de atribución de responsabilidad con base en una actividad colectiva que penetra lo estrictamente individual.

4. Hacia una (re)funcionalización del principio de accesoriadad

4.1. Una concepción integradora del sistema del delito

Ha de mantenerse una comprensión funcional de la accesoriadad ligada a la teoría de la imputación que no pierda de vista la dimensión social del hecho. Para ello debe de trabajarse a partir de la perspectiva de la norma de sanción, donde la accesoriadad opera como un principio de imputación y distribución de responsabilidades. Pero si sus prestaciones acaban allí, tal como propone parte de la doctrina, se oscurece la función de la norma de comportamiento como instrumento de prevención general disuasoria a favor de la necesaria, pero no suficiente, función de prevención general positiva. La tarea de (re)funcionalización del principio de accesoriadad, en consecuencia, implica su comprensión como principio de imputación al mismo tiempo que su reivindicación como elemento estructural de la norma de comportamiento.

Que el estado del debate actual requiere una concepción integradora del sistema del delito —entre una estructura del hecho punible exclusivamente construida a partir de la antinormatividad y una construida a partir de la imputación de defraudación de expectativas institucionalizadas— es una opción que viene barajándose hace tiempo. Diversos autores asumen la necesidad de trabajar en el marco de una sistemática abierta a la dimensión social del delito, pero sin quitarle protagonismo a la norma de comportamiento como herramienta práctica principal de la política criminal del legislador³⁸⁰. La apuesta de este desafío es tan sutil como compleja, al demandar teorizar adecuadamente sin caer en posiciones eclécticas. Cuando SILVA SÁNCHEZ —siguiendo de cerca a MIR PUIG³⁸¹— intenta armonizar ambas propuestas no está pensando en la teoría de la intervención, sin embargo, en su propósito general existen valiosas claves para diseñar una tesis sintética en relación con el principio de accesoriadad. Lo que late en el fondo de su planteamiento es una concepción compleja (ontológica-normativa) del concepto de persona que subyace a la teoría de la imputación y que, conforme el momento teleológico del que se trate, hace emerger una u otra faceta.

La cuestión metateórica es por demás importante, aunque por razones evidentes, no cabe aquí entrar a discutirla en profundidad. Baste con referir que la teoría del delito concebida

³⁸⁰ Así RENZIKOWSKI, *FS-Neumann*, 2017, pp. 335 ss.; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 502 s.; MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 45 ss., 95 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 610 ss.; HAFFKE en *Libro homenaje a Roxin*, 1995, p. 138.

³⁸¹ “La conminación penal no puede limitarse a cumplir la función de *respuesta* frente al delito una vez cometido, sino que ha de poder ser captada por el ciudadano en el momento de actuar, si es que la pena quiere incidir en su conducta. Todo esto conduce a una *concepción preventiva de la pena* y a un *enfoque ex ante de la teoría del delito*, en sus dos pilares básicos de antijuridicidad y culpabilidad”, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, p. 95.

como una teoría de la infracción personal de la directiva de conducta presupone una “idea de persona —destinatario de las normas— como ‘persona existente’ de modo previo al Derecho. Una sistemática del delito basada, de entrada, en una norma primaria acoge, por tanto, el límite ontológico representado por la persona ‘real’³⁸². Por el contrario, una teoría del delito como teoría de la imputación de la defraudación de una expectativa social, a los efectos de la imposición de una pena (un modelo en el que encaja perfectamente la concepción de persona de JAKOBS), “se basa en la idea de ‘persona construida’ por el sistema jurídico, a su vez determinado por lo socio-económico”³⁸³. No obstante, el autor citado aprecia que ni una teoría de la antinormatividad descarta que la persona preexistente no experimente, en el marco de lo “dado”, una configuración social, ni a la inversa, una teoría de la imputación tampoco debería rechazar acoger criterios alternativos de tipo discursivos o ético-sociales. Esto lo sugería antes HAFFKE, aunque desde otro punto de vista, cuando hacía referencia a que tras la impresión tan abstracta y teórica que genera la distinción entre Derecho de la norma y Derecho de la pena, se esconde un modo de concebir a la sociedad (un programa de sociedad)³⁸⁴. En la misma línea, MIR PUIG observa que la propuesta funcionalista de CALLIESS no es incompatible con las posiciones clásicas de la teoría de las normas³⁸⁵.

Si lo dicho hasta aquí es correcto, el principio de accesoriedad externa de la participación, en el plano estructural, ha de abordarse a partir de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción, reconociendo la diferencia cualitativa entre ambas y sin perder de vista que operan con base en diversos presupuestos y momentos. Esta distinción normológica muestra una estrecha relación con el problema de la prevención de delitos e implica una determinada comprensión del Derecho y la sociedad que, hoy de nuevo, es de innegable actualidad.³⁸⁶ Por ende, en el devenir de esta investigación, no se dejarán de lado los fines preventivos del Derecho penal y sus límites garantísticos, los cuales fundamentarán y condicionarán los resultados sistemáticos que se pretendan alcanzar. Por su parte, en la dimensión interna del principio de accesoriedad habrá de repensarse el concepto de injusto que subyace a ella. Esto también implicará postular un diseño funcional del injusto con el que se vincula el partícipe como presupuesto de la aplicación de la norma de sanción.

4.2. Las dos funciones del principio de accesoriedad

La diferenciación entre normas de comportamiento, por una parte, y normas de sanción, por la otra, constituye una aprehensión fundamental para diseñar el principio de accesoriedad de la participación. Conforme con ello, son insuficientes las tesis que —con mayor o menor razón, pero siempre desde una sola perspectiva— pretenden reducirlo a un vínculo de dependencia fáctica con el hecho del autor, una condición objetiva de punibilidad, o

³⁸² SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 33 (n. 45).

³⁸³ SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones*, 2003, p. 33 (n. 46).

³⁸⁴ HAFFKE en *Libro homenaje a Roxin*, 1995, p. 132.

³⁸⁵ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2002 p. 29.

³⁸⁶ Véase HAFFKE en *Libro homenaje a Roxin*, 1995, p. 131.

identificarlo con una categoría de imputación ubicada exclusivamente en el plano de la norma de sanción. Para no encallar en la discusión de los últimos 50 años —responsabilidad por el propio injusto vs. responsabilidad por el injusto ajeno; disvalor de acción vs. disvalor de resultado; modelo restrictivo de autor vs. modelo unitario/extensivo de autor— debemos destrabar la oposición entre la acción individual de intervención y el remate a nombre del colectivo en manos del ejecutor. En esta tarea es necesario contar con un principio de accesoriidad normativamente acuñado que permita identificar y derivar consecuencias sistemáticas de los respectivos momentos individuales y colectivos del *iter criminis*. Si la intervención individual es *per sé* una actividad proyectada a articularse en algo mayor, entonces el colectivo no puede estar ausente de la ecuación. Frente a ello, mi apuesta teórica consiste en introducir en el principio de accesoriidad un doble registro basado en la teoría de las normas para ver el *nosotros* de la participación sin olvidar que antes existe un *él*.

El principio de accesoriidad es un concepto de enlace que permite atribuir sentido delictivo a un comportamiento determinado en un contexto de división de tareas, tanto para evitarlo (a), como para imputarlo (b)³⁸⁷.

- a) Basado en la doctrina de la imputación objetiva, antes de la ejecución, el principio de accesoriidad enlaza el comportamiento del interviniente con la actuación culpable de otro, permitiendo realizar un pronóstico de peligrosidad. La accesoriidad entonces se desustancializa para pasar a significar *acceso* al tipo. Se trata, en este primer momento, de evitar un peligro individualmente, de manera autónoma a la eventual realización típica.
- b) Después de la ejecución, la accesoriidad enlaza recíprocamente dos o más comportamientos en orden a la distribución de responsabilidades. En este segundo momento se analiza el hecho en su faceta colectiva, desentrañando su sentido último como obra conjunta a los efectos de la imposición de una pena.

En consecuencia, la accesoriidad implica una doble prestación, cuya diferencia específica la constituyen los distintos momentos temporales de eficacia de la norma y sus perspectivas³⁸⁸. La función *prospectiva* se localiza en el plano de la norma de comportamiento y opera con un criterio *ex ante*. La función *retrospectiva* se localiza en el plano de la norma de sanción y opera con un criterio *ex post*. En este trabajo no se realiza un planteamiento meramente analítico que solo se proponga delimitar y aclarar un principio que suele aparecer desdibujado en la teoría de la intervención. Esto representaría, desde luego, un avance, pero no dejaría de ser un ejercicio puramente académico. Al contrario, lo que se pretende es, tomando como punto de partida la teoría de las normas, dotar de contenido al principio de accesoriidad para explicar la directiva de conducta dirigida al partícipe y la sanción derivada de su infracción.

La accesoriidad posibilita tanto la prevención de conductas prohibidas de participación *ex ante* como la imputación de aquellas *ex post*. A favor de tales consideraciones existen buenas

³⁸⁷ Así, opera en cualquier caso de codelincuencia, no restringiéndose a los casos de participación. Su funcionamiento no es unidireccional, sino multidireccional entre todos los intervinientes.

³⁸⁸ En términos generales, sobre los específicos momentos temporales de eficacia de la norma jurídica, véas FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, pp. 504 ss.; HAFFKE en *Libro homenaje a Roxin*, 1995, pp. 133 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 620 ss.

razones. Así, en el plano de los fundamentos, debe partirse de que la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción constituye uno de los instrumentos más importantes para la incidencia del Derecho penal en la sociedad³⁸⁹ y, por ende, la sistemática de la accesoriadad ha de adaptarse a ella. La perspectiva *ex post* es la más trabajada por la doctrina que se aproxima a esta cuestión a través de la teoría de las normas. En este sentido, se advierte que la accesoriadad consiste en el fundamento de la responsabilidad del interviniente por la ejecución que un tercero realiza de propia mano. En contraste con ello, la función de la accesoriadad en la norma primaria ha sido más bien ignorada o sencillamente negada³⁹⁰. Tales reflexiones, no solo tienen importantes repercusiones en el plano sistemático, sino que, a su vez, abren el camino para fracturar la visión de paralaje que atraviesa el debate del fundamento del injusto del partícipe. Frente a este contrapunto de larga data entre su autonomía o dependencia, un principio de accesoriadad funcional nos acerca a su síntesis o, al menos, a llegar a un terreno más firme. La clave reside en identificar cuáles son los momentos estrictamente autónomos del *iter criminis*, y cuáles los interdependientes. De lo que se trata es de un mismo objeto observado desde distintos puntos de vista, que no son contradictorios entre sí, aunque tampoco son solubles en una sola masa conceptual³⁹¹.

Cabe derivar de este planteamiento diversas consecuencias sistemáticas que serán solo enunciadas para proceder después a su desarrollo particular. Ellas se encuentran, desde luego, íntimamente vinculadas a una aplicación de la doctrina de la imputación objetiva a la intervención delictiva. Esta cuestión, naturalmente, ha sido objeto de numerosos trabajos; de lo que me encargaré es de poner de relieve el papel fundamental que juega la relación de sentido entre la actividad del ejecutor y la actividad del interviniente en la determinación del comportamiento prohibido y la imputación del resultado a este último. El registro prospectivo del principio de accesoriadad permite contestar a la pregunta de cuándo el partícipe infringe la prohibición de colaborar con el autor o motivarlo al delito sin tener que esperar la inmediatez de la ejecución. De lo que aquí se trata es de atribuir un sentido de continuación delictiva a un comportamiento *no-típico* (un significante abierto) con base en su direccionamiento hacia una lesión típica. La aplicación de la doctrina de la imputación objetiva a los casos de codelincuencia es más sencilla en el ámbito de la norma de sanción, es decir, cuando se recurre a ella para distribuir responsabilidades desde una perspectiva *ex post*. Pero cuando se trata de precisar la antinormatividad de la conducta del partícipe, las cosas se vuelven más complejas. Primero, porque la específica configuración del hecho se encuentra mediada por la actuación de un agente autorresponsable, llegando alguna doctrina a postular una hipótesis de prohibición de regreso para con el partícipe³⁹². Segundo, porque en los casos de intervención pre-ejecutiva la misión de la imputación objetiva del

³⁸⁹ Como también para la reconstrucción del sistema del delito, véase, FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1988, p. 505.

³⁹⁰ Así JAKOBS, quien habla de la infracción de una *Obliegenheit*, pero no de la infracción de una norma de comportamiento primaria.

³⁹¹ Tal como propone ROXIN, críticamente *supra*.

³⁹² Así HRUSCHKA, *ZStW* 110, 1998, pp. 581, 586 ss. y RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 131; críticamente *supra*.

comportamiento típico debe modificarse para imputar objetivamente comportamientos que (aún) no son típicos, pero sí peligrosos y, por lo tanto, antinormativos.

En el plano de la norma de sanción, las consecuencias intrasistemáticas de la reivindicación del principio de accesoriadad de la participación no son menos importantes. Si se considera aquí su registro como retrospectivo es porque se opera en el nivel de la sancionabilidad de la conducta, en donde el tipo penal no se presenta como una proyección de peligrosidad que atribuye sentido delictivo a un significante abierto, sino que ya se ha actualizado en una afectación típica de la posición jurídica protegida. En consecuencia, se trata de vincular la lesión típica con la actividad del interviniente y de distribuir responsabilidades. La actividad del partícipe se inserta en una red articulada de significado y se cierran sus contornos en orden al específico modo de afectación del derecho de la víctima, al mismo tiempo que se fija la magnitud de su intervención.

4.3. Registro prospectivo

Las normas de conducta dirigidas al interviniente no-ejecutor —al igual que las normas de conducta dirigidas al ejecutor— han de orientar su actividad. Para ello deben ser eficaces en la situación en la que el agente se disponga a actuar, indicándole y prescribiéndole lo que debe hacer o dejar de hacer. Más allá de asumir una visión acorde al modelo de autoría extensiva, unitaria o restrictiva, en cualquiera de estos planteamientos es necesario crear un nexo de sentido delictivo entre la actividad del partícipe y el tipo penal. Es aquí donde entra a jugar el principio de accesoriadad dispuesto de modo *prospectivo*, mirando hacia delante y permitiendo predicar, frente a una determinada actividad, un sentido de continuación delictiva que, de otro modo, no sería posible advertir. Cuando se trata de procesos ejecutivos dilatados en el tiempo el tipo penal aparece en la fase pre-ejecutiva de modo *proyectado*. Desde una perspectiva *ex ante* la accesoriadad se encarga de adecuar la teoría de la imputación objetiva del comportamiento típico a comportamientos antinormativos que exceden su paradigma original, esto es, la atribución de sentido delictivo a conductas que se describen específica y detalladamente en un *tipo penal*.

En este primer registro el tipo penal aparece como *objeto de referencia* de la norma de comportamiento que vincula al interviniente. Si bien es cierto que el interviniente también realiza el tipo³⁹³, dicha afirmación debe matizarse o más bien corregirse cuando se trata de un proceso ejecutivo dilatado en el tiempo, en tanto la realización típica aparece proyectada. El efecto principal del primer registro de la accesoriadad entonces consiste en concretizar la peligrosidad de la acción individual a la luz del colectivo en el que se insertará. Por tomar un ejemplo simplificado, en sí mismo no es peligroso esconder un arma en el bosque (¿quién la encontraría?) sino esconderla para que luego otro la busque y la utilice para matar. Es la

³⁹³ Así ROBLES PLANAS, *InDret*, 2/2012, p. 5.

virtualidad del acontecimiento *por-venir*³⁹⁴ lo que permite predicar un grado de peligrosidad relevante de la acción de intervención individual³⁹⁵.

El registro prospectivo de la accesoriedad tiene importantes consecuencias en el plano de los deberes de tolerancia al fundamentar la peligrosidad de la acción y reconducir la solución del conflicto al interviniente, aún antes del comienzo de la ejecución, sin forzar el principio del hecho³⁹⁶. La víctima potencial entonces no queda desprotegida. La intervención pre-ejecutiva no solo demanda atención debido a la *lesión típica futura* en la que se insertará, sino también debido a la *afectación no-típica actual* del derecho subjetivo de la víctima a la disposición segura de sus bienes jurídicos. El interviniente que favorece o determina el hecho del ejecutor manifiesta en el orden simbólico su deslealtad al Derecho, al mismo tiempo que coloca un soporte real para la futura ejecución. Como tal, esta ya es una afectación antinormativa *no-típica* actual del derecho subjetivo de la víctima a disponer de sus bienes en el futuro. HAAS y RENZIKOWSKI están en lo correcto cuando recurren a la noción de derecho subjetivo para delimitar los tipos de lesión de la Parte especial del Código penal, pero a ello debe agregarse que un derecho subjetivo no solo se puede afectar impidiendo su uso y goce *actual*, sino que también puede menoscabarse *hipotecando* su disposición futura. Cuando el interviniente pone en peligro la posición jurídica de la víctima antes de la ejecución del tipo, no lo hace de un modo abstracto, sino que disminuye en concreto las facultades jurídicas de disposición sobre ella.

Conforme lo anterior, en este primer momento individual de la participación, la pregunta crucial consiste en determinar cuándo se está frente a una infracción de la norma de comportamiento con efectos jurídicos en la víctima y el infractor. El problema que late detrás de esta cuestión es el siguiente: individualmente considerada la acción de participación no parece cumplir con la descripción típica. Quien entrega un arma al autor meses antes de siquiera ser seleccionada la víctima, ¿acaso está matando? Arriesgo una rápida respuesta negativa a esta pregunta, pues, aunque podría pensarse que de la norma que prohíbe matar se derivaría lógicamente la prohibición de ayudar a matar, sería un error afirmar que ello permite predicar la tipicidad de la conducta del interviniente. Resultaría así una formulación

³⁹⁴ En los idiomas español y francés se cuenta con dos palabras para futuro, las cuales no pueden traducirse adecuadamente a lenguas como la alemana o la inglesa: *futuro* [*futur*] y *porvenir* [*avenir*]. El *Futuro* es el futuro como continuación del presente, como la plena realización de condiciones que ya están allí, mientras el *porvenir* pone de relieve una discontinuidad con el presente, una ruptura radical con la conducta de intervención por la actuación responsable de otro agente. En los casos de pluralidad de intervinientes *porvenir* es lo que todavía está por-venir (intervenciones pre-ejecutivas y contingentes), no solo lo que será (intervenciones concomitantes y necesarias). Esta es una de las razones que debe conducir a un replanteamiento de cómo juega el principio de accesoriedad en ese *porvenir* contingente en manos ajenas. El *porvenir* de la realización típica, como la escultura que espera ser liberada del bloque de mármol del artista, ya está latente en el presente de la conducta del partícipe, en lo que se ha identificado como una conducta *no-típica*. Sobre la distinción entre *futur* y *avenir*, véase ZIZEK, *Less than nothing: Hegel and the shadow of dialectical materialism*, 2013, pp. 249 ss.

³⁹⁵ Porque existe división de tareas en el marco de un plan común *ad intra* es que su intervención adquiere un significado de perturbación *ad extra*.

³⁹⁶ Véase, en detalle, punto 3.4, capítulo tercero.

forzada del principio del hecho que, al menos, nos obligaría a redefinir sus alcances con un coste sistemático demasiado alto. No hay tipo aún y, por ende, ni imputación objetiva del comportamiento típico en su tradicional alcance, ni accesoriadad como fundamento de la responsabilidad por el hecho que ejecuta otro. Lo que en esta fase interesa es determinar (¡antes de la ejecución!) si el comportamiento del interviniente no-ejecutor está permitido o prohibido y, en este caso, cuáles son sus consecuencias sistemáticas incluso cuando no se alcanzase el estadio ejecutivo.

Lógicamente, si se pone el acento solo en la imputación objetiva del resultado con una visión *ex post*, esto no es un problema, pues al tratarse de distribuir responsabilidades el instrumental de la teoría de la imputación objetiva es especialmente idóneo. Pero en los supuestos de intervención extramuros del tipo no se puede esperar a que el autor realice el disparo en la sien de la víctima para atribuir o no sentido delictivo a la conducta de quien lo ha persuadido de la conveniencia de la ejecución o le ha allanado el camino. Si se pretende operar con una perspectiva *ex ante*, es imperioso realizar determinados ajustes a la teoría de la imputación objetiva. Ella ha de ser útil también para determinar la antinormatividad de un comportamiento que todavía no es una lesión típica de la esfera jurídica protegida de la víctima. Es aquí, en el dominio de lo *no-típico* donde juega un papel fundamental el registro prospectivo del principio de accesoriadad. En efecto, la accesoriadad se encarga de traer el tipo penal y proyectarlo en la actividad de un agente que ha impulsado dolosa o imprudentemente al autor. La imputación objetiva del comportamiento típico solo puede ser correctamente aplicada con una perspectiva *ex ante*, si se la calibra para funcionar en las condiciones teóricamente hostiles inherentes a los contextos de pluralidad de intervinientes. De otro modo, la insistencia de la aplicación automática de su instrumental nos confrontaría con asimetrías que en algún momento acabarían conduciendo a un callejón sin salida³⁹⁷.

El registro prospectivo de la accesoriadad explica por qué una actividad antinormativa pre-ejecutiva es peligrosa eludiendo un planteamiento subjetivista. La intervención pre-ejecutiva es peligrosa porque se dirige hacia una lesión típica de un modo prohibido, desbordando el perímetro de libertad primordial del ciudadano o excediendo el ámbito de las interacciones estereotipadas (prohibición de regreso). La antinormatividad de la actividad del partícipe en la fase previa se define en el momento en el que se pierde el control de la aportación o motivación, incluso antes de la disposición inmediata del ejecutor para la realización del tipo penal de la Parte especial. Es en aquel momento en el que la actividad pasa del plano de los actos preparatorios impunes (y permitidos, por lo tanto, *a-típicos*) al plano de la antinormatividad (aunque todavía *no-típica*). Simplificando las cosas al máximo, por ejemplo,

³⁹⁷ ¿No es acaso este el problema que finamente diagnostica JAKOBS pero del que no puede salir airoosamente? Se habla de la infracción de una *Obliegenheiten* antes del comienzo de ejecución, una especie de miga de pan que, al estilo del cuento de los hermanos Grimm, marcaría el camino del partícipe hacia la ejecución, funcionando como fundamento de su responsabilidad posterior. Pero con ello, solo se pospone el verdadero problema, pues nunca se aclara cuándo se infringe la incumbencia —la cual acarrea importantes consecuencias sistemáticas— es decir, cuándo hay una imputación objetiva de la conducta de la participación antes de la ejecución (críticamente sobre esta tesis *infra*).

[caso 5] el agente no infringe la norma de comportamiento que le prohíbe participar en un homicidio si deja a disposición del autor un frasco con raticida, adquirible sin mayores problemas por cualquier persona en una ferretería³⁹⁸.

Ahora bien, si lo que ha facilitado el agente es un arma de fuego de modo antirreglamentario, una aplicación de la teoría de la imputación objetiva hace posible identificar la infracción personal de la norma de comportamiento, a pesar estar aún lejos de la realización típica³⁹⁹. No pretendo reformular aquí los criterios de imputación objetiva que, más allá de los términos de la intensa discusión que los atraviesa, me permitiré dar por conocidos. En un esquema como el que se propone las variaciones respecto a la estructura de la imputación objetiva son relativas, es decir, no se plantea un cambio radical. En efecto, no sería incorrecto continuar hablando de imputación objetiva del comportamiento típico, pues ciertamente la accesoriadad *enlaza* el tipo penal (en el marco del modelo restrictivo de autor) o lo *actualiza* (si se habla desde el modelo extensivo o unitario) a comportamientos prohibidos *no-típicos*⁴⁰⁰.

En el campo de la antinormatividad *no-típica* la accesoriadad prospectiva empodera las normas de la Parte general, simultáneamente que suprime del concepto extensivo de autor cualquier autocontradicción hermenéutica. El dominio de lo típico, inaccesible por sí mismo para el interviniente no-ejecutor que actúa en la trastienda, no por ello le es ajeno, pues, virtualmente define toda su actividad. Negar la importancia de la explicación de estos casos nos abandona frente a una actividad *a-normativa*, indeterminada, incontrolable y peligrosa para la víctima. Es cierto que la autonomía del injusto del partícipe que se propone presenta rasgos particulares, en tanto lo designado como *propio* se proyecta a través de lo *ajeno*, es decir, mediante la imagen típica de una ejecución que llega desde adelante. Sin embargo, esto es así porque en el marco de la concepción tradicional del principio de autorresponsabilidad se ha pensado siempre en el autor individual y ello condujo a la caza de un injusto fenomenológicamente personalista⁴⁰¹.

El injusto del partícipe comprende en su génesis el injusto del autor: su campo visual se extiende hasta el resultado colectivo que se incorpora en un acto de apropiación que, paradójicamente, es un *dejar-salir* fuera de sí⁴⁰². La falta real del significante en el injusto del

³⁹⁸ Distinta sería la solución si la facilitación dolosa del veneno fuera para alguien que, por ejemplo, se encuentra postrado en su casa y no puede adquirirlo por sus propios medios. Particularmente en relación con este caso, JAKOBS, *FS-Puppe*, 2011, pp. 557.

³⁹⁹ La acción del partícipe debe estar desaprobada jurídicamente en virtud del riesgo inherente a ella de incrementar el peligro del hecho principal. Así MURMANN, *Revista del Poder Judicial*, nm. 53, 1999, p. 164.

⁴⁰⁰ “La propia acción de complicidad requiere una restricción tal que permita que el tipo objetivo de la complicidad se limite a abarcar los hechos constitutivos del injusto plasmados en el tipo. Esta restricción obedece a las mismas reflexiones que se han desarrollado para la conducta típica de autoría”, MURMANN, *Revista del Poder Judicial*, nm. 53, 1999, p. 157, siguiendo a FRISCH, *Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

⁴⁰¹ Utilizo aquí personalista como extremo defectuoso de lo personal, caracterización que comprende tanto el plano simbólico-ideal como el material-real.

⁴⁰² En este planteamiento falta una parte fundamental: el criterio de la pérdida del control del riesgo como bisagra de cazoleta entre el ámbito de los actos preparatorios y la intervención pre-ejecutiva. Pero sobre esto insistiré en otro lugar.

partícipe está determinada por su juego en la trastienda, en el campo de lo *no-típico* y, por ello, su interpretación no es concebible totalmente dissociada del despliegue de la actividad futura del autor. Es la dimensión externa de la accesoriedad la que permite sintetizar el sentido del injusto del partícipe. Este registro al acentuar la dimensión individual de la intervención emancipa el injusto de la participación, sin perder de vista que se dirige a insertarse en algo más grande. Si el *iter críminis* alcanza el estadio ejecutivo, el registro retrospectivo de la accesoriedad complementa el injusto de la participación permitiendo una valoración global especular de su magnitud.

También en los casos de intervenciones concomitantes es la función prospectiva del principio de accesoriedad la que posibilita una correcta aplicación de la doctrina de la imputación objetiva. Piénsese que no son pocos ni ignotos los autores que toman en serio conductas que no pasan de ser meras subjetividades desprovistas de sentido delictivo⁴⁰³. Desde luego, esto lo padecía LÜDERSEN con su reducción de la accesoriedad a un vínculo fáctico, pero también SCHUMANN al buscar el disvalor del injusto de la participación en la solidarización con el injusto del autor. Más recientemente, en el mismo error cae SCHILD TRAPPE cuando en un repliegue hacia lo subjetivo respalda la idea de que las meras manifestaciones de aprobación y solidarización —¡como las del testigo que casualmente presente en el lugar del hecho aplaude al autor durante la ejecución!— serían conductas prohibidas de participación. Esta distorsión de la teoría de la intervención no debería de sorprender si se tiene en cuenta que incluso el fino juicio de HERZBERG parece diluirse en la búsqueda de soluciones a los casos límite, al aseverar que el servirle un refresco al autor mientras está ocupado abriendo la caja fuerte o realizar cualquier intervención que mejore su humor o disminuya su remordimiento debería considerarse participación. En conclusión, la función normativa de enlace que provee la accesoriedad para con la descripción típica —que permite afirmar que “el partícipe también realiza el tipo”— no puede ser dejada de lado si se pretenden descubrir los límites de la intervención criminal.

4.4. Registro retrospectivo

La segunda función de la accesoriedad es *retrospectiva* y opera en el ámbito de la norma de sanción. Aquí el hecho típico realizado por mano ajena se presenta como *medio de valoración* del comportamiento individual a luz de la “performance” colectiva. La accesoriedad mira hacia atrás haciendo posible que el juez atraviere en su línea de visión al último causante hasta abarcar otros agentes a los que les pertenece el hecho en mayor o menor medida. Si la accesoriedad prospectiva tiene como destinatario al partícipe en primer lugar, diciéndole “¡no vayas hacia allí!”⁴⁰⁴, la accesoriedad retrospectiva tiene como destinatario al juez, permitiéndole ver “hacia dónde ha ido eso”. El juez penal se encarga de aplicar la norma de

⁴⁰³ En detalle, véase capítulos I y III.

⁴⁰⁴ Pero en segundo lugar también comunica algo al Estado (y en su defecto a la víctima) diciéndole «mira hacia dónde va esto!» en orden a orientarlo frente a la adopción de eventuales medidas de aseguramiento policial (intervenciones policiales, allanamientos de morada, detenciones preventivas, etc.) en el marco del estado de necesidad defensivo.

sanción una vez cumplidos todos los presupuestos asociados a la infracción de la norma de comportamiento. Ellos son, por un lado, la lesividad típica de la actividad del partícipe y, por otro, su culpabilidad. Ambos presentan particularidades en los casos de división del trabajo.

En lo que se refiere a la lesividad del comportamiento del partícipe, se trata de atribuirle a título propio el resultado de lesión para el bien jurídico ejecutado por mano ajena. Como tal, este es un problema de imputación objetiva del resultado⁴⁰⁵. En esta perspectiva la doctrina ha sido prolífica, pues la accesoriadad a menudo es normativizada hacia atrás, es decir, como teoría de la imputación. Baste citar por ejemplo a BLOY⁴⁰⁶ quien concibe la accesoriadad como un tipo de imputación y, desde luego, a JAKOBS⁴⁰⁷ y LESCH⁴⁰⁸, para quienes la accesoriadad se presenta como una razón que permitiría atribuirle al partícipe como algo propio aquello que ejecuta de propia mano un tercero. En la misma sintonía teórica, ROBLES PLANAS ha propuesto realizar una distinción analítica entre el momento de la *fundamentación* de la intervención y el momento de su *calificación*⁴⁰⁹. Aquella sería una cuestión de imputación objetiva previa y analíticamente independiente a la decisión sobre la calificación de la aportación como autoría o participación, la cual dependería del valor del injusto individual para el conjunto colectivo del injusto del hecho.

El segundo problema crucial que se define en el ámbito de la norma de sanción y que afecta directamente a la función retrospectiva de la accesoriadad es el de la culpabilidad del interviniente. Esta no puede ser integrada sin más en la discusión sobre los elementos de la culpabilidad como presupuestos de la norma secundaria, tal cual se hace en los casos de autoría individual. Cuando se trata de un delito con división de tareas el principio de coincidencia entre hecho y culpabilidad parece desdibujarse, pues frecuentemente el partícipe interviene antes de la ejecución, se desentiende de ella y, llegado el momento del delito, puede que se encuentre lejos del lugar del hecho, durmiendo, etc., ignorando completamente la actualización típica de su actividad. Resulta difícil no preguntarse aquí cómo se le reprocha al partícipe un hecho en el que él no solo ha estado ausente, sino que desconocía también su realización o efectiva configuración. ¿Acaso la culpabilidad ha de reconducirse a la primera fase en la que el partícipe intervino o ha de tomarse en cuenta el momento de la ejecución? Sobre esto, debido a su trascendencia central para la investigación, me ocuparé exclusivamente en el próximo capítulo.

5. Consecuencias sistemáticas

⁴⁰⁵ “La creación del riesgo debe realizarse en el resultado de complicidad, esto es, en la comisión del hecho principal”, MURMANN, *Revista del Poder Judicial*, nm. 53, 1999, p. 160.

⁴⁰⁶ Véase capítulo III.

⁴⁰⁷ En particular JAKOBS, *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 109 ss.; EL MISMO, *FS-Lampe*, 2003, pp. 563 ss.; EL MISMO, *FS-Puppe*, 2011, pp. 547 ss.

⁴⁰⁸ LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, p. 307.

⁴⁰⁹ ROBLES PLANAS, *InDret*, 2/2012, pp. 1 ss., 18.

5.1. Accesoriedad prospectiva

5.1.1. El injusto de la participación

La antijuridicidad de un comportamiento se analiza desde un doble punto de vista. Formal, en lo que respecta a la contradicción con las disposiciones que integran el orden jurídico, y material, en relación con su contenido lesivo para las relaciones jurídicas protegidas⁴¹⁰. Aunque la dimensión formal de la antijuridicidad no es graduable, sí lo es la dimensión material, es decir, la lesividad del comportamiento⁴¹¹. El agente revela su déficit de lealtad al derecho cuando externaliza un comportamiento con sentido delictivo que desborda su perímetro de libertad primordial. Este *output* defectuoso en los supuestos de división de tareas puede presentarse antes o durante la ejecución. Aunque por razones evidentes no puede realizarse un tratamiento *in extenso* de la antijuridicidad penal, lo que ahora interesa poner de relieve es que, frente al estatuto similar de la antijuridicidad formal de la intervención en ambos grupos de casos —actividad de participación previa y concomitante a la ejecución— cabe oponer la graduabilidad inherente a la antijuridicidad material, para ser más exactos, la lesividad del hecho⁴¹².

El grado de avance del proyecto delictivo modifica la valoración jurídica del hecho del interviniente, es decir, su lesividad. El contenido material del hecho no solo gradúa el injusto de acuerdo con su gravedad para obtener su correspondiente expresión en la determinación de la pena, sino que, en la intervención, además permite prescindir de ella si no se alcanza un determinado umbral. Cuando el partícipe se autopostula inmediatamente en un contexto delictivo actual también realiza el tipo, pues este es el que se encuentra operando como directiva de comportamiento para todo el colectivo. Por ejemplo, en relación con la figura del homicidio, el mensaje al partícipe se formula categóricamente en presente indicativo cuando el autor se dispone inmediatamente a clavar el puñal en el vientre de la víctima y les exhorta a ambos no matar. Si el partícipe se adapta a esa afectación actual que es, al menos, una tentativa de delito, entonces la perforación del derecho subjetivo de la víctima será lo suficientemente lesiva como para justificar el recurso a la drasticidad de la pena.

Por el contrario, si el homicidio todavía no tiene lugar como afectación típica de una esfera jurídica, entonces el blindaje del tipo penal a través del principio del hecho, abre el espacio de juego a las normas de la participación. El mensaje de la norma se formula expresamente

⁴¹⁰ Véase en profundidad MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 23 ss.; MIR PUIG, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP*, 1988, pp. 661 ss.

⁴¹¹ En términos generales se aprecia una doble perspectiva de análisis entre “una concepción objetivo-material-*ex post* (delito como lesión de un bien jurídico) y otra subjetivo-formal-*ex ante* (delito como infracción de un deber) de la antijuridicidad [...] La conclusión es una concepción mixta (o dualista) de la antijuridicidad en la que se suman el desvalor de la acción (entendido como desvalor de la intención) y el desvalor del resultado (lesión de un bien jurídico)”, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 622 s., con más referencias.

⁴¹² MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 57 ss. aclara que, en rigor, no se trata de que la antijuridicidad formal sea absoluta y la antijuridicidad material graduable, pues lo único susceptible de graduación sería su elemento central, esto es, la lesividad.

para estas situaciones pre-ejecutivas de afectación *no-típica* y reza: “no generes las condiciones materiales o motivacionales para la ejecución de un homicidio”. Aquí también el mensaje es categórico y en presente indicativo, pero se le adiciona un complemento circunstancial de finalidad, el cual no es sino la gramaticalización del registro prospectivo del principio de accesoriadad. El interviniente antes de la ejecución afecta *no-típicamente* el derecho subjetivo a la disposición segura del objeto del bien jurídico, al mismo tiempo que genera un riesgo de lesión típica futura. Esta actuación pre-ejecutiva antinormativa formal y materialmente, como regla general, no será considerada lo suficientemente lesiva para justificar la drasticidad de una pena, no obstante, existan casos —delitos graves— en las que algunos códigos penales consideren a esta forma elemental del proceso ejecutivo acreedora de una sanción formal.

Aunque piensa en casos de “daños sobrevenidos posteriormente” [*Spätschaden* o *Folgeverletzungen*] al considerar que la destrucción inmediata de un bien no puede estimarse sin más jurídicamente equivalente a su destrucción mediata, SILVA SÁNCHEZ realiza una lectura de aquella problemática que es útil a esta investigación⁴¹³. Detrás de la respuesta a por qué no es lo mismo matar de modo inmediato a un niño que realizar una conducta que le producirá la muerte veinte años después, se encuentra una valiosa coordenada. En lo que ahora interesa, la pregunta consiste en si (y por qué) no es lo mismo entregar el arma homicida al autor en el momento mismo que se dispone a ejecutar a la víctima, que hacerlo en un momento anterior cuando no existe un peligro directo para su vida. Es decir, por qué frente a un mismo disvalor de acción, en un caso es necesario recurrir a la sanción para instruir al agente del carácter no universalizable de su máxima y en otro, puede esperarse un poco más (o reaccionarse más levemente). SILVA SÁNCHEZ advierte que los daños sobrevenidos posteriormente no afectan a la causalidad ni a la imputación objetiva —perfectamente subsistentes—. Lo mismo podemos decir de los supuestos de intervenciones previas y concomitantes. En ambos casos subsiste una relación de causalidad y no cabe hablar de una ruptura de la relación de imputación objetiva. Entonces ¿en qué repercute el factor temporal? La diferencia consiste en el contenido de injusto del hecho.

Esta idea se corresponde con la distinción kantiana “entre lo que solo *formaliter* es injusto y lo que es injusto también *materialiter*”⁴¹⁴. La lesividad material del injusto de la participación antes de la ejecución radica en el peligro de generar las condiciones para la realización del tipo y en el menoscabo de la plena disposición del derecho subjetivo; mientras que, si se trata de intervenciones concomitantes, el injusto material de la participación consiste en el más grave desprecio típico de la relación jurídica entre el colectivo y la víctima. En la intervención previa al tipo existe un significante abierto en tanto expresión de sentido. Como tal requiere todavía insertarse en una red estructurada de significado. En los casos de intervenciones concomitantes, por el contrario, no se presenta un intervalo relevante entre acción y

⁴¹³ SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, p. 66.

⁴¹⁴ Así KANT, *Metaphysik der Sitten*, p. 307, citado por RENZIOWSKI, *GA*, 2007, p. 568.

resultado. El partícipe se autopostula como tal en un contexto delictivo actual integrándose su actividad a la lesión típica.

Si la antijuridicidad se identifica con la contrariedad a la norma, entonces el contenido de esta refleja la valoración jurídica del hecho en la situación definida por la norma para sus destinatarios⁴¹⁵. Así, en la intervención delictiva, el contenido de la norma varía en función de la actualidad o no actualidad del contexto delictivo, lo que se refleja en su contenido. En este caso será no ayudes/no motivos, y en aquel será no ejecutes. Pero ni una ni otra situación determina la calidad de autor o partícipe del agente, en tanto antes de la ejecución pueden actuar tanto co-autores como partícipes y en la ejecución también pueden hacerlo ambos tipos de intervinientes. No se trata de que el injusto de la participación anterior a la ejecución no sea tal, es decir, que sea un acto preparatorio desprovisto de sentido delictivo (antijuridicidad formal), sino que es *menos* lesivo debido a la contingencia de su concreción en una lesión típica.

“La lesión del bien jurídico no es (solo) el daño externo de un *objeto* del bien jurídico, como por ejemplo el exterminio de una vida concreta o la merma del bienestar corporal de una determinada persona. El bien jurídico no se debe contemplar como bien material (como objeto del bien jurídico), sino que es una estructura de relación entre las personas configurada jurídicamente. *La lesión de esta relación jurídica, en la que cada uno reconoce al otro como libre e igual (relación de reconocimiento), es el injusto, (el fundamento del castigo) de la complicidad*”⁴¹⁶.

El injusto del partícipe debe buscarse en el momento en el que el agente desconoce la norma, es decir, en el momento en el que demuestra su déficit de lealtad al Derecho (desconocimiento de la relación vertical con la directiva de conducta promulgada por el Estado), dejando salir fuera de su ámbito de organización un curso causal peligroso que irrumpe en una esfera de organización ajena (desconocimiento de la relación horizontal con el derecho subjetivo de la víctima)⁴¹⁷.

En los casos de intervenciones pre-ejecutivas se trata del peligro inherente a una actividad que no solo demuestra el desprecio por el derecho subjetivo del ciudadano en el plano ideal, sino que en el plano material se preordena a una realización típica y, por ello, significa una mengua en las facultades de disposición sobre el derecho⁴¹⁸. En los casos de intervenciones concomitantes a la ejecución, sin embargo, el partícipe se integra en una red de sentido cerrada, allí ya no existe una afectación no-típica y contingente del derecho del titular del bien jurídico, sino una afectación actual y necesaria. El partícipe toma parte en una lesión típica. La lesividad de su injusto, en consecuencia, es *mayor* y habilita a la aplicación de la

⁴¹⁵ Sigo la tesis de la correspondencia entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material. Véase en detalle MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 56 ss.

⁴¹⁶ MURMANN, *Revista del Poder Judicial*, nm. 53, 1999, p. 156 (la negrita me pertenece).

⁴¹⁷ En esta línea RENZIKOWSKI, «Normbegründung», *disertación*, 2013, p. 16 (detalladamente, *infra*).

⁴¹⁸ La víctima tiene también frente al cómplice (y no solo frente al autor) la pretensión de que respete su esfera de libertad, lo que en la práctica significa que esta no debe quedar expuesta a un riesgo seguro. Así MURMANN, «Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal», *Revista del Poder Judicial*, nm. 53, 1999, p. 158.

norma de sanción⁴¹⁹. Finalmente, la menor antijuridicidad material de la intervención previa puede explicarse también debido a su menor riesgo de lesión típica⁴²⁰ —algo que ya se ha anticipado al hablar sobre su contingencia—. En primer lugar, a diferencia de la autoría mediata, en la que se trata de un instrumento, en la participación se pacta con un agente autorresponsable que impide controlar con un mayor grado de certeza la producción del resultado. En segundo lugar, el intervalo de tiempo relevante propio de los procesos ejecutivos en el tiempo, posibilita, al menos en teoría, la aparición de cursos causales salvadores dirigidos a evitar el avance del proyecto delictivo⁴²¹.

5.1.2. La secuencia existente en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo

Una norma de conducta es una imagen intelectual con un determinado sentido prescriptivo, el cual solo puede ser puesto en tela de juicio mediante la expresión de un contrasentido⁴²². Por ello la relación del infractor con la norma necesariamente admite grados⁴²³. No puede pensarse la relación del ciudadano con la norma a través de un lenguaje binario compuestos de ceros y unos. En efecto, en las intervenciones realizadas en el estadio previo a la ejecución ya se está frente a un contrasentido: un actuar individual que transmite una imagen fragmentada del hecho que es tomada en serio en tanto externalización antinormativa —aunque todavía falte un presupuesto para su sanción—. El puñal puede estar todavía fuera del vientre e igualmente existir un comportamiento contrario a Derecho.

La persona cuando *actúa* expresa un determinado sentido que será comprendido por otros. En nuestro dominio, el sentido de este comportamiento puede coincidir con el tipo penal o puede no hacerlo. Si se habla de participación, lo primero sucede cuando el agente se inserta inmediatamente en un contexto delictivo actual (intervención concomitante). Mientras que, lo segundo, puede hacer referencia a un supuesto de prohibición de regreso (a-tipicidad de un comportamiento causalmente relevante) o a una hipótesis de actuación a la distancia (antinormatividad *no-típica* del comportamiento), es decir, intervención pre-ejecutiva. En este último caso, al tratarse de un suceso perceptible que se desarrolla en el tiempo y en el espacio,

⁴¹⁹ La mayor o menor proximidad del resultado influye notablemente en la peligrosidad objetiva de la acción. Así FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986, p. 397.

⁴²⁰ En términos generales véase SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, pp. 67 s.

⁴²¹ Si bien es cierto que la extensión en el tiempo de un determinado proceso delictivo generalmente obedece a su mayor complejidad, oportunismo, magnitud de la lesión pretendida, etc., lo cierto es que esta específica aparición fenoménica también expone el proyecto a los infortunios propios de un devenir demorado. Por ej. piénsese en imprevistos materiales, delaciones, discordias internas, etc. Circunstancia que también habla a favor de la distinta valoración de la antijuridicidad.

⁴²² Con otras palabras, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 11.

⁴²³ “La impresión perturbadora del Derecho concurre ya en la fase preparatoria y se va incrementando continuamente hasta la consumación”, ROXIN, *AT*, 2006, § 29/101. “Cada hecho humano cobra vida, no de un modo inmediato, sino a través de un proceso. Los diferentes hechos constitutivos de delito no pasan, sin momentos intermedios, de la nada al ser: por el contrario, su realización recorre una serie de estadios o fases, atraviesa, en definitiva, un camino”, COBO/VIVES, *Derecho penal Parte General*, 5ª ed., 1999, p. 711.

la norma de la participación —como esquema de explicitación conceptual de la relación del interviniente con la afectación típica proyectada— presenta determinadas peculiaridades⁴²⁴.

Aproximémonos a la especificidad de la relación del partícipe con la norma de comportamiento en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo con un ejemplo de otro dominio. *Mujer lanzando una piedra* es un óleo sobre lienzo del periodo surrealista de PICASSO cuyo análisis aplicado puede ser útil. En esta pintura aparecen formas orgánicas de trazo simple que dan a entender que se está frente a la figura fragmentada de una mujer arrojando una roca, las cuales, en función de los parámetros de una reproducción realista, retratan la escena de una manera grotesca y desfigurada. Sin embargo, esta misma distorsión transmite inmediatamente la idea de una “mujer lanzando una piedra”, la “forma externa” de la figura. Una lectura estrictamente homóloga puede realizarse de la intervención previa al comienzo de ejecución: el partícipe que entrega un puñal al autor y abandona el devenir de su intervención no ha comenzado a matar en el sentido del tipo penal del homicidio, sin embargo, con esta conducta expresa algo que, si bien no alcanza a ser *una reproducción realista* del “apuñalar a la víctima”, ya constituye la primera “forma externa” del proyecto colectivo⁴²⁵.

Tal como sucede con una pintura, la norma de comportamiento es una expresión que solo adquiere sentido cuando existen dos partes, es decir, cuando se establece un verdadero canal comunicativo en el que fluye un mensaje. Sin embargo, en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo, el contenido del particular mensaje del partícipe adquiere claridad gradualmente. El partícipe abstrae la forma típica del objeto al que dirige su actividad y el observador —la víctima y el Estado— reconocen el tema de su actuar por su forma elemental. La elementalidad de la representación inherente a la intervención en la fase previa todavía no es una unidad de sentido, pero ya dice dos cosas. Por un lado, que el partícipe no se encuentra en el espacio de juego de los actos preparatorios: al perder el control de un curso causal peligroso cruza el ámbito interno de libertad primordial reconocido al ciudadano por el Derecho. Su conducta de participación proyectada —en tanto tentativa acabada de intervención— es antinormativa. La forma externa de la contribución del partícipe, si bien grosera y fragmentada, es peligrosa, material y comunicativamente por haber salido de la esfera de control del agente y por preordenarse a una ejecución *por-venir*. El partícipe abstrae la forma típica del objeto al que dirige su actividad y el observador (la víctima, el Estado y el juez) reconocen el tema de su actuar por su forma elemental. Por otro lado, si bien las contribuciones en el estadio previo a la ejecución ya tienen una forma externa relevante jurídicamente y comunican un desconocimiento de la esfera de libertad ajena, la posibilidad de que estas no se actualicen típicamente en manos del tercero lleva al legislador —como

⁴²⁴ “Las normas jurídicas no son entidades abstractas sin vida, sino realidades sociales que se producen en un determinado tiempo y lugar. Los hechos regulados por las normas también son fenómenos históricos que entran en contacto con las normas en un momento dado”, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático*, 1994, p. 95.

⁴²⁵ También para JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 43 ya en el estadio previo “la conducta tiene una forma normativamente acuñada” que él identifica como la *infracción de una incumbencia* que fundamenta una posterior imputación del injusto.

regla general— a valorarlas individualmente como insuficientes para la aplicación de la norma de sanción⁴²⁶.

La intervención en la fase previa, es la primera representación externa jurídicamente relevante del proyecto colectivo que, aunque no coincide exactamente con el detalle de la obra final, implica para el partícipe la infracción de su norma de conducta individual. Así como la grotesca representación de PICASSO *no es* una mujer lanzando una piedra —ni siquiera una representación realista—, tampoco el partícipe que entrega un puñal está matando, sin embargo, está expresando el proyecto delictivo en sus trazos fundamentales y debe ser tomado en serio a pesar de todavía no haberse producido el resultado de su acción de tentativa. El legislador considera peligrosa esta expresión de sentido tanto en el plano comunicativo como en el plano material, y por ello ha creado las normas que prohíben la cooperación y la inducción⁴²⁷.

Si la imagen/conducta es elemental en su forma externa (la *mujer lanzando una piedra* o el partícipe entregando un arma en *fase uno*), pero ya representa un significante con un sentido delictivo inequívoco, se tendrán los elementos suficientes para descartar un acto preparatorio y afirmar una acción de intervención. Ahora bien, si la representación ya no es elemental, sino que se presenta como *detallada y fiel*, aunque no real⁴²⁸, tendremos el resultado de la acción de tentativa y, por lo tanto, una imagen completa de la infracción de la norma en grado de tentativa: el autor disponiéndose inmediatamente a clavar el puñal en el vientre de la víctima en *fase dos*. Por último, si ya no se está frente a una representación más o menos fiel, sino frente a *una mujer de carne y hueso lanzando una piedra* o frente a la víctima que yace con el puñal clavado en su vientre, lo que se tendrá será un delito consumado. Aquí se aprecia el resultado *real* que el legislador busca evitar mediante la operación articulada de la norma primaria y la norma secundaria.

A su vez, si se lleva hasta sus últimas consecuencias este orden de ideas, incluso puede tenerse menos que una conducta antinormativa, pero ya huellas del contrasentido que se aproxima. Imagínese ahora no ya la pintura de *Mujer lanzando una piedra*, sino la idea de la obra en la cabeza de PICASSO los meses previos a su creación, sus bocetos inmediatos, la selección de los pinceles o la preparación de los óleos. En este último caso, ni siquiera se cuenta con una representación externa relevante comunicando que “algo (peligroso) se está pintando (tramando)”, sino simplemente con un acto preparatorio *íntimo*⁴²⁹ que permanece en el fuero

⁴²⁶ Puede ser cierto que, como alegan los causacionistas autónomos, existan razones de justicia material para reprimir las intervenciones previas al comienzo de ejecución independientemente del inicio de la realización del tipo a manos del autor. Sin embargo, no es menos cierto que el legislador no ha optado por esta solución y ha decidido esperar un poco más en el desarrollo del suceso lesivo.

⁴²⁷ En esta línea, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 125; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 224, 227 ss.; HERZBERG, *GA*, 1971, pp. 1, 6 s.

⁴²⁸ Piénsese en una fotografía de una mujer lanzando una piedra o, tomando otro ejemplo del dominio artístico, en una obra hiperrealista como la que LÓPEZ GARCÍA titula *Mujer en la playa* (1959).

⁴²⁹ Pero un acto preparatorio no solo abarca pensamientos, ideas y deseos *íntimos*, sino también conductas *éxtimas* fenotípicamente exteriorizadas que se encuentran bajo el dominio del autor. Sobre ello en detalle, *infra*.

interno del agente⁴³⁰. En efecto, la ley penal no es sencillamente una amenaza de pena, sino que ella anuncia la pena como secuencia de responsabilidad, haciéndose previsible, para el infractor, la clase de reacción frente a su injusto.⁴³¹ Esta secuencia tiene implicaciones fundamentales en los límites del deber de renuncia y el desistimiento del partícipe. Esta interpretación no es tan extravagante como podría parecer y en una serie rezaría más o menos así:

- Formas abstractas → actos preparatorios permitidos.

[¡no partícipes!]

- Representaciones elementales peligrosas → participación prohibida.

[¡renuncia!]

- Representaciones detalladas muy peligrosas → tentativa de delito.

[¡desiste!]

- Representaciones reales → consumación.

[¡paga!]

Este esquema puede explicarse del siguiente modo. Una primera regla prescribiría: “¡No partícipes! Trama lo que desees, pero no lo exteriorices peligrosamente en manos de un tercero”⁴³². En ella se condensa la incómoda tolerancia de la libertad del ciudadano a coquetear con un proyecto delictivo, al mismo tiempo que se explicita su anverso, la advertencia abstracta y general de la norma penal de mantener bajo control el desprecio íntimo por el Derecho. El mensaje de la pena como intimidación general es para el ciudadano infractor el anverso del reconocimiento de aquel espacio de libertad primordial jurídicamente garantizado para el ciudadano fiel al Derecho. Ahora bien, si el agente avanza un poco más y externaliza un curso causal peligroso, ya no alcanzará para motivarlo el mensaje *mudo* de la pena subyacente a la norma de comportamiento. En rigor, a la primera manifestación de la prohibición, ¡no partícipes!, al menos en los casos de procesos ejecutivos dilatados en el tiempo, subyace una exhortación de segundo y tercer nivel: ¡renuncia! y ¡desiste!

⁴³⁰ Si bien es cierto que “ya en los actos preparatorios con objetivo claro se expresa una decisión de actuar”, ROXIN, *AT*, 2006, § 29/93, no es menos cierto que en el marco de mi planteamiento, tal resolución si permanece dentro de la esfera de control del agente todavía no puede ser arrebatada por el Derecho penal.

⁴³¹ Véase ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal» en *Límites al Derecho penal*, Barcelona, 2012, p. 40.

⁴³² “La transformación solo se produce cuando el pensamiento resolutivo se traduce en acciones externas ejecutivas. El mero pensamiento no exteriorizado es por sí incapaz de transformar la realidad, pero en la medida en que el sujeto se encuentre en condiciones de desarrollar su plan, el peligro procede exclusivamente de la voluntad. Según ésta lo que se va transformando en hecho externo es la propia acción objetiva, la que va independizándose de la voluntad hasta que llega un momento, que coincide con la tentativa acabada, en que el hecho adquiere autonomía y se hace independiente de la voluntad del sujeto”. MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 745 s.

Después del primer punto de *cesura*⁴³³, la representación del agente, a pesar de ser elemental, es tomada en serio como contradicción con la norma. El legislador realiza una ponderación estructuralmente similar a la llevada a cabo para dejar fuera de su órbita de acción a los actos preparatorios, pero esta vez siendo menos benevolente. El orden jurídico ya no le permite al sujeto tramar algo peligroso y dejarlo en manos de un tercero. Aquí la pena también comunica algo con su lado *mudo*, aunque a diferencia de su modo de operar sobre los actos preparatorios, no es una intimidación general que le atañe al agente de modo transversal, sino una advertencia que se concreta individualmente: “¡Renuncia! Si has tramado algo peligroso y has perdido el control sobre ello, corre a revocar *tu* intervención antes de que se actualice típicamente en manos de un tercero”.

No obstante, esta planificación delictiva exteriorizada si bien infringe la directiva de comportamiento de las normas de la participación en la Parte general del Código penal, no habilita todavía la aplicación de la norma de sanción, sino únicamente a la irrupción en la esfera de organización del cooperador o el inductor en tanto defensa de la plena disposición del derecho subjetivo de la víctima. La autoridad estatal ya está legitimada para resolver el conflicto a costa del interviniente. Por último, si cooperador e inductor no escuchan esta exhortación y el proyecto delictivo alcanza el estadio ejecutivo (segundo punto de cesura), será necesario exigirles un poco más: “¡Desiste! Si tu intervención se ha vuelto demasiado peligrosa a manos de un tercero, no basta con que te lleves lo tuyo, ahora debes frustrar el hecho colectivo, pues también te pertenece”. Aquí el hecho ha alcanzado un umbral de lesividad que demanda una reacción formal mediante pena. Finalmente, si el partícipe toma parte en un hecho delictivo ignorando las instancias de renuncia y desistimiento (consumación como tercer punto de cesura), la pena será impuesta materialmente para que no queden dudas de cuál es la pauta de orientación vigente conforme el ordenamiento jurídico⁴³⁴.

5.1.3. El grado de compromiso del partícipe con el proyecto delictivo

Los tres puntos de cesura que integran la secuencia normativa arriba explicitada revelan el compromiso gradual del agente con el avance del proyecto delictivo, a la vez que sellan el

⁴³³ Incorporo este término para explicar los momentos de corte que existen entre los diversos estadios de la progresión criminal. Desde un punto de vista estructural en los supuestos de autoría individual, WELP, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, p. 323 habla de cesura [*Zäsur*] para hacer referencia al descubrimiento que cierra la posibilidad de desistimiento libre, con sus diversas consecuencias antes y después de la tentativa acabada. La palabra cesura, deriva del latín *caesura* y significa cortar. En la lengua alemana la palabra *Zäsur* tiene una extensión más amplia que en la lengua española. En aquella, se utiliza en general para significar cualquier interrupción o quiebre que modifica un estado de cosas determinado.

⁴³⁴ “Por un lado, la infracción normativa, para “reclamar” la pena, deberá contener una perturbación normativa tal que requiera ser contradicha *expresamente*. Y, por el otro, deberá ser apta para producir consecuencias psico-sociales que requieran de una *demonstración* sobre lo razonable del mantenimiento de la norma como pauta de orientación social”, ROBLES PLANAS, «Dogmática de los límites al Derecho penal», *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 40.

sentido de su actividad y lo colocan en una específica posición de garantía⁴³⁵. Cada uno de estos momentos del *iter criminis* modifica el estatus normativo del interviniente. El primero de ellos es individual y cierra el perímetro de los actos preparatorios marcando el límite de la libertad primordial del ciudadano. En un Estado de derecho el acuerdo de varias personas para cometer un delito, como principio general, no está prohibido si no tiene efectos exteriores. Sin embargo, cuando el agente pierde el control sobre su conducta —aún antes de alcanzarse el estadio típico— externaliza el proyecto delictivo en sus trazos fundamentales infringiendo su norma de comportamiento individual⁴³⁶. El curso causal peligroso proyectado por el partícipe le interesa al orden jurídico, no para proceder a su sanción inmediata (aunque habrá casos excepcionales en los que así será), sino para identificar una bisagra objetiva entre lo interno y lo externo. Todavía no hay una conducta punible, pero sí una conducta antinormativa con determinadas consecuencias jurídicas.

Ciertamente, la accesoriidad es el anverso de la prohibición de regreso. A esta idea subyace una interpretación del principio *cogitationen poenam nemo patitur* que es ampliado a conductas exteriorizadas fenotípicamente que permanecen en la esfera de control del agente. Dicha perspectiva permite resolver casos grises de difícil ubicación entre la ideación, la preparación y la externalización⁴³⁷. Por ejemplo,

[caso 6] quien idea una maniobra de fraude de mercados y la comparte con su vecino pensionado, no externaliza peligrosamente la planificación delictiva; normativamente esta continúa en su esfera de control, pues el anciano totalmente ajeno al mundillo del mercado de valores difícilmente podrá concretarla por sí mismo. Ahora bien, si la maniobra es compartida con el compañero de la escuela primaria devenido agente bursátil nos hallaremos frente ante una conducta externalizada antinormativamente.

⁴³⁵ Como cabe imaginar, aquí reside una de las claves para determinar cuáles son los momentos individuales y cuáles son los momentos colectivos del injusto del partícipe.

⁴³⁶ Cuando JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 14, afirma que “el hecho de que el receptor del arma pueda, si así lo quiere, no utilizarla es tan irrelevante como el hecho de que quien entrega el arma tenga eventualmente la posibilidad segura de evitar su utilización” acierta en el primer tramo de su afirmación, pero yerra en el segundo, en cuanto la pérdida del control del riesgo de la intervención es el único criterio objetivo que permite trazar una línea entre las conductas permitidas y no permitidas desde una perspectiva normativa. De otro modo, debería afirmarse que antes de la ejecución todo está permitido. Ello podría ser un aliciente para valorar *ex post* conductas de favorecimiento que permanecieron como tentativas de intervención, pero no permitiría explicar las eventuales injerencias de la autoridad estatal y de la víctima en un hecho *no-típico*: los intereses jurídicos protegidos quedarían expuestos a un ataque inminente. Asimismo, se diluiría el efecto preventivo de las normas de la participación.

⁴³⁷ “El sentido delictivo es un dato objetivo que se desprende de la *configuración externa* de una conducta”, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 66, pero esta configuración externa no puede entenderse como una mera intención objetivada (ir a comprar el veneno a la ferretería), sino que debe a su vez ponerse en relación con los contornos de la norma de comportamiento. “El significado de los actos no debe regirse ni por el significado otorgado por el propio sujeto ni por el significado que intersubjetivamente creemos que el sujeto otorgó a sus actos, sino, esencialmente, por aquello que desde el punto de vista social (intersubjetivo) es significativo por sí mismo” (p. 66). En la misma línea, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 745 y MURMANN, *Revista del Poder Judicial*, nm. 53, 1999, pp. 164 ss.

Solo las externalizaciones normativamente desvaloradas son significativas por sí mismas⁴³⁸. El primer punto de cesura se traspasa entonces cuando el curso causal peligroso sale de la esfera de control del partícipe, esto es, con la acción de tentativa acabada de intervención. Acto seguido, nace en cabeza del partícipe el deber de renunciar al proyecto, lo que solo será posible antes de producirse una tentativa *irreversible* de intervención⁴³⁹. Debido a que todavía nos encontramos en uno de los momentos individuales del *iter criminis*, basta que con frustre su aportación o motivación.

El segundo punto de cesura afecta a todo el colectivo. Aquí el comienzo de ejecución enlaza las intervenciones de los intervinientes a través de una “totalización del significado”, presentándose como una estructura que atribuye un sentido delictivo preciso a la conducta de los agentes que intervienen en la fase previa a la tentativa. La intervención deja de ser una representación elemental y fragmentada para adquirir un sentido objetivo e inequívoco: la pistola *fue* entregada para amenazar, el veneno *fue* elegido para matar y el hacha *fue* comprada para lesionar. Esta es una de las características cruciales del registro retrospectivo de la accesoriedad: el comienzo de ejecución a manos del autor sella reflexivamente el sentido de la primera externalización del proyecto colectivo a manos del partícipe. Entonces, en este mismo momento, cuando comienza la tentativa punible para todos los intervinientes, se fija hacia atrás el significado de la intervención, “cosiéndose” la actividad del partícipe en *fase uno* a la ejecución del autor en *fase dos*. No bastará entonces con retirar la aportación o los motivos brindados para la ejecución, sino que el partícipe se deberá esforzar ahora en frustrarla en su totalidad.

El último punto de cesura, desde luego, se comprueba con la consumación del hecho delictivo. En este momento no solo se cerrará la posibilidad de una intervención concomitante, sino que, además, desaparecerá cualquier posibilidad de desistimiento. Lo que me interesa dejar en claro con esta secuencia es que en cada punto de cesura existe un compromiso radical del infractor con el proyecto delictivo que lo sella y lo hace avanzar un grado más, permitiendo fundamentar la imputación. Cada punto de cesura cierra una etapa del proceso ejecutivo y tiene consecuencias sistemáticas precisas en relación con la dogmática del desistimiento, la amplitud de los deberes de tolerancia y el sentido del hecho individual. En el primero [tentativa acabada de intervención], el partícipe se desentiende de un curso causal peligroso que le impide oponer frente al Estado o la víctima su perímetro de libertad

⁴³⁸ Así ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 66.

⁴³⁹ Una tentativa *acabada* no es equivalente a una tentativa *irreversible*. Esta última se produce cuando el agente supera la línea de no retorno que le impide volver sobre sus propios pasos y, por ende, renunciar o desistir. Explica MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 746 nota 245, con referencias bibliográficas a los autores de la Escuela de Bonn, que, aunque la tentativa acabada e irreversible suelen coincidir, no siempre lo hacen, pues puede existir un intervalo de tiempo relevante entre el momento en el que el autor termina su acción positiva y el momento en el que, si no lo impide, se produzca el resultado. En el *iter criminis* de la intervención, tal como se ha presentado, el partícipe infringe su norma de comportamiento cuando pierde el control del riesgo sobre un curso causal peligroso de favorecimiento o motivación que puede actualizarse típicamente en manos del autor en cualquier momento, lo cual, sin embargo, no implica que pueda volver sobre sus pasos y neutralizar su prestación antes de que ello suceda.

primordial; en el segundo [comienzo de ejecución], el partícipe deja pasar la última oportunidad para renunciar, esto es, (intentar) neutralizar su aportación o motivación antes de su actualización típica; y en el tercero [consumación], el partícipe deja pasar la última oportunidad de desistir, ya es demasiado tarde para frustrar el hecho colectivo.

5.1.4. Intervención pre-ejecutiva y participación en cadena

El registro prospectivo de la accesoriedad permite explicar la peligrosidad de la intervención pre-ejecutiva —como ya he puesto de relieve— y la participación en cadena [*Kettenteilnahme*], formas específicas de aparición del hecho punible en las que el agente interviene en un hecho típico futuro. En ambos casos el injusto culpable al que se dirige la actividad del partícipe es una valoración de un hecho en tanto norma promulgada en condiciones ideales, en virtud del cual puede construirse la norma primaria de la participación como abstención de realizar un acto peligroso por su preordenación delictiva. En particular, en relación con la participación en cadena, cuando el destinatario directo de la cooperación o inducción es otro partícipe, el modelo aquí defendido facilita pasar por alto por alto las estaciones intermedias a través de las cuales avanza el proceso ejecutivo y vincula normativamente al partícipe más alejado con el hecho principal. De estas cuestiones me ocuparé minuciosamente en el próximo capítulo de esta investigación.

5.1.5. Adelantamiento de la norma de sanción y “accesoriedad hipotética”

El principio general en materia de intervención criminal es la accesoriedad. No obstante, algunas legislaciones parecen contener excepciones al suprimir la actualización típica de la participación como presupuesto de la norma de sanción. Se trata de preceptos como los del § 30 StGB⁴⁴⁰ o el art. 17 del CP español⁴⁴¹, los cuales se refieren a conductas de complicidad o inducción a las que el legislador les atribuye una especial peligrosidad por preordenarse a la ejecución de un delito grave. Aquí el hecho principal no es un momento de automediación de la actividad del partícipe. La articulación entre norma primaria y norma secundaria es similar a la que se aprecia en los supuestos de autoría individual. La participación se convierte en una subespecie de delito —aunque como se verá no llega a ser tal— proyectada a una realización típica no acaecida que determina su marco penal. Estas disposiciones toleran una doble lectura, político-criminal (a) y sistemática (b).

⁴⁴⁰ Con esta disposición se castiga conforme la figura de la tentativa, pero con una pena atenuada, a quien intente determinar a otro a cometer un crimen o inducirle a ello, así como a quien se declare dispuesto, quien acepte el ofrecimiento de otro o quien con otro concierte para cometer un crimen o inducir a él.

⁴⁴¹ El art. 17 CP establece que la conspiración y la proposición para delinquir solo se castigarán en los casos especialmente establecidos en la ley (delitos graves). A su vez, establece que aquella se presenta cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo, mientras que la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él.

a) La justificación político-criminal del adelantamiento de la barrera de punibilidad a conductas que no alcanzan el umbral típico de lesividad es objeto de controversia. En ella, *grosso modo*, la doctrina se divide entre quienes la rechazan de plano y quienes las admiten intentando acotar su radio de alcance. Los primeros, argumentan que disposiciones de este tipo resultan problemáticas desde el punto de vista del Estado de Derecho⁴⁴². Entre los principales argumentos, se alega la vulneración de los principios de proporcionalidad y determinación. A ello se agrega que la preponderancia de la actitud interna del agente sobre su lesividad objetiva significaría un atentado contra los límites establecidos por el principio *cogitationen poenam nemo patitur*⁴⁴³. Por su parte, los autores que intentan fundamentar —y en la mayoría de los casos simultáneamente limitar— el adelantamiento de la sanción en estos casos, lo hacen con base en dos argumentos⁴⁴⁴. En primer lugar, se hace referencia a que el inductor y el cómplice ponen en marcha un curso causal demasiado peligroso ya no dominable. En segundo lugar, se dice que entre autor y partícipe se generaría un vínculo de voluntades especialmente peligroso, basado en la mayor dificultad psicológica de renunciar a la resolución delictiva.

Cuando el legislador sanciona cláusulas como el § 30 StGB —o el art. 17 del CP español, aunque ciertamente de una manera más equilibrada⁴⁴⁵—, sin dudas está pensando con la lógica de la prevención. Esto, *per se* no es reprochable si se trabaja en el marco de lo estrictamente necesario, sin perder de vista que debe alcanzarse una síntesis con la lógica de las garantías individuales. El punto es que raras veces el legislador suele volver atrás cuando crea un precepto de esta índole⁴⁴⁶. Si se quiere entender la contingencia de la penalización de la antesala de la ejecución —existen códigos penales que no contienen cláusula alguna de este tipo en sus partes generales— debemos remitirnos al contexto histórico en el que el legislador se inclinó por esta opción. El caso alemán es el más paradigmático. El § 30 StGB

⁴⁴² Por ejemplo, véase JAKOBS, *FS-Yamanaka*, 2017, p. 11 nota 32; EL MISMO, *AT*, 1991, 25/1 ss., 27/1 ss.; EL MISMO, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW*, 97, 1985, pp. 771 ss.

⁴⁴³ “No se puede compaginar el reconocimiento de un ámbito interno con la punición de la tentativa de intervención por el § 30 StGB como acto preparatorio del delito», JAKOBS, *AT*, 1991, 25/1e. Especialmente claro cuando se pretende castigar en el § 30 StGB a quien “se declare dispuesto” a cometer un crimen.

⁴⁴⁴ Véase ROXIN, *AT*, 2006, § 28/5 y JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 65 I 2, ambos con más referencias y jurisprudencia.

⁴⁴⁵ En España, a diferencia de la ley anterior, el Código vigente establece un sistema de *numerus clausus*, incluyéndose la intervención punible en el tipo penal respectivo. CUELLO CONTERAS, *La conspiración para cometer el delito*, 1976, pp. 12 s., advertía en relación con el antiguo art. 4 del CP español que la “conspiración, proposición y provocación son figuras de tan diversa naturaleza que se hace difícil encontrar un fundamento dogmático que sea común a las mismas. En este sentido, lo único que las caracteriza es que en todas ellas se hace referencia a una pluralidad de personas de las cuales alguna, o algunas, exterioriza un *animus* delictivo (conspiración y proposición) o algo que lo pueda suscitar (conspiración, proposición y provocación), sin que representen grados diversos de una misma progresión criminal. De ahí que no haya unanimidad en la doctrina en cuanto a la naturaleza y situación sistemática”. En relación con el art. 17 CP español en su redacción actual véase, COBO/VIVES, *PG*, 1999, pp. 720 ss.; CAMPO MORENO, *Los actos preparatorios punibles*, 2000, pp. 33 ss.

⁴⁴⁶ La actual redacción del § 30 StGB y el art. 17 del CP español son reversiones de los antiguos § 49 a StGB y el art. 4 del CP, respectivamente.

fue llamado en su versión original *parágrafo Duchesne*, pues surgió en 1876 en el marco del conflicto entre la Iglesia y el Estado de Prusia como respuesta al ofrecimiento sin éxito de un belga llamado Duchesne al arzobispo de París para asesinar a Bismark⁴⁴⁷.

Como principio general, sociedades más liberales tendrán más accesoriadad, pues ello implica que se le atribuye una mayor potencia preventiva a la norma primaria como mecanismo de motivación previa a la drasticidad de la sanción penal; mientras que, sociedades menos liberales, por el contrario, serán proclives a disminuir el umbral de afectación relevante, independizándolo de la penetración típica a la posición jurídica de la víctima. Es decir, cuando se reduce el umbral de afectación típica hasta su proyección se pone de relieve la impotencia del Estado para motivar al ciudadano con la norma de comportamiento o las posteriores instancias de renuncia y desistimiento.⁴⁴⁸ No obstante, sistemáticamente de *lege ferenda* podrían reducirse los costes del castigo de las tentativas de intervención en el plano de las garantías, si se alcanzara una tipificación autónoma referida a cada tipo penal en la parte especial de los códigos penales⁴⁴⁹. Esto ya advertido por la doctrina alemana en relación con los innumerables problemas que causa la redacción desbordante del § 30 StGB⁴⁵⁰, puede apreciarse en diversos códigos penales que han seguido este camino. Se trata, al fin de cuentas, de acotar la amplitud de tales preceptos. Sin embargo, a pesar de estas consideraciones críticas no debe perderse de vista que muchas veces los códigos penales que no poseen cláusulas de adelantamiento de la barrera de punibilidad acaban elevando a la categoría de delitos de peligro abstracto las intervenciones peligrosas, proceder que sería correcto siempre que no se equiparara su contenido de injusto con el del hecho principal al que se dirigen⁴⁵¹.

b) Desde el punto de vista sistemático, se admite unánimemente que el § 30 StGB —pionero en abrir camino a este tipo de disposiciones en los códigos penales occidentales— no es un tipo autónomo al estilo de las disposiciones de la Parte especial⁴⁵². Por el contrario, hoy suele

⁴⁴⁷ Sobre la historia del nacimiento de este precepto, véase BECKER, *Der Strafgrund der Verbrechenverabredung*, 2012, pp. 16 ss.; BUSCH, *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49 a StGB*, 1964, pp. 47 ss.; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht* (1930), t. II, 2001, p. 488.

⁴⁴⁸ Salvando las distancias, el primer supuesto de adelantamiento de la barrera de punibilidad podemos encontrarlo en el Antiguo testamento. En el decálogo se comprueba cómo la Ley no solo condenaba el adulterio o el hurto, sino antes, el codiciar a la mujer del prójimo o el desear su propiedad. Conducta interna que se equiparaba con la comisión misma del hecho. Cabe decir que estas normas surgen por diferenciación en un pueblo que se encontraba, conforme el relato bíblico, atomizado y sumido en la anarquía. Está claro entonces, el paralelismo que pretendo trazar: sociedades más liberales y seguras en cuanto a su identidad podrán motivar a sus ciudadanos con medios menos drásticos antes de llegar a la pena; sociedades menos liberales y más débiles frente al fenómeno delictivo serán más proclives a echar mano de la pena como principal mecanismo de estabilización normativo.

⁴⁴⁹ Con todo, este es un camino espinoso. En particular y con más referencias véase, PUSCHKE, «Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito», *InDret*, 4/2010, pp. 12 ss.

⁴⁵⁰ En detalle JAKOBS, *ZStW*, 97, 1985, pp. 751 ss.; EL MISMO, *AT*, 1991, 27/1 ss.

⁴⁵¹ Lo cual no suele suceder, y así se genera un problema poco advertido para el principio de proporcionalidad de las penas.

⁴⁵² En las primeras décadas de su vigencia, el entonces § 49 StGB se entendió como una disposición penal independiente, perteneciente por su contenido a la Parte especial. Esto ya no se puede sostener hoy

hablarse de una suerte de punición autónoma de distintas formas de intervención⁴⁵³, en las que faltaría la accesoriedad propia de la participación⁴⁵⁴ o, en todo caso, ella sería únicamente hipotética⁴⁵⁵. Mi planteamiento permite explicar sistemáticamente disposiciones de este tipo de una manera sencilla, aunque ello no alcance para penetrar el nivel de la fundamentación político-criminal del precepto. En efecto, en estos casos existe una actividad antinormativa de intervención, un *output* defectuoso considerado especialmente peligroso, frente al que el legislador decide no esperar hasta su actualización típica para proceder a su sanción. Esto, desde luego, no es novedoso. Sí creo que lo es, no obstante, el afirmar que incluso en estos casos se aprecia una verdadera accesoriedad externa que no es inexistente ni hipotética⁴⁵⁶. “Diese finale Akzessorietät gehört zur Ebene der primären Verhaltensnorm”⁴⁵⁷. Solo a través de este entendimiento puede salvarse la “inconsecuencia sistemática” apreciada por parte de la doctrina⁴⁵⁸ frente a lo que sería una accesoriedad inexistente o hipotética que, al asociar sin más las disposiciones que adelantan la barrera de punibilidad con la participación cuando no existe un hecho principal, conducirían a un delito autónomo, pero referido a una tipología y penalidad externa.

Ello no solo se explica en que la antijuridicidad de la actividad de intervención en estas disposiciones se mide en función del hecho principal, tal cual lo revela la conminación penal enlazada a la figura de la Parte especial⁴⁵⁹, sino que, su ubicación en la Parte general de los códigos penales habla a favor de entenderlos como sanciones de conductas de participación,

en tanto el actual § 30 StGB no posee una escala penal autónoma, sino que toma como referencia al tipo penal en el que se pretende intervenir. Ampliamente, sobre el entendimiento del § 49 StGB como un delito *sui generis* basado en la idea de una lesión a un bien jurídico autónomo, LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung, Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, 1972, pp. 211 ss.

⁴⁵³ En detalle LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, 1972, pp. 24 ss. Más modernamente, ROXIN, *AT*, 2006, §§ 28/9 ss.

⁴⁵⁴ Así ROXIN, *AT*, 2006, § 28/2. Lo afirma también, KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat*, Escrito de habilitación (inédito), 1998, p. 51, al hacer referencia a las eventuales contradicciones del modelo limitado de la accesoriedad en el proyecto alternativo de 1969 [*Alternativ-Entwurf*].

⁴⁵⁵ Así JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 65 I 3; POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, 2011, pp. 33 s.; LOOS, «Dogmenhistorische Bemerkungen zum Rücktritt vom Versuch», *FS-Jakobs*, 2007, p. 360 (quien hace referencia a una accesoriedad potencial [*potentielle Akzessorietät*]).

⁴⁵⁶ En términos generales, estaban en lo cierto M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, pp. 396 s.; BELING, *Methodik der Gesetzgebung*, 1923, p. 97 y BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, p. 1, entre muchos otros, cuando afirmaban que la accesoriedad no es “producto de la ley”, sino que ella se encuentra en la naturaleza misma de la participación. Esta “accesoriedad lógica” cuya esencia consistiría en una vinculación necesaria de la inducción y la complicidad con el hecho principal, no podría ser eliminada por ninguna legislación. Desde luego, la cuestión reside en normativizar esta accesoriedad para concebirla como algo más que un vínculo de dependencia fáctico entre autor y partícipe.

⁴⁵⁷ RENZIOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 53/1, aunque no refiriéndose específicamente a este grupo de casos.

⁴⁵⁸ Así DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, p. 139.

⁴⁵⁹ “Puesto que la participación se enlaza con un determinado hecho principal, ella es un concepto de referencia que depende del correspondiente tipo delictivo”, RENZIOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 50/8.

con todo lo que ello implica⁴⁶⁰. El giro consiste en trabajar con el primer registro de la accesoriedad. No puede concebirse la necesidad de pena en relación con un injusto de intervención antes de su actualización típica si no se lo proyecta a un hecho principal. El hecho que tiene en perspectiva el inductor es el que dota de una peligrosidad intolerable a su comportamiento. Lo que la doctrina llama accesoriedad hipotética, en rigor es el primer registro del principio de accesoriedad, presente en todos los casos de intervención que no sean elevados a tipos autónomos en la Parte especial del Código penal. Es el registro prospectivo de la accesoriedad el que permite predicar que una determinada conducta, que todavía no consiste en una lesión típica de la posición jurídica de la víctima, es peligrosa, tomando como referencia el hecho futuro al que se dirige. Que el legislador internalice esta prohibición haciéndola mucho más severa, valorando este umbral de peligrosidad como suficiente para justificar el recurso a la drasticidad de una pena, es una cuestión que excede al análisis sistemático y, por ende, al de esta investigación⁴⁶¹.

5.2. Accesoriedad retrospectiva

5.2.1. El resultado de la participación: sobre la accesoriedad como condición objetiva de punibilidad

La relación del partícipe con la norma de comportamiento primaria se define de manera individual, no mediada. Se trata de una *infracción personal* de la directiva de conducta dirigida al partícipe (ámbito de la antijuridicidad). El resultado de la infracción de la norma de comportamiento del partícipe a manos del autor, por su parte, pertenece al plano de la norma de sanción como presupuesto del castigo de la intervención (ámbito de la sancionabilidad). La concreción de la aportación o motivación prohibida se encuentra fuera del ámbito de la antijuridicidad de la participación, siendo necesaria para alcanzar el umbral de lesividad que presupone la norma de sanción. No obstante, en contra de lo que se podría imaginar, esto

⁴⁶⁰ No pueden ser equiparados los preceptos que independizan acciones de complicidad como delitos autónomos con aquellos que anticipan la barrera de punibilidad manteniendo una operación accesoría. En aquellos casos se admitirá la participación en su forma tradicional, en estos últimos solo será posible apreciar una participación en cadena. Correctamente aprecia JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 64 III 4, que los casos de complicidad autónoma (por ejemplo, el apoyo a asociaciones criminales en los §§ 129 I, 129 a III StGB) constituyen autoría, tratamiento que tendrá prioridad sobre la regulación de la participación.

⁴⁶¹ Puede pensarse que una conducta de ideación o planeación no siempre ha de ser considerada como normativamente no peligrosa, aun cuando fenomenológicamente permanezca en el fuero íntimo del individuo. Acertadamente, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 746 pone de relieve que “no es cierto que la nuda resolución delictiva no sea peligrosa para el bien jurídico. Es más, si efectivamente un hombre pudiera tomar resoluciones internas sobre su actuación futura no revocables por el mismo desde un punto de vista preventivo la adopción de una de estas resoluciones, acompañada por una situación propicia para su ejecución sería un dato ya decisivo para la actuación impeditiva de terceros e incluso para la emisión de normas prohibitivas dirigidas al sujeto actuante. La finalidad de la norma sería evitar la adopción de una resolución no revocable, y nada impediría —si pudieran adecuadamente superarse los problemas de prueba— sancionar estos hechos”. Como es evidente, detrás de estas consideraciones se encuentra el criterio de la pérdida del control del riesgo inherente a la intervención como momento crucial de la relación comunicativa entre el destinatario y la norma.

no significa asimilar automáticamente al resultado con una condición objetiva de punibilidad. Piénsese que el tradicional tratamiento de estas causas de exclusión de la pena las considera fuera del injusto y de la culpabilidad, sin exigir que el dolo del agente se refiera a ellas; lo único trascendente es su concurrencia objetiva, de modo que un error sobre las mismas sería irrelevante. El hecho principal en la participación, por el contrario, orienta la actividad del partícipe y permite predicar un determinado grado de peligrosidad de su acción individual.

Por otra parte, si bien la accesoriedad externa inicialmente produce la impresión de que el comienzo de ejecución funciona como una condición objetiva de punibilidad es algo más que ella, pues de su realización depende la específica figura típica en función de la cual se valora la magnitud concreta del comportamiento de intervención. Aquí radica tal vez uno de los grandes enredos que subyace a la búsqueda del fundamento del injusto de la participación: la doctrina mayoritaria al proponerse una dogmática de la ejecución inmediata olvida que detrás de ella se oculta un tejido teórico complejo. No se trata de un injusto de la participación mixto, en parte autónomo y en parte dependiente del injusto del autor, sino que presenta algunos momentos marcadamente individuales —que hasta en algunos casos llega a justificar el adelantamiento de la norma de sanción— y otros marcadamente colectivos —en tanto división de tareas—. Así, no es correcto desplazar el injusto de la participación a ninguno de sus extremos, sino descubrir la específica trama de su compleja dinámica. Si todo se decidiera en la acción individual y la ejecución solo jugara un papel al decidir sobre el *sí o no* de la aplicación de la norma de sanción, la participación debería presentar una escala penal propia e independiente de lo que sucediera luego con el proyecto colectivo. Como es evidente, esta no es la opción del legislador: el hecho individual del partícipe se enjuicia *ex post* tomando como referencia el hecho colectivo, en tanto descripción típica de una figura de la Parte especial del Código penal, en que se ha integrado. La ejecución colectiva a modo de boomerang vuelve hacia el interviniente desde adelante para determinar la magnitud de su actividad⁴⁶². El contenido de injusto de las acciones (u omisiones) de intervención se determina cuando el partícipe se desentiende de ellas, pero sus contornos —*qué tan malas son*— solo pueden definirse después de que se detone el hecho principal y las mismas se inserten en el proyecto común.

La ubicación sistemática del resultado fuera de la antijuridicidad del hecho del partícipe no lo neutraliza como tal⁴⁶³. La participación no acaba con el *poner-a-disposición* a modo de un delito de peligro⁴⁶⁴. El resultado en el plano de la norma de sanción dice mucho más que el *sí* y el *cuándo* de la reacción formalizada mediante pena. El resultado como tal expresa al colectivo y en consecuencia permite aprehender el sentido social de la intervención. Cuando el interviniente no-ejecutor entrega el arma de fuego al ejecutor no solo coloca una causa del

⁴⁶² Con su acción de cooperación o inducción el partícipe postula su propio contenido de injusto y el comienzo de ejecución del hecho colectivo totaliza retroactivamente su actividad.

⁴⁶³ “No se trata de negar la necesidad del resultado, pero este elemento debe encontrar un lugar sistemático distinto al del injusto”, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado Social y democrático*, 1994, p. 102.

⁴⁶⁴ Salvo, en los casos en los que el legislador así lo dispone expresamente, tal como sucede en el Derecho alemán con el § 30 StGB o en Derecho español con el art. 17 CP.

futuro resultado, tal cual lo hace el fabricante del arma, sino que está comunicando algo en relación con la futura ejecución del receptor. En este primer momento se está en presencia de un mensaje que, si es externalizado de un modo relevante, debe ser tomado en serio. Pero solo después de que el autor efectivamente la busque y dispare a la víctima, será posible realizar una interpretación normativa y completa de aquel proceso individual.

El resultado cierra retroactivamente los contornos de la actividad antijurídica del interviniente: con la articulación de la intervención en una red estructurada de significado surge la forma acabada del injusto del partícipe, no como algo nuevo, sino como algo definido en su alcance. El efecto retroactivo del resultado no es una secuencia exclusiva del ámbito de la intervención delictiva, sino que puede observarse como una transición conceptual donde la construcción de sentido se fragmenta objetiva y subjetivamente en otros dominios en los que se comunican ideas, expresiones o visiones del mundo. En el arte plástico, por ejemplo, podría pensarse que la obra está completa en el momento en que el artista da la última pincelada, pero esto no es del todo cierto. El nombre colocado posteriormente o las circunstancias históricas en las que se apreciará la obra no cambian su contenido inicial de algo que no es a algo que es, pero sí modifican retroactivamente la experiencia estética del sentido final plasmado en la pintura, pues quien contempla a través del título o en el marco de determinado contexto repara de un modo distinto. No es casual que muchos artistas opten por no bautizar sus trabajos⁴⁶⁵. El título refleja el contenido de la obra, pero también cambia su apreciación hacia atrás, es decir, de modo retroactivo para quien no se aproxima ciegamente al trabajo, sino a través de él. El perímetro conceptual que genera el título sobre la obra no solo abarca su contenido, sino que también lo irrita, modificándolo. Cuando este perímetro conceptual no esté en manos de un artífice solitario —imaginemos que se le encargara a un tercero la titulación de la pintura o, es más, la producción de un tramo de la misma— entonces podrá apreciarse una transición de algo que inicialmente era individual y propio a algo que después pasó a ser colectivo y compartido. Volviendo a nuestro ámbito, el hecho del partícipe quedará forjado con su actividad en la fase previa y aquí debe buscarse su contenido de injusto, sin embargo, el hecho colectivo detonado de propia mano por el autor tendrá necesariamente una función hermenéutica en el nivel de la norma de sanción que, aunque no modificará la existencia de la intervención, le imprimirá un sentido final que acabará de definir sus contornos.

Aunque la intervención *en sí* ya está prohibida cuando escapa a la mano del partícipe, lo colectivo retroactivamente postula los límites de esa prohibición conforme la conducta descrita en el tipo. La dependencia del marco penal de la ejecución del hecho principal es algo más que una gradación de pena que le viene dada desde afuera al interviniente, por el contrario, es postulada inicialmente por él, pero se mantiene abierta hasta que actúa el autor.

⁴⁶⁵ No se me escapa que “hay una cruel paradoja en este particular bautizo: el titular la obra *sin título* es otorgarle un título... y ese título esconde intenciones que el artista refleja en ese acto lingüístico tan creador como la obra misma”, GONZÁLEZ, «(Sin título), una cuestión conceptual», *Arte en contexto, revista digital de cultura y arte contemporáneo*, en www.artextexto.com. Por ello, en rigor, el único partícipe que deja su obra *sin título* es aquel que renuncia antes del comienzo de ejecución del hecho principal.

Lo que está en juego en la norma de sanción en la que cumple su función el registro retrospectivo de la accesoriadad, no es otra cosa que la valoración final de la *performance* del agente en relación con la obra colectiva. Esto implica no solo determinar su título, autor o partícipe, sino además definir los contornos de la norma de sanción en función de la que estos roles se habrán desplegado. En suma, a la clasificación de segundo nivel entre autoría y participación, debe sumársele la determinación del marco penal del tipo de la Parte especial en el que operan estas categorías. En el plano de la norma de sanción no solo se define quién es autor y quién partícipe de un modo especular, sino en qué delito lo serán y el grado de realización que este habrá alcanzado.

5.2.2. La lógica aparente de la accesoriadad externa

La lógica de la accesoriadad externa genera la apariencia de que la punibilidad del agente depende de un hecho ajeno que condiciona su punibilidad, pero, en verdad, es el anverso de distinguir los registros prospectivo y retrospectivo que operan en la norma primaria y secundaria respectivamente. La doctrina mayoritaria fundamenta la existencia de las denominadas condiciones objetivas de punibilidad argumentando que en determinados supuestos la infracción de la norma de comportamiento sería merecedora de pena, pero solo en el momento en el que se materializa el resultado surgiría la necesidad de la aplicación de la norma de sanción⁴⁶⁶. Frente a esta tradicional oposición entre merecimiento y necesidad de pena por razones político-criminales, JAKOBS⁴⁶⁷ observa que la determinación de todos los presupuestos de la punibilidad solo puede verificarse en consideración a la necesidad de solucionar un conflicto mediante pena, es decir, en consideración a la necesidad de pena. En pocas palabras “lo que no debe castigarse tampoco es merecedor de pena”⁴⁶⁸.

En una nota al pie de página⁴⁶⁹ JAKOBS representa este punto de vista modificando un clásico ejemplo de KANT: si tras un asesinato se disolviera la sociedad humana y decayera la necesidad de castigar ese hecho —en la representación original, los miembros de la sociedad disuelta se asocian a otras sociedades— decaería también el merecimiento de pena. Pero esta afirmación debería matizarse o corregirse. En tanto, si bien es cierto que la distinción entre merecimiento y necesidad de pena presenta un rendimiento discutible, no es menos cierto que, frente a determinados comportamientos que *sí infringen* la norma primaria, podría no ser necesaria (ni merecerse) la aplicación de la norma de sanción, pero sí lo sería el asignar al partícipe otras cargas⁴⁷⁰.

⁴⁶⁶ Véase por todos JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 53 I 2 a. En particular sobre el tema HAFFKE en *Libro homenaje a Roxin*, 1995, pp. 130 ss.; LUZÓN PEÑA, «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», *Libro homenaje a Roxin*, 1995, pp. 115 ss.

⁴⁶⁷ JAKOBS, *AT*, 1995, 10/5. Lo sigue LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 172 s.

⁴⁶⁸ JAKOBS, *AT*, 1995, 10/5.

⁴⁶⁹ JAKOBS, *AT*, 1995, 10/5, n. 5.

⁴⁷⁰ Los preceptos de la participación prohíben arrogarse una esfera de libertad ajena *a crédito*. Cuando el partícipe externaliza su falta de lealtad al Derecho comienza a pagar los intereses de su conducta antinormativa. Por ende, desde entonces, la solución del conflicto podrá reconducirse a su esfera de organización.

Desde un punto de vista funcional, siempre que exista merecimiento de pena habrá necesidad de pena, pero ello no excluye que se presenten casos en los que no exista ni merecimiento ni necesidad de pena y, sin embargo, nos encontremos con la vulneración de una norma de comportamiento frente a la que se deba reaccionar de un modo menos drástico. A lo que me refiero es que el comportamiento del partícipe es antinormativo aunque todavía *no merezca ni necesite* pena. Ello ya modifica su posición jurídica, con la consecuente reconducción del conflicto a su esfera de organización [deberes de tolerancia], así como la exigencia bajo amenaza de pena de retirar la intervención [renuncia]. Su *status* jurídico se modifica y ahora carga consigo con estos dos deberes que se presentan como anverso de su conducta antinormativa no-típica de desconocimiento de su relación de respeto frente a la norma jurídica estatal y el derecho subjetivo de la víctima.

Volviendo al ejemplo de KANT, si un asesinato produjera la disolución de la sociedad y entonces sus miembros decidieran asociarse a otras sociedades, decaería —según JAKOBS— el merecimiento y la necesidad de la aplicación de una pena, pero ello no debería excluir la posibilidad de imponerle al autor el deber de *apagar la luz*. Esto es, cumplir con una carga distinta a la pena, por ejemplo, proceder a la liquidación de los restos de la sociedad diluida. La reconducción del conflicto al agente sin recurrir a la drasticidad de la pena no solo es posible, sino ineludible en algunos casos de intervención pre-ejecutiva. Esto no debe interpretarse únicamente en su dimensión material como una reasignación de costes, sino también en su dimensión simbólica-comunicativa como una reafirmación de la vigencia de la norma infringida que prohíbe participar en un hecho delictivo. En este caso, teniendo como destinatario del mensaje exclusivamente al partícipe.

La única manera de resolver los desafíos teóricos que plantean los supuestos de pluralidad de intervinientes es operar con el binomio conceptual antinormatividad del hecho individual y reflexividad del hecho colectivo. Es decir, una concepción normológica que no desconozca la relación personal del agente con la directiva de conducta, pero que tampoco niegue la integración de su intervención en algo más grande, el proyecto delictivo común⁴⁷¹. Entonces si avanzamos con cautela podremos acercarnos a un punto de equilibrio entre reprocharle al partícipe lo que él hizo (principio de culpabilidad) en el momento en que lo hizo (principio de coincidencia), pero sin desconocer que lo ejecutado luego por el autor lo vincula de una especial manera (principio de autorresponsabilidad). Con esta alternativa cabe resolver la paradoja propia de los casos en los que se responsabiliza al partícipe por un hecho que tiene una faceta individual y una faceta colectiva, pero que, con todo, sigue siendo un único hecho⁴⁷².

⁴⁷¹ ¿Acaso no es este cortocircuito dogmático entre las dimensiones individual y colectiva de los hechos cuyo proceso ejecutivo se dilata en el tiempo el que mayores problemas le ha traído a la teoría de la intervención delictiva?

⁴⁷² Ya en el imperativo categórico kantiano, que nos construye a pensar nuestros actos individuales desde un punto de vista colectivo (ley universal), podemos localizar esta idea sintética entre lo individual y lo colectivo.

El injusto de la participación es autónomo, porque es el mismo partícipe el que infringe personalmente la norma primaria dirigida hacia él en el momento en que alcanza el estadio de la tentativa acabada de intervención. Ello ya lleva ínsito, además, un contenido material de antijuridicidad. Sin embargo, la existencia de un proyecto global en el que se reúnen las intervenciones del resto de los intervinientes y la dependencia de la escala penal del hecho colectivo, revelan que de modo forzoso el resultado ha de ser algo más que una condición objetiva de punibilidad. Pues, aquel en tanto objeto de referencia del tipo subjetivo del partícipe refleja lo colectivo en lo individual y así permite terminar de valorar materialmente la extensión de la antijuridicidad de la conducta de intervención, imprimiéndole su significado final. Con esta explicación se consigue colocar el resultado de la participación fuera del injusto sin atomizarla y sin confundir el efecto retroactivo de la accesoriedad con una excusa para condicionar la antinormatividad del injusto del partícipe⁴⁷³.

La accesoriedad externa condiciona la aplicación de la norma de sanción, a la vez que, reflexivamente termina de definir los contornos cualitativos y cuantitativos del comportamiento de intervención a través del sentido y marco penal del hecho principal. En suma, el efecto retroactivo del principio de accesoriedad se produce cuando la externalización de la tentativa acabada de intervención, que funciona como un “acontecimiento apropiador” desde atrás hacia adelante, se invierte y el hecho colectivo vuelve hacia el partícipe y se “reapropia” de su actividad previa, la resignifica en sus contornos y permite definir su valoración en el plano material (de modo especular frente al resto de las intervenciones) y formal (articulando la escala penal de la participación con un tipo penal en particular).

5.2.3. La renuncia y el desistimiento en la participación

En los procesos ejecutivos con pluralidad de intervinientes existe una sucesión temporal que permite identificar, después de la tentativa acabada de intervención, el comienzo de una fase omisiva que comprende la *no-renuncia* a la motivación o aportación respectiva, seguida del *no-desistimiento* del hecho delictivo que ha alcanzado el estadio ejecutivo⁴⁷⁴. En consecuencia, la renuncia y el desistimiento pertenecen como tales al ámbito de la norma secundaria⁴⁷⁵. La renuncia del partícipe en la etapa pre-ejecutiva no elimina la antijuridicidad de la conducta de intervención, del mismo modo que el desistimiento tampoco elimina el injusto de la tentativa.

⁴⁷³ Ni la tipicidad ni la antijuridicidad del comportamiento del partícipe están condicionadas retroactivamente por la aparición en escena del autor, el partícipe tiene el deber de no motivar o allanarle el camino a sujetos que se declaran dispuestos o solicitan ayuda para impulsar el proyecto delictivo hasta el estadio ejecutivo. Por eso la participación debe tratarse como injusto incluso antes de la materialización de su resultado, pues como nos demuestra la posibilidad de reacción justificada del Estado tendente a evitar el avance del delito, nadie está dispuesto —ni debe— tolerar comportamientos que se gestan para vulnerar una posición jurídica protegida.

⁴⁷⁴ WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, pp. 322 s. entiende que, a menudo, en los hechos comisivos después de alcanzarse la fase de tentativa acabada comienza una fase omisiva. Aunque sus reflexiones se dan en el ámbito de la autoría individual, son igualmente válidas para los casos de pluralidad de intervinientes. En rigor, una vez que el partícipe realiza su aportación o motivación, tiene lugar una fase pasiva en la que permanece indiferente a la concreción típica de su actividad.

⁴⁷⁵ Así SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 677.

Ninguna de estas instituciones revierte la perturbación provocada por la actividad del agente. El pasado no puede cambiarse⁴⁷⁶. Prueba de ello es que los deberes de tolerancia que dieran lugar a acciones justificadas permanecen incólumes ante la eventual retractación. Sistemáticamente lo que la renuncia cancela es el resultado de la tentativa acabada de intervención, del mismo modo que el desistimiento elimina la tipicidad penal *ex post* del injusto de la tentativa, por desaparecer la necesidad de reaccionar con pena⁴⁷⁷.

Una de las tesis a defender en el próximo capítulo consiste en el apreciar la infracción de la norma de comportamiento de la participación en el momento en que se pierde el control del curso causal peligroso a manos del autor. El anverso de ello es, una vez que el partícipe cruza esta línea, el nacimiento de un deber de retirar la intervención exclusivamente acotado o equivalente a la actividad realizada [renuncia]⁴⁷⁸. Solo después de iniciada la ejecución, momento en el que la intervención se fusiona con el proyecto colectivo, nace el deber de frustrar el hecho de cualquier modo [desistimiento]⁴⁷⁹. La intervención antes del comienzo de la tentativa no se ha integrado en una unidad de sentido, por lo tanto, no se le puede exigir al agente, que todavía se expresa individualmente, que responda por el porvenir del hecho como totalidad.

En la fase previa solo puede exigírsele al partícipe que retire su aportación o motivación, pero no que paralice de cualquier modo los efectos de la ejecución. Esta todavía no se produce y en consecuencia no hace surgir una posición de garantía de contornos tan amplios. Si quien aportó un cortacristales para la ejecución del hecho lo retira antes de ser usado, entonces ello bastará para apreciar su renuncia —siempre que la intervención no implique también un reforzamiento motivacional, el que de igual manera debería suprimir o

⁴⁷⁶ Así JAKOBS, «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *ZStW* 104, 1992, p. 86. Analizando minuciosamente sus tesis desde una perspectiva subjetivista, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1995, pp. 68 ss.

⁴⁷⁷ Un estudio detallado de la renuncia del interviniente previo al estadio ejecutivo en la inducción y la complicidad en FAD, *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, 2005, pp. 175 ss.; 196 ss. Léase también VOGLER, «Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat», *ZStW* 98, 1986, pp. 343 ss. Realizando un planteamiento general sobre los criterios jurisprudenciales que ha adoptado el BGH para determinar cuándo existe una renuncia válida del coautor en el estadio preejecutivo —lo que tangencialmente también tiene relevancia para la participación— ROXIN, «Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Mittäter», *FS-Frisch*, 2013, pp. 613 ss.

⁴⁷⁸ Idénticas conclusiones alcanzaba por otra vía y bajo distintos presupuestos FRANK, *Das Strafbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 1914, pp. 99 s. En la misma línea, ROXIN, *AT*, 2006, 30/301, 309 y JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996 §§ 65 IV 1 s., con más referencias.

⁴⁷⁹ En este sentido ROXIN, *AT*, 30/303 ss. hace referencia a un interviniente que le facilita previamente una ganzúa al ejecutor y luego, cuando éste la está empleando para manipular la cerradura de la puerta (comienzo de tentativa), se la arrebatada, consiguiendo el autor igualmente forzar la puerta. La aportación del partícipe se ha actualizado de la mano del autor en una tentativa. De allí resulta que no baste sencillamente con que retire su contribución. En este ejemplo, el partícipe ni renuncia ni desiste, aunque como correctamente aprecia ROXIN, solo podría ser castigado como cooperador en una tentativa de hurto con fractura y no en un delito consumado. Sin embargo, continúa ROXIN, el partícipe podría quedar exento de pena con base en el § 24 II si hubiese creído que el autor no podría haber llevado a cabo el hecho después de que le fuera arrebatada la ganzúa (en este caso existiría el requerido esfuerzo serio para impedir el hecho) o, si se viera en la fractura de la puerta un hecho nuevo (pues en tal caso el hecho original habría sido impedido por el partícipe). Similar, VOGLER, *ZStW* 98, 1986, pp. 343 ss.

contrarrestar—, sin importar si el autor igualmente decide irrumpir en la morada de la víctima rompiendo la ventana con un hierro. En la antesala de la ejecución el interviniente no tiene el deber de impedir el hecho principal⁴⁸⁰. Su deber se acota exclusivamente a frustrar *su* intervención, renunciando a la misma. Solo después de detonada la ejecución a manos del tercero su posición de garantía se amplía requiriéndose, además, la frustración de la totalidad del hecho principal. Consecuencia inevitable de considerar la ejecución una obra colectiva, mientras que, la aportación anterior, hasta que ella se intenta, mantenga su carácter individual. Otro ejemplo:

[Caso 7] A promete a B una suma de dinero para que realice un atentado-bomba en un centro comercial, además lo convence de que su sacrificio le reportará una recompensa espiritual en el *más allá*.

Antes del comienzo de ejecución no bastará con que A retire su ofrecimiento de dinero, sino que también deberá neutralizar el reforzamiento motivacional de la argumentación religiosa. Si B independientemente de la influencia de A lleva adelante el ataque, “no me interesa el dinero y no creo en el *más allá*, pero igual lo haré, por mis razones y con mis medios”, ello no obstará a considerar la renuncia de A, garante del devenir de su intervención, pero no de la solución del conflicto que se desarrolla de manera autónoma⁴⁸¹. Si el inductor no ha perdido el control del riesgo sobre la conducta del autor y neutraliza su intervención antes de la ejecución, no debe haber obstáculos para considerar su renuncia. Se trata aquí de un problema de imputación objetiva en el que el riesgo prohibido del inductor no se realiza en el resultado, el cual se explicaría completamente por la actividad del autor⁴⁸². Renunciar a la intervención significa tanto retirarla voluntariamente en el plano material como neutralizar su efecto de motivación en el plano expresivo. Ello se ha conseguido cuando se interrumpe la imputación objetiva del resultado —en caso de que este igualmente se produzca—⁴⁸³.

En las cuestiones anteriores no es necesario un gran esfuerzo para advertir las tensiones existentes entre los momentos individuales y los momentos colectivos del *iter criminis*. En los primeros, cuando existe un intervalo relevante entre la intervención y la ejecución, el partícipe se coloca en una posición de garantía acotada a retirar su intervención, la que aún no se totaliza en una red articulada de significado. Si esto sucede, entonces el registro prospectivo del principio de accesoriadad permitirá imputarle el hecho colectivo como una realidad típica que le pertenece. De este modo, ya no bastará con que retire su aportación o motivación, sino que deberá realizar un esfuerzo mayor. En los supuestos de intervención concomitante, por su parte, se responde inmediatamente por el proyecto conjunto y el deber se amplía al

⁴⁸⁰ Lo que parece expresar JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 58.

⁴⁸¹ Es cierto que, eventualmente, subsistiría en relación con A una responsabilidad por omisión de socorro si no da aviso a la autoridad policial cuando a pesar de haber retirado exitosamente su intervención, tiene conocimiento de que el autor ha tomado impulso propio para seguir adelante.

⁴⁸² En esta línea FAD, *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, 2005, pp. 185 s. Advirtiéndolo ya antes, VOGLER, *ZStW* 98, 1986, p. 344.

⁴⁸³ En profundidad FAD, *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, 2005, pp. 184 ss.; 201 s.; 210 ss. y VOGLER, *ZStW* 98, 1986, pp. 331 ss.

desistimiento. En el ejemplo anterior, si el inductor deja pasar la oportunidad de renunciar, y efectivamente el inducido coloca la bomba de tiempo en el centro comercial, ya no bastará con que revoque su oferta y sus argumentos, sino que deberá apresurarse a desactivar su bomba.

6. *Excursus*: ¿accesoriedad del autor al partícipe?

Las premisas que apuntalan el planteamiento precedente obligan a sincerar algo que ya se ha comprobado para la coautoría y que debería predicarse frente a cualquier supuesto de pluralidad de intervinientes: la actuación del autor también es accesoria a la actuación del partícipe. No es cierto que el autor sea tan independiente como parece asumir la doctrina mayoritaria, pues su suerte —tanto desde un punto de vista fáctico como desde un punto de vista normativo— también dependerá de lo que haya hecho u omitido el resto del colectivo. Esta es la llamada accesoriedad reflexiva de la intervención⁴⁸⁴. A favor de esta idea pueden brindarse tres argumentos fundamentales⁴⁸⁵.

Primero, la asunción de una visión amplia de la intervención en la que el injusto se concibe *ex post* como una obra común. No solo se le imputa al partícipe lo ejecutado por el autor como obra suya, sino que, a la inversa, al autor también se le imputa lo ejecutado por el partícipe. Ambos agentes se expresan en una cadena significativa; a menudo, el autor hacia atrás y el partícipe hacia adelante. Tanto el presente del autor como el presente del partícipe están fraccionados, son incompletos, y uno no puede explicarse como totalidad sin el otro. *Segundo*, la imputación recíproca entre los intervinientes es, a su vez, una consecuencia necesaria de postular la distinción entre autoría y participación como una cuestión de mayor o menor competencia en la configuración del injusto. *Tercero*, si la calificación de un determinado comportamiento se define en un segundo nivel analítico, entonces, lo correcto es que en la determinación anterior sobre el significado de la intervención valgan las mismas reglas para cualquier supuesto de codeincuencia.

La doctrina se equivoca tanto cuando identifica el principio de accesoriedad externa con una relación de dependencia del injusto del partícipe a la ejecución del autor, como cuando le

⁴⁸⁴ Como puse de relieve al comienzo del capítulo, en las hipótesis de autoría individual el ejecutor tampoco es completamente autónomo, pues depende de sí mismo para procurarse el control del devenir posterior al estadio de la tentativa acabada que conduce la acción hacia el resultado. De otra manera, el hecho permanecería en el estadio pre-ejecutivo. Véase DENCKER, *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 534 ss.; EL MISMO, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 197.

⁴⁸⁵ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 654, nota 58 aprecia que si se acepta que las calidades personales de un partícipe influyen —conforme el art. 48 CP argentino— en el ilícito del autor, entonces, habría también una cierta “accesoriedad inversa”, en el ilícito del autor, respecto del ilícito del partícipe: “lo ‘malo’ del hecho del partícipe podría influir en lo ‘malo’ del hecho del autor”. Lo mismo habría de predicarse en relación con el art. 65.2 CP español. Si frente a la imposibilidad de llevar adelante el *hurto* inicialmente planeado, por ejemplo, uno de los intervinientes inutiliza a la distancia el sistema de alarmas haciendo posible el apoderamiento de la cosa, el autor que conoce esta específica modalidad de comisión, estaría llevando adelante un hecho más grave: un *robo* (en contra BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, pp. 177 s.).

atribuye a este un carácter unidireccional del partícipe hacia el autor⁴⁸⁶. El hecho que el autor ejecuta de propia mano también se enlaza con aquello que ha llevado adelante el partícipe. Esto es así porque el hecho le pertenece al colectivo y no exclusivamente al autor. En efecto, la relación existente entre los intervinientes es producto de una constante síntesis entre las dimensiones individual y colectiva del hecho, en el marco de un *ida y vuelta* reflexivo del partícipe hacia el autor y del autor hacia el partícipe. Por ello, no debería sorprender que cuando en esta imputación a contramano existan problemas de error que disloquen los aspectos subjetivos y objetivos de la ejecución, podrá incluso variar el protagonismo de cada interviniente en el resultado de la obra final.

Avanzo así una tesis más: el doble registro de la accesoriad se aprecia a la par en la actividad del autor. Esto es evidente, en primer lugar, en los casos de autoría no ejecutiva, donde el autor actuando en la trastienda ha configurado el hecho en sus detalles y solo se necesita *un empujón* del partícipe⁴⁸⁷. Aquel ha hecho lo suficiente para que el hecho oscile en la cornisa del comienzo de la tentativa y su actividad se proyecta hacia el impulso de este. Si el partícipe decidiera no salir a escena, dejando trunco el proyecto delictivo, emergería entonces la fragilidad del autor que ha permanecido en las sombras. En pocas palabras, puede que el autor también se encuentre a merced de la actuación autorresponsable del partícipe para alcanzar el estadio ejecutivo.

En el fondo, es la gracia propia de la división de tareas la que necesariamente hace depender al autor del partícipe para alcanzar la consumación. Esto se comprueba en los casos de intervención más frecuentes en los que, a la inversa del anterior, el partícipe actúa en la trastienda y el autor ejecuta. Este último proyecta *ex ante* individualmente su actividad en función de lo que (piensa que) hizo el partícipe. A se dispone a rematar a B con el arma que le proporcionó C porque presume que el *porvenir* de su actividad se concretará en un disparo que le ocasionará la muerte a su enemigo. Pero ¿si el arma proporcionada por C está averiada o descargada? En este caso lo máximo que podrá conseguir A es dar un buen susto a la víctima que probablemente se concretará en una tentativa de homicidio. Por otro lado, en efecto es un sabotaje doloso del partícipe el que subyace a la actuación del agente provocador, donde se aprecia claramente una accesoriad reflexiva, en este caso, al inductor. Aquí el autor se encuentra en manos del “partícipe” quien no quiere llegar a la lesión del bien jurídico y trunca el proyecto delictivo antes de que esta se produzca.

Con todo, puede ser que el autor no sea saboteado por el partícipe, sino que acabe instrumentalizado por él, adquiriendo su rol una preeminencia inesperada en la configuración del hecho. Esta circunstancia repercutiría en el registro retrospectivo de la accesoriad debiéndose valorar el caso como un supuesto de autoría mediata o de autor detrás del autor (véase caso 14). Por último, cabe mencionar como manifestaciones de la denominada

⁴⁸⁶ Véase por todos JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 63 I 2 y MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 15, nm. 2, quienes oponen la accesoriad de la participación a un principio de imputación recíproca de las distintas contribuciones en la coautoría.

⁴⁸⁷ Véase ROBLES PLANAS, *InDret*, 2/2012, pp. 6 s.

accesoriedad reflexiva, además, a los casos de exceso doloso o imprudente del partícipe que no alcanza a instrumentalizar al ejecutor, pero lo coloca en una especial situación de responsabilidad. Bajo este concepto se comprenden todos los supuestos en los que el partícipe, se desvía de la función encomendada produciendo una afectación intensional o extensional mayor a la que era objeto del dolo del autor. Por ejemplo,

[caso 8] una maniobra de contaminación de aguas se encuentra configurada completamente por los directivos R y S de la empresa T. El camión de carga que contiene el material es conducido por un empleado raso P, a quien sencillamente se le ha ordenado que arroje los residuos durante la noche en un lugar de la montaña. El empleado P, sin embargo, para evitar conducir hasta allí, los arroja en el río que riega unos cultivos privados. Debido a la actuación final del ejecutor (que podría calificarse como partícipe si se tiene en cuenta su bajo poder de configuración del hecho) además del delito de contaminación se causan daños a la propiedad al destruirse los cultivos aledaños.

El doble registro del principio de accesoriedad opera tanto para el partícipe como para el autor, pues estos títulos solo pueden individualizarse una vez que se ha detonado el registro retrospectivo del hecho delictivo, definiendo el grado de responsabilidad que le corresponde a cada agente. Esto significa asumir que no solo el partícipe avanza hacia el estadio ejecutivo y luego la consumación mediante la mano del autor, sino que, a la inversa, también este último se desplaza apoyándose en la actividad de aquel. Un juego de espejos que solo puede resolverse si se analiza la conducta de los distintos agentes articulando una perspectiva individual *ex ante* con una perspectiva colectiva *ex post*. El principio de accesoriedad es un vínculo bidireccional dinámico entre los intervinientes, producto de la síntesis entre los aspectos individuales y colectivos de su actividad, en la que ambos polos pierden la solidez de su identidad. Se trata de una imputación recíproca y reflexiva de las conductas de los demás intervinientes. Esto implica en el nivel de la discusión sobre el fundamento del injusto del partícipe que la actitud teórica emancipadora no ha de apuntar a la independencia plena de la actividad individual del agente —autor o partícipe— ni a su opuesto, la dependencia absoluta del hecho principal.

7. Conclusiones

- i. Que la accesoriadad es *externa*, es producto de un bautismo primigenio en el que se concebía la realización del delito como algo ajeno al partícipe que era necesario traer desde *fuera* para castigarlo. Para la doctrina dominante su principal consecuencia sistemática consiste en el efecto clausura que hace pasar el hecho delictivo al estadio ejecutivo simultáneamente para todos los intervinientes. Se trata de la solución global de la tentativa en la norma de sanción. Así, opera como una regla dogmática que, sin penetrar el nivel de la antinormatividad de la conducta, suspende la aplicación de la norma de sanción hasta tanto el hecho al que se proyecta adquiere un umbral de lesividad relevante. Por el contrario, en el nivel de la norma de sanción, la actividad del autor que obra en solitario es *autoconclusiva* —en tanto no está subordinada a lo que haga o deje de hacer otro agente y se vincula directamente con el tipo de la Parte especial— frente a la actividad de *autopostulación* del partícipe.
- ii. Ha de repensarse el enfoque atemporal que domina a la literatura especializada al aproximarse a la teoría de la intervención. Este consiste, *grosso modo*, en una perspectiva ontológica abstracta, que no ve las cosas desde su fenomenalidad espacio-temporal concreta y no atiende a la perspectiva de los involucrados, lo cual lógicamente distorsiona su necesaria interpretación normativa. La actuación de múltiples agentes autorresponsables en una línea del tiempo no puede resolverse del mismo modo que aquellos casos en los que lo hacen todos articulados en una unidad de sentido. Que el hecho delictivo le pertenece a todo el colectivo que lo hace posible y, por ende, las normas de inducción y cooperación tienen un valor declarativo, solo es correcto si nos referimos a intervenciones que se realizan en contextos delictivos actuales, esto es, intervenciones concomitantes. En estos supuestos, los agentes infringen la misma norma de comportamiento contenida en el tipo, aunque esta se concrete de manera diversa conforme las posibles manifestaciones fenomenológicas de la acción. Por ello, no es en este grupo de casos en el que las normas de la participación adquieren verdadero valor constitutivo de la prohibición, sino exclusivamente en el de las intervenciones pre-ejecutivas. La principal función de las normas de la participación en la Parte general de los Códigos penales consiste en prohibir las intervenciones realizadas en la fase previa al comienzo de ejecución. El intervalo de referencia del supuesto relativo a las normas sobre inducción y cooperación es el de la actividad pre-ejecutiva.
- iii. A favor de entender los preceptos de la participación como normas constitutivas de la prohibición de intervenir *antes* de la ejecución pueden mencionarse argumentos de diversa índole. a) *Dogmática*: la intervención en la fase previa al comienzo de ejecución es un significante abierto, cuyo significado todavía no se totaliza en una red articulada de sentido (el hecho colectivo) y, por ello, el Derecho considera necesario formular expresamente la prohibición. b) *Garantística*: relativo a la necesidad de mantener incólume el principio del hecho como base de la teoría de la intervención. c) *Hermenéutica*: es muy difícil sostener que las normas de la participación son meras pautas de conminación penal pues, por un lado, la norma de la inducción pasaría a ser completamente inútil en tanto su escala penal equivalente a la de la autoría cancelando incluso su función de graduación de la pena; por otro lado, habría que ignorar que las normas de la participación no se encuentran ubicadas en los capítulos que hacen referencia a las reglas generales de determinación de la pena. d) *Preventiva*: la norma de comportamiento solo puede comunicarle algo al interviniente en el momento en que tiene capacidad de cumplir con la acción debida, es decir, cuando puede evitar perder completamente el control sobre su aportación o motivación. e) *Lingüística*: en primer lugar, en relación con la experiencia inmediata de la realidad que se expresa a través del lenguaje de la

vida cotidiana, en función de la **cual no** existe una tendencia espontánea de las personas a atribuirle a un hecho proyectado un sentido equivalente a aquel hecho que ya se ha insertado en una red estructurada de significado. En segundo lugar, en el uso formal del lenguaje del legislador alemán para redactar los preceptos de los §§ 25, 26 y 27 StGB se advierte que cuando formula el § 25 StGB utiliza el tiempo verbal del presente indicativo [*Präsens*], mientras que, el predicado de los §§ 26 y 27 StGB es diseñado mediante el pretérito perfecto [*Perfekt*]. Así, en las normas que describen la conducta del inductor y del cooperador se habla de una acción que ha ocurrido en el pasado y se actualiza en el presente.

- iv. En la intervención es viable caracterizar la relación entre norma primaria y norma secundaria como contingente, necesaria o imposible, conforme la actividad del agente se despliegue, respectivamente, en el dominio de la *no-tipicidad*, tipicidad o atipicidad. a) La afectación típica de la posición jurídica de la víctima es siempre *contingente* en relación con la actividad antinormativa *no-típica* del interviniente, debido a la existencia de la división del trabajo con otro agente autorresponsable, a quien le compete dar el mayor impulso al hecho delictivo. Esto es especialmente evidente en las hipótesis de intervención pre-ejecutiva. La contingencia no se predica de la antinormatividad de la conducta, sino en relación con el hecho principal en tanto presupuesto de aplicación de la norma de sanción. b) En el caso de las aportaciones concomitantes, por su parte, la afectación material de la posición jurídica de la víctima puede ser pensada como *necesaria*, pues el partícipe se inserta en un contexto delictivo actual que ya implica una lesión típica —aunque naturalmente puede ser contingente en otros aspectos relativos al devenir de la ejecución—. c) Una conducta de intervención no deberá ser imposible en orden a la aplicación de la norma de sanción: esto significa que habrán de ser conductas prohibidas. Las intervenciones pre-ejecutivas como las concomitantes a la ejecución se oponen a lo imposible porque las primeras al ser conductas contingentes pueden actualizarse en la obra principal, mientras que las segundas, se presentan como una adaptación a una lesión típica en curso. La imposibilidad atribuida a un comportamiento se identifica, en consecuencia, tanto con los actos preparatorios —ajenos a la lógica de la norma primaria— como con las conductas estereotipadas amparadas por la estructura de la prohibición de regreso.
- v. Solo los actos preparatorios y los comportamientos neutrales son atípicos y, como tales, frente a ellos es *imposible* predicar un sentido de continuación delictiva si no sucede algo más que revierta su significado. En la cooperación o inducción frustrada se presenta una *negación fáctica*, algo que no fue, pero normativamente podría haber sido y de allí su peligro *contingente* de materialización. Por el contrario, en el ámbito de los actos preparatorios tenemos una *negación normativa*, algo que por principio no puede ser, *imposible*: estos no son prohibidos pues se encuentran dentro del perímetro de la libertad primordial reconocida al ciudadano y, si este decide no traspasarla, no se exteriorizará un sentido delictivo relevante. *Los actos preparatorios normativamente nunca pueden ser (imposibles), si no sucede algo más; las intervenciones en la fase previa son peligrosas como tales (contingentes), aunque no suceda nada más.* Si no se concreta fácticamente esta peligrosidad en una lesión, esto no significa que deban ser toleradas, pues normativamente podrían haber sido.
- vi. El principio de accesoriedad presenta sus mayores prestaciones en el dominio de lo *no-típico*, esto es, en los casos de intervención previo a la ejecución. Si en este escenario la conducta del partícipe no es *atípica* —es algo más que un acto preparatorio o una conducta estereotipada— pero tampoco es *típica* —es algo menos que una infracción típica punible de los tipos de la Parte especial del Código penal— la solución propuesta es entenderla como *no-típica*. Esto significa que no se opone a la tipicidad como algo permitido, sino que se presenta como una diferencia dentro del dominio de la antinormatividad, si el *iter criminis* se ha extendido en el

tiempo y algunos de los agentes han exteriorizado de modo relevante una actividad prohibida de intervención. La predicación negativa *no* implica algo diferente de la tipicidad, pero no su rechazo [a-]. Cuando se afirma que la conducta previa al inicio de ejecución es *no-típica* se implica que aún no es típica de una figura de la Parte especial del Código penal, pero no por ello necesariamente atípica en el sentido de una acción de la que no se sigue nada jurídico-penalmente.

- vii. Cuando el partícipe se autopostula inmediatamente en un contexto delictivo actual también realiza el tipo, pues este es el que se encuentra operando como directiva de comportamiento para todo el colectivo. Por el contrario, si el homicidio, por ejemplo, todavía no tiene lugar como afectación típica de una esfera jurídica, entonces el blindaje del tipo penal a través del principio del hecho, abre el espacio de juego a las normas de la participación. La lesividad material del injusto de la participación antes de la ejecución radica en el peligro de generar las condiciones para la realización del tipo y en el menoscabo de la plena disposición del derecho subjetivo; mientras que, si se trata de intervenciones concomitantes, el injusto material de la participación consiste en el más grave desprecio típico de la relación jurídica entre el colectivo y la víctima. En la intervención previa al tipo existe un significante abierto en tanto expresión de sentido. Como tal requiere todavía insertarse en una red estructurada de significado. En los casos de intervenciones concomitantes, por el contrario, no se presenta un intervalo relevante entre acción y resultado. El partícipe se autopostula como tal en un contexto delictivo actual integrándose su actividad a la lesión típica. El injusto del partícipe debe buscarse en el momento en el que el agente desconoce la norma, es decir, en el momento en el que demuestra su déficit de lealtad al Derecho (desconocimiento de la relación vertical con la directiva de conducta promulgada por el Estado), dejando salir fuera de su ámbito de organización un curso causal peligroso que irrumpe en una esfera de organización ajena (desconocimiento de la relación horizontal con el derecho subjetivo de la víctima). En los casos de intervenciones pre-ejecutivas se trata del peligro inherente a una actividad que no solo demuestra el desprecio por el derecho subjetivo del ciudadano en el plano ideal, sino que en el plano material se preordena a una realización típica y, por ello, significa una mengua en las facultades de disposición sobre el derecho. En los casos de intervenciones concomitantes a la ejecución, sin embargo, el partícipe se integra en una red de sentido cerrada, allí ya no existe una afectación no-típica y contingente del derecho del titular del bien jurídico, sino una afectación actual y necesaria. El partícipe toma parte en una lesión típica. La lesividad de su injusto, en consecuencia, es *mayor* y habilita a la aplicación de la norma de sanción.
- viii. La tarea de (re)funcionalización del principio de accesoriadad implica su comprensión como principio de imputación al mismo tiempo que su reivindicación como elemento estructural de la norma de comportamiento. Que el estado del debate actual requiere una concepción integradora del sistema del delito —entre una estructura del hecho punible exclusivamente construida a partir de la antinormatividad y una construida a partir de la imputación de defraudación de expectativas institucionalizadas— es una opción que viene barajándose hace tiempo. Lo que late en el fondo de su planteamiento es una concepción compleja (ontológica-normativa) del concepto de persona que subyace a la teoría de la imputación y que, conforme el momento teleológico del que se trate, hace emerger una u otra faceta.
- ix. El principio de accesoriadad es un concepto de enlace que permite atribuir sentido delictivo a un comportamiento determinado en un contexto de división de tareas, tanto para evitarlo (a), como para imputarlo (b). a) Basado en la doctrina de la imputación objetiva, antes de la ejecución, el principio de accesoriadad enlaza el comportamiento del interviniente con la actuación culpable de otro, permitiendo realizar un pronóstico de peligrosidad. La

accesoriedad entonces se desustancializa para significar *acceso* al injusto culpable. Se trata, en este primer momento, de evitar un peligro individualmente, de manera autónoma a la eventual realización típica. b) Después de la ejecución, la accesoriedad enlaza recíprocamente dos o más comportamientos en orden a la distribución de responsabilidades. En este segundo momento se analiza el hecho en su faceta colectiva, desentrañando su sentido último como obra conjunta a los efectos de la imposición de una pena. En consecuencia, la accesoriedad implica una doble prestación, cuya diferencia específica la constituyen los distintos momentos temporales de eficacia de la norma y sus perspectivas. La función *prospectiva* se localiza en el plano de la norma de comportamiento y opera con un criterio *ex ante*. La función *retrospectiva* se localiza en el plano de la norma de sanción y opera con un criterio *ex post*.

- x. Registro prospectivo del principio de accesoriedad: opera en el nivel de la norma primaria, mira hacia delante y permite predicar frente a una determinada actividad un sentido de continuación delictiva. Cuando se trata de procesos ejecutivos dilatados en el tiempo el tipo penal aparece en la fase pre-ejecutiva de modo *proyectado*. Desde una perspectiva *ex ante* la accesoriedad se encarga de adecuar la teoría de la imputación objetiva del comportamiento típico a comportamientos antinormativos que exceden su paradigma original, esto es, la atribución de sentido delictivo a conductas que se describen específica y detalladamente en un *tipo penal*. En este primer registro el tipo penal aparece como *objeto de referencia* de la norma de comportamiento que vincula al interviniente. Si bien es cierto que el interviniente también realiza el tipo, dicha afirmación debe matizarse o más bien corregirse cuando se trata de un proceso ejecutivo dilatado en el tiempo, en tanto la realización típica aparece proyectada. El efecto principal del primer registro de la accesoriedad entonces consiste en concretizar la peligrosidad de la acción individual a la luz del colectivo en el que se insertará.
- xi. La segunda función de la accesoriedad es *retrospectiva* y opera en el ámbito de la norma de sanción. Aquí el hecho típico realizado por mano ajena se presenta como *medio de valoración* del comportamiento individual a luz de la “performance” colectiva. La accesoriedad mira hacia atrás haciendo posible que el juez atravesase en su línea de visión al último causante hasta abarcar otros agentes a los que les pertenece el hecho en mayor o menor medida. Si la accesoriedad prospectiva tiene como destinatario al partícipe en primer lugar, diciéndole “¡no vayas hacia allí!”, la accesoriedad retrospectiva tiene como destinatario al juez, permitiéndole ver “hacia dónde ha ido eso”. El juez penal se encarga de aplicar la norma de sanción una vez cumplidos todos los presupuestos asociados a la infracción de la norma de comportamiento. Ellos son, por un lado, la lesividad típica de la actividad del partícipe y, por otro, su culpabilidad.
- xii. En los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo con pluralidad de intervinientes puede identificarse una secuencia progresiva con tres *puntos de cesura*. Cada uno de modifica el estatus normativo del interviniente, acentuando el compromiso del infractor con el proyecto delictivo. A su vez, clausuran una etapa del proceso ejecutivo con consecuencias sistemáticas precisas para la dogmática del desistimiento, la amplitud de los deberes de tolerancia y el sentido del hecho individual. El primero [tentativa acabada de intervención] opera en el nivel de la antijuridicidad, es individual y cierra el perímetro de los actos preparatorios marcando el límite de la libertad primordial del ciudadano. El segundo [comienzo de ejecución], implica que el partícipe ha dejado pasar la última oportunidad para renunciar, esto es, (intentar) neutralizar su aportación o motivación antes de su actualización típica; y el tercero [consumación], como principio general, impide la intervención concomitante y cancela cualquier posibilidad de desistimiento eficaz. Estos dos últimos puntos de cesura operan en el nivel de la norma de sanción y afectan a todo el colectivo.

- xiii.** En los procesos ejecutivos con pluralidad de intervinientes existe una sucesión temporal que permite identificar, después de la tentativa acabada de intervención, el comienzo de una fase omisiva que comprende la *no-renuncia* a la motivación o aportación, seguida del *no-desistimiento* del hecho delictivo que ha alcanzado el estadio ejecutivo. La infracción de la norma de comportamiento de la participación se produce en el momento en que se pierde el control del curso causal peligroso a manos del autor. El anverso de ello es, una vez que el partícipe cruza esta línea, el nacimiento de un deber de retirar la intervención exclusivamente acotado o equivalente a la actividad realizada [*renuncia*]. Solo después de iniciada la ejecución, momento en el que la intervención se fusiona con el proyecto colectivo, nace el deber de frustrar el hecho de cualquier modo [*desistimiento*]. La intervención antes del comienzo de la tentativa no se ha integrado en una unidad de sentido, por lo tanto, no se le puede exigir al agente, que todavía se expresa individualmente, que responda por el porvenir del hecho como totalidad.
- xiv.** Algunas legislaciones parecen contener excepciones al principio de accesoriidad, en cuanto suprimen la actualización típica de la participación como momento de automediación de la actividad del interviniente y presupuesto de la norma de sanción (§ 30 StGB, art. 17 del CP español). En estos casos existe una actividad antinormativa de intervención, un *output* defectuoso considerado especialmente peligroso, frente al que el legislador decide no esperar hasta su actualización típica para proceder a su sanción. En contra de la opinión mayoritaria, considero que preceptos de esta índole no pueden ser explicados sino es a través del principio de accesoriidad. El giro consiste en trabajar con su primer registro, presente en todos los casos de intervención que no sean elevados a tipos autónomos en la Parte especial del Código penal. Es el registro prospectivo de la accesoriidad el que permite predicar que una determinada conducta, que todavía no consiste en una lesión típica de la posición jurídica de la víctima, es peligrosa, tomando como referencia el hecho futuro al que se dirige. Que el legislador internalice esta prohibición haciéndola mucho más severa, valorando este umbral de peligrosidad como suficiente para justificar el recurso a la pena en la norma de sanción, es una cuestión que excede al análisis sistemático.
- xv.** Tanto desde un punto de vista fáctico como desde un punto de vista normativo, el devenir de la imputación del hecho al autor también dependerá de lo que haya hecho u omitido el resto del colectivo. Esta es la llamada accesoriidad reflexiva de la intervención. El doble registro del principio de accesoriidad opera para partícipe y autor, pues estos títulos solo pueden individualizarse una vez que se ha detonado el hecho delictivo, definiendo el grado de responsabilidad que le corresponde a cada agente. Esto significa asumir que no solo el partícipe avanza hacia el estadio ejecutivo y después la consumación mediante la mano del autor, sino que, a la inversa, también este último se desplaza apoyándose en la actividad de aquel, algo propio de la división del trabajo. El principio de accesoriidad es un vínculo bidireccional dinámico entre los intervinientes, producto de la síntesis entre los aspectos individuales y colectivos de su actividad, en la que ambos polos pierden la solidez de su identidad. Se trata de una imputación recíproca y reflexiva de las conductas de los demás intervinientes. Esto implica en el nivel de la discusión sobre el fundamento del injusto del partícipe que la actitud teórica emancipadora no ha de apuntar a la independencia plena de la actividad individual del agente —autor o partícipe— ni a su opuesto, la dependencia absoluta del hecho principal. Por su parte, en lo estrictamente sistemático significa una ganancia explicativa tanto para los casos en los que el ejecutor es el autor, como para aquellas hipótesis de autoría no ejecutiva; igualmente, un marco teórico como el propuesto facilita resolver los casos de sabotaje al autor, así como los de exceso y error de alguno de los intervinientes.

- xvi.** El injusto de la participación es autónomo, porque es el mismo partícipe el que infringe personalmente la norma primaria dirigida hacia él en el momento en que alcanza el estadio de la tentativa acabada de intervención. La ubicación sistemática del resultado fuera de la antijuridicidad del hecho del partícipe no lo neutraliza como tal. La participación no acaba con el *poner-a-disposición* a modo de un delito de peligro. El resultado en el plano de la norma de sanción dice mucho más que el *sí* y el *cuándo* de la reacción formalizada mediante pena —es algo más que una condición objetiva de punibilidad—, expresa al colectivo y permite aprehender el sentido social de la intervención. La accesoriedad externa condiciona la aplicación de la norma de sanción, a la vez que, reflexivamente termina de definir los contornos cualitativos y cuantitativos del comportamiento de intervención a través del sentido y marco penal del hecho principal. En suma, el efecto retroactivo del principio de accesoriedad se produce cuando la externalización de la tentativa acabada de intervención, que funciona como un “acontecimiento apropiador” desde atrás hacia adelante, se invierte y el hecho colectivo vuelve hacia el partícipe y se “reapropia” de su actividad previa, la resignifica en sus contornos y permite definir su valoración en el plano material (como autor o partícipe de modo especular frente al resto de las intervenciones) y formal (articulando la escala penal de la participación con un tipo penal en particular con un determinado grado de realización).

CAPÍTULO III

LA INTERVENCIÓN EN LA FASE PREVIA A LA EJECUCIÓN

1. El problema

Determinar el sentido delictivo de un comportamiento en un contexto de pluralidad de intervinientes es de por sí complejo ya en los supuestos en que autor y partícipe se disponen inmediatamente a la realización del tipo penal [contexto delictivo actual]. Y la cuestión alcanza aún un mayor nivel de incertidumbre cuando media un intervalo de tiempo relevante entre la actividad de uno y otro, es decir, cuando el interviniente actúa antes del comienzo de ejecución [contexto delictivo diferido]. En esta última hipótesis, la identificación de la participación con una conducta carente de sentido delictivo, con una infracción de la norma de comportamiento no sancionable o con un tipo delictivo es objeto de una intrincada controversia. En efecto, en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo, todavía se discute cuál es el carácter normológico de la directiva de comportamiento dirigida al partícipe, cuándo la infringe, si se trata de un imperativo categórico o hipotético, cuáles son las consecuencias de la infracción con anterioridad a la ejecución del hecho principal, si existen deberes de tolerancia y cómo opera el principio de culpabilidad cuando el cooperador o el inductor se desentiende del delito a manos del ejecutor.

Por ello, la intervención en la fase previa al comienzo de ejecución constituye uno de los problemas capitales que pugna por emerger a través del principio de accesoriedad externa de la participación. En lo que sigue examinaré el caso del interviniente que le allana el camino al ejecutor o lo motiva tiempo antes de que se disponga inmediatamente a la realización del tipo penal y, llegado el momento de la ejecución, se desentiende completamente de ella. Esta discusión, a pesar de ser a menudo ignorada, es crucial para testear cualquier concepción sobre el principio de accesoriedad. *En primer término*, porque lo que está en juego es nada menos que la (in)corrección sistemática de la impunidad de la participación pre-ejecutiva, pero también porque en la solución de estos supuestos se esconde una rigurosa prueba para los principios de culpabilidad, autorresponsabilidad y legalidad. *En segundo término*, porque la conducta del cooperador o inductor usualmente aparece inserta en procesos ejecutivos dilatados en el tiempo. Esto es así, pues los partícipes, así como algunos coautores y el autor mediato, en general actúan en la trastienda, modo de proceder que, si bien es consecuencia de la división del trabajo, se debe en mayor medida a la *gracia* de la actuación a la distancia. Esta consiste en escribir el guion del hecho por adelantado para contemplar luego su realización, la situación queda abierta y el sentido del hecho se produce a partir del proceso de su despliegue por mano ajena. *Por último*, porque las consideraciones que se realizarán a continuación no solo son válidas para los supuestos de participación, sino que además tienen repercusiones dogmáticas en otras figuras como la coautoría, la autoría mediata y la *alic*, así como en el plano político-criminal.

El desarrollo de estas cuestiones se encuentra precedida por un análisis del estado de la discusión en la doctrina contemporánea, pero a la idea central que se defiende en este capítulo

subyace un diagnóstico más profundo, de segundo nivel, que posibilita definir con precisión en qué consiste la condición de imposibilidad que dificulta avanzar en la solución de estos casos. Los resultados tienen, inicialmente, su cuota de sorpresa, en tanto a medida que nos aproximemos al problema del principio de coincidencia y, por lo tanto, al principio de culpabilidad, descubriremos que estas cuestiones no son patrimonio exclusivo de la teoría de la intervención, sino que se encuentran presentes en otros grupos de casos tales como los comprendidos bajo las figuras de la *alic* y la autoría mediata. Lo que inicialmente se presenta como una intuición singular, con el avance de la investigación comenzará a tomar más fuerza hasta reflejarse en un modelo dogmático que articule estos tres grupos de casos. Apuesta teórica que gravará el trabajo con la carga de postular soluciones armónicas para el comienzo de la tentativa, el desistimiento, la frontera con los actos preparatorios, la lógica operativa de la norma de sanción y la existencia de deberes de tolerancia. De este modo, dejaré ver mis ideas principales al desarrollar de manera crítica los diferentes puntos de vista de los autores que han analizado la intervención antes de la ejecución, para luego terminar de dar forma a mis premisas y así, revelar por completo sus implicaciones. Esta argumentación, de momento, se presenta acotada a los delitos de organización.

2. Mapa de la discusión

A pesar de la relevancia práctico-teórica de la intervención pre-ejecutiva, el debate sobre su antijuridicidad y sancionabilidad permanece abierto, sumado a que son pocos los trabajos que se ocupan específicamente de sus problemas. Este olvido consciente del tema tiene mucho que ver con la dificultad de encontrar puntos de equilibrio en una discusión que parece estar atravesada por antagonismos irreductibles. Escenario construido, como ya se puso de relieve, a partir de la autoría individual. Una perspectiva asumida como natural y que equiparó el tratamiento de las intervenciones previas del partícipe con el dado a los actos preparatorios del autor, identificando así ambas conductas como no prohibidas. Sin embargo, la envoltura formal del error se encuentra todavía un poco más atrás. En el fondo, históricamente fue la teoría de las normas la que, en primer lugar, se acuñó con base en la relación del autor individual con la norma jurídica. Y cuando se trasladaron estos fundamentos normológicos a los supuestos de codelincuencia, el partícipe como destinatario de la norma de conducta ocupaba un lugar incómodo en ese edificio teórico, siendo ignorado o, en el mejor de los casos, considerado residualmente. Un grave error, pues en la solución de estos casos se hallan valiosas coordenadas para llevar hasta sus últimas consecuencias a la teoría de las normas en el ámbito de la intervención delictiva.

Con el instrumental teórico tradicional del que dispone la doctrina dominante la situación es, en principio, incómoda. Si se postula que el injusto del partícipe depende del hecho del autor, es difícil encontrar una razón para prohibir los actos de intervención anteriores al comienzo de ejecución. Si el injusto del partícipe toma su contenido del hecho del autor, lógicamente antes de su producción no podría haber participación: es imposible que el partícipe se eleve por encima de sus propios hombros y contemple objetivamente de qué hecho su intervención tomará el respectivo contenido de injusto. Sencillamente, no cabría otra

alternativa que equiparar la intervención previa al comienzo de ejecución con un acto preparatorio permitido. Las consecuencias de esta perspectiva no serían poco importantes, pues, además de su impunidad, debería postularse la anulación de toda reacción estatal o de la propia víctima contra aquellos y el rechazo de plano de normas como las que anticipan el castigo para supuestos de intervención en delitos graves.

Por el contrario, si se admite un injusto de la participación autónomo e independiente de la ejecución del hecho principal, sería difícil —en una aplicación consecuente de dicho planteamiento— no adelantar la barrera de punibilidad a todas las intervenciones pre-ejecutivas, situación que crearía problemas en el plano sistemático para encontrarle un lugar apropiado al principio del hecho típico, y en el plano político-criminal recortaría demasiado el espacio de libertad del ciudadano. Como se comprobó, este enfoque diseñado inicialmente a partir de las consideraciones de la teoría de la causación y con ayuda de la teoría de las normas, genera una fisura, una hendidura en la tradicional teoría de la participación en el injusto y sus variantes, que solo puede aceptarse y, a la vez, en la medida de lo posible tratar de remediarse. Sin embargo, esta concesión no puede significar una capitulación frente al comienzo de ejecución del hecho típico y, por ende, frente a la accesoriedad externa.

Con base en lo anterior, las intervenciones previas no han de tomar su contenido del hecho principal realizado de propia mano por el autor, pero tampoco pueden ser asimiladas a lo que sería un delito autónomo *sui generis* (sin una decisión legislativa en tal sentido). He aquí el meollo de la discusión sobre la que se profundiza a continuación.

2.1. La negación del problema

ROXIN postula que el fundamento del injusto del partícipe es en parte independiente y en parte derivado del injusto del autor y acepta que la conducta de intervención pre-ejecutiva es impune si el autor no se dispone inmediatamente a realizar el tipo penal⁴⁸⁸. El trasfondo de este planteamiento es la búsqueda de un consenso al estilo roxiniano: afirmar la autonomía del injusto del partícipe sin acercarse a la teoría pura de la causación ni apartarse del Derecho positivo. En este anhelo teórico, desde luego, no reside el problema, aquí también se defiende, en armonía con los preceptos que regulan la participación, un injusto autónomo y la impunidad de la conducta de intervención en caso de no alcanzarse el estadio ejecutivo, pero por razones distintas. El problema son las premisas de las que parte ROXIN, las cuales si se siguen rigurosamente en los casos de intervención pre-ejecutiva conducirían no solo a rechazar el castigo de la participación en el nivel de la norma de sanción, sino además a predicar su neutralidad en el ámbito de la norma de comportamiento, algo insostenible⁴⁸⁹.

⁴⁸⁸ ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/2, 26/11, 26/256; EL MISMO, *FS-Stree Wessels*, 1993, pp. 365 ss.

⁴⁸⁹ Como ROXIN no distingue claramente en su sistema la norma de conducta de la norma de sanción, confunde comportamientos prohibidos a los que todavía no se les aplica la norma de sanción con comportamientos permitidos que tienen la misma consecuencia, es decir, que no se castigan. Frente al carácter prohibido de los actos preparatorios ROXIN es extremadamente oscuro: por momentos parece sugerir que están prohibidos, pero sin afirmarlo categóricamente y sin precisar cuáles serían sus

Una de las consecuencias sistemáticas más importantes de este sinceramiento normológico se presentaría al momento de determinar si el Estado tiene derecho a reaccionar justificadamente contra quien ayuda o induce al ejecutor o, desde el punto de vista inverso, si el interviniente se encuentra obligado a tolerar esta acción defensiva incluso antes del comienzo de ejecución. En otras palabras, si el Estado o la víctima en su representación — al margen de los supuestos contemplados en disposiciones como la del § 30 StGB— tendrían o no que permanecer de brazos cruzados hasta que el autor dé inicio al hecho principal para impedir la actualización típica del proceso ejecutivo⁴⁹⁰. ROXIN no se pronuncia expresamente sobre ello porque no puede dar una respuesta sólida a esta cuestión con base en los presupuestos de los que parte⁴⁹¹.

La contradicción insalvable de la teoría del ataque accesorio al bien jurídico es su *doble personalidad* en el plano metodológico, la cual repercute de un modo especialmente evidente en los casos de intervención pre-ejecutiva: si el injusto del partícipe toma parte de su contenido de injusto del hecho del autor, entonces aquel no puede presentarse completo antes del comienzo de la ejecución⁴⁹². Algo no puede ser prohibido e imposible al mismo tiempo y, naturalmente, pensar en una antinormatividad sometida a condición no sería una buena guía. Esta idea debe descartarse con base en dos argumentos. En primer lugar, porque si la prohibición queda atada al comportamiento futuro e incierto del autor se generaría una directiva de conducta ambigua: “corresponde a tu esfera privada el prestar un arma de precisión para matar a otro; eso, por tanto, puedes hacerlo, dado que tampoco puedo prohibírtelo; pero a ti puedo prohibirte [...] que el autor mate con tu arma o intente hacerlo”⁴⁹³.

En segundo lugar, si esto fuera así, y la norma de conducta no le permitiera reconocer a su destinatario cuáles características ha de tener la conducta punible antes del hecho típico, se

consecuencias. Véase, por ejemplo, ROXIN, *AT*, 2006, § 29/93 aunque refiriéndose a supuestos de autoría individual.

⁴⁹⁰ En general, con argumentos dogmáticos y político-criminales de distinta índole se admite la reacción justificada en estado de necesidad defensivo contra el partícipe que, en caso de salirse con la suya, frustraría luego una defensa eficaz para repeler la agresión del autor. Así JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014 p. 17.

⁴⁹¹ Sin embargo, ROXIN, *AT*, 2006, § 15/23 al considerar que se podría incluir dentro del concepto de agresión actual (en los casos de autoría individual) también a la estrecha fase final de los actos preparatorios que es inmediatamente previa a la fase de la tentativa, debería dar un guiño positivo a la reacción justificada contra los llamados “actos preparatorios” que realiza el partícipe y se encuentran muy próximos [normativamente] al inicio de ejecución del autor. Esta solución solo es admisible sistemáticamente si ROXIN la construye con base en su criterio para determinar el comienzo de la tentativa punible, pero de ningún modo, a partir de la teoría del ataque accesorio al bien jurídico. Se aprecia entonces un desfase entre su teoría de la tentativa y su teoría de la intervención cuando se trata de intervenciones previas a la ejecución.

⁴⁹² Tampoco sería fácil fundamentar la existencia de cláusulas como la del § 30 StGB. Las objeciones precedentes deberían hacernos sospechar sobre la verosimilitud de las explicaciones que pueden brindar para el § 30 StGB quienes toman como punto de partida la teoría de la participación en el injusto y sus variantes.

⁴⁹³ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 80. En este caso, la norma de comportamiento se volvería irracional, puesto que la materia de la prohibición ya no se podría determinar *ex ante*, sino solo *ex post* después de la ejecución del hecho principal.

infringiría el mandato de determinación como manifestación específica del principio de legalidad. Acto seguido, la oscuridad de esta norma impediría reconocer la materia de la prohibición, en un efecto dominó, desbarataría otras garantías fundamentales del Derecho penal: *principio de autorresponsabilidad*: el interviniente acabaría respondiendo por lo que hace otro, sin explicarse bien por qué razón; *principio de culpabilidad*: esta norma sometida a condición no permitiría determinar cuál es el comportamiento prohibido y, por ende, tampoco realizar un reproche acorde a la culpabilidad por el hecho; y *debilitamiento de la eficacia preventivo-general de la norma de comportamiento*: el ciudadano no conocería qué es lo que el Estado le pretende prohibir.

Es más, a menudo se pasa por alto que frente a un hecho que toma su contenido de injusto de lo que después hará o dejará de hacer el ejecutor impide hablar —en sentido estricto— de una tentativa de intervención, pues sin el hecho principal no se realiza el pleno disvalor de la acción (previa) de participación. En el marco de la propuesta roxiniana es un error creer que si no hay ejecución solo falta el resultado que co-causa la acción del partícipe; por el contrario, falta también aquella parte de la acción que la constituye como un verdadero ataque al bien jurídico. En consecuencia, la motivación o favorecimiento anterior a la ejecución solo sería un puro disvalor de intención no objetivable. No habría una acción de participación, pues si ésta toma su contenido de injusto de un hecho futuro, antes de su producción no habría ni tentativa de intervención ni injusto de la participación. La tesis de ROXIN con esfuerzo explica formalmente los casos de intervención concomitante a la actividad del autor, pero de ningún modo da una respuesta consistente a la intervención pre-ejecutiva.

Entonces, la única alternativa sistemáticamente correcta en la línea de pensamiento de ROXIN sería asimilar la intervención en el estadio previo con los actos preparatorios permitidos, pero pagando un alto precio por ello⁴⁹⁴. Más allá de la objeción relativa a la imposibilidad de fundamentar deberes de tolerancia que se erijan como el anverso del derecho del agredido a reaccionar justificadamente, lo cierto es que normológicamente una conducta de intervención pre-ejecutiva nunca puede ser equiparable a un acto preparatorio permitido⁴⁹⁵. Si bien es cierto que la relación personal del agente con la norma de comportamiento en ambos casos es hostil al Derecho, no es menos cierto que en los actos preparatorios el legislador ha decidido reconocerle al ciudadano un ámbito de libertad primordial para que pueda *coquetear* con el proyecto delictivo —fantasear, pensar, imaginar, concebir, realizar conductas estereotipadas, etc.—. El límite es la exteriorización de los mismos, la cual no puede ser reducida a una manifestación fenotípica, sino que debe ser

⁴⁹⁴ Precio que también paga KATZENSTEIN, *Die Straßlosigkeit der actio libera in causa*, 1901, pp. 52 ss. en el ámbito de la *alic* al equiparar los actos realizados en situación de imputabilidad en la fase previa a la lesión al bien jurídico con meros actos preparatorios. KATZENSTEIN concluye que al menos de *lege lata* los casos de provocación del estado defectuoso permanecerían extramuros de la prohibición. Es fácil ver, entonces, qué tan desgraciadas pueden ser las consecuencias dogmáticas alcanzadas en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo al no distinguir en la fase previa los actos preparatorios de la intervención antinormativa, tanto en la teoría de la intervención delictiva como en el ámbito de la *alic*.

⁴⁹⁵ Poniéndolo de relieve HERZBERG, «Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen», *FS-Roxin*, 2001, pp. 784 ss., aunque frente a la solución propuesta por ROXIN para los casos de *alic*.

interpretada en sentido normativo. Tanto en los casos de autoría individual como en los casos de pluralidad de intervinientes la acción de ir a la armería a comprar el arma de fuego en el marco de un *iter criminis* homicida, en principio, no puede considerarse una tentativa de intervención: acto preparatorio = prohibición de regreso = perímetro de libertad primordial del ciudadano. No existe una relación lógica necesaria entre actos preparatorios e intervención, ya que puede suceder en algunos casos que el proyecto delictivo simplemente se trunque en el fuero íntimo del individuo.

Ahora bien, si el agente compra el arma de fuego y la deja en manos del autor desentendiéndose del destino de su intervención, su proyecto hostil al Derecho disimulado con el ropaje de una conducta neutral, adquiere un claro sentido delictivo de menosprecio de la norma jurídica que le prohíbe adaptarse a hechos delictivos ajenos. Nadie debe dejar librado a la voluntad ajena la concreción de un curso causal peligroso prohibido que ha salido dolosamente de su esfera de organización. Sucintamente: la infracción de la norma de comportamiento de la participación no debe ser asimilada a un acto preparatorio por el solo hecho de acarrear, antes del comienzo de la tentativa, su misma consecuencia, a saber, la impunidad⁴⁹⁶.

Los cimientos más profundos de este laberinto cerrado en el que se pierde ROXIN no son otros que los elementos conceptuales de la teoría del ataque accesorio al bien jurídico. Pues, con base en el criterio de la determinación del comienzo de la tentativa en los casos de autoría individual, ROXIN alcanzaría por una vía argumentativa más sólida la conclusión de que las intervenciones previas en contextos de pluralidad de intervinientes le están vedadas al partícipe incluso antes del comienzo de la tentativa punible⁴⁹⁷. Nuevamente, aunque ROXIN habla formalmente de tentativas de intervención (prohibidas), materialmente es difícil pensar cuál sería su contenido de injusto antes de la ejecución. Las alarmas, por lo tanto, comienzan a sonar y los seguidores de este enfoque se bifurcan en dos direcciones. La primera de ellas conduce a la conclusión dogmáticamente correcta, pero contradictoria con las premisas asumidas, de la prohibición de la cooperación pre-ejecutiva. Con esto se gana, por ejemplo, al explicar la acción justificada de la víctima o la autoridad policial, pero se trunca el desarrollo de una teoría consistente. La segunda dirección, al afirmar que la conducta del interviniente estaría permitida gana coherencia, pero acarrea consecuencias inaceptables: diluye la frontera entre los actos preparatorios y la participación, no se pronuncia sobre la existencia de deberes de tolerancia y coloca a la víctima en una situación de desprotección. Lo odioso de estas

⁴⁹⁶ Comete este error también KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1984, pp. 64 s.; EL MISMO, «Anmerkung zu BGH, Beschl. V. 12.2.1997 – 2 StR 28/97» en *NSiZ*, 1997, p. 274: “*Der deliktsfördernde Beitrag des A ist sub specie Tatbestand so wenig verboten wie es eine entsprechende Vorbereitungshandlung des Täters selbst wäre*”.

⁴⁹⁷ Para el autor se trataría de un acto preparatorio siempre que no exista un peligro inmediato para el bien jurídico y todavía tenga en sus manos el acontecimiento, bastando para que entre en consideración la tentativa uno de ambos criterios, ROXIN, «Der Anfang des beendeten Versuchs», *FS-Maurach*, 1972, pp. 213 ss. Lo que es así para el autor individual no debería ser diferente en los supuestos de pluralidad de intervinientes en un proceso ejecutivo extendido en el tiempo.

alternativas sitúa a ROXIN y la doctrina mayoritaria en una encrucijada frente a la que han adoptado una actitud negadora.

En su difundido manual ROXIN realiza un impecable trabajo en el que condensa los conceptos, categorías y grupos de casos más relevantes de la teoría del delito de los últimos 30 años, dedicando casi la mitad de su segundo tomo a los problemas de autoría y participación. Sin embargo, llama la atención que la hipótesis de intervención antes de la tentativa ocupe un único párrafo⁴⁹⁸. Contraste que se aprecia sin esfuerzo, tanto al leer los apartados sucesivos en los que enfoca toda su atención en el último momento del proceso ejecutivo en el que es posible cooperar, como al comparar este tratamiento con el resto de su prolífica obra⁴⁹⁹. Dicha actitud teórica no es casual en uno de los dogmáticos más minuciosos de los últimos tiempos, y es que ROXIN no puede resolver estos casos con su instrumental conceptual.

2.2. Una “teoría pura” de las normas en SANCINETTI

En las investigaciones de SANCINETTI se encuentran valiosas coordenadas para descifrar el sentido de las intervenciones en el estadio previo a la ejecución. Sus esfuerzos teóricos se han dirigido desde un comienzo a fundamentar una concepción del ilícito ceñida al disvalor de acción. Entre sus influencias se advierten la doctrina finalista de la acción de WELZEL, el desarrollo posterior de KAUFMANN y sus discípulos, así como el pensamiento funcionalista de JAKOBS; referentes con los que su tesis dialoga constantemente. En el trabajo de SANCINETTI se realizan análisis dogmáticos precisos e ingeniosos con desenlaces teóricos que en general se distancian de la doctrina dominante. Estos son consecuencia de llevar hasta las últimas consecuencias su premisa mayor: la completa supresión del resultado como componente del ilícito. Toda su obra se reconduce a este punto de partida. A pesar de lo extraña que puede parecer en un mundo (cada vez más) “resultatista” una teoría que prescinde del resultado, debe reconocérsele al autor argentino una virtud de la que gozan pocas obras que se han sumergido en estos temas: la coherencia de su razonamiento⁵⁰⁰.

SANCINETTI postula la autonomía del injusto del partícipe y niega toda trascendencia al principio de accesoriadad⁵⁰¹. Su teoría de la intervención, presenta puntos de contacto con las reflexiones de LÜDERSEN. Sin embargo, se distancia de estas al hacer caso omiso a la

⁴⁹⁸ Véase ROXIN, *AT*, 2006, § 26/256.

⁴⁹⁹ Es llamativo que esto sea así, en cuanto para ROXIN, *AT*, 2006, § 26/256 “la mayoría de las acciones de cooperación caen en el estadio de la preparación”.

⁵⁰⁰ Con todo, estimo correcta la opinión de HAFKE en *Libro homenaje a Roxin*, 1995, p. 134 cuando advierte que, si bien las posturas que construyen el sistema del delito únicamente desde la perspectiva de la infracción de la norma de conducta impresionan por su admirable rigor y coherencia, adolecen de un defecto metodológico de gran importancia, al desconocer que “el Derecho penal como sistema de ‘control represivo de infracciones de normas’ es autónomo, esto es, percibe, trata y resuelve el conflicto según sus propios criterios”.

⁵⁰¹ Véase SANCINETTI, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003, pp. 67 ss.; EL MISMO, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 57 ss.; EL MISMO, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1995, pp. 260 ss.; EL MISMO, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 732 ss.

idea de una dependencia fáctica [*faktische Abhängigkeit*] entre la contribución y el hecho típico⁵⁰². LÜDERSEN entendía que el comportamiento del autor cumplía un rol solo en la medida en se presentaba como un presupuesto para que la cooperación del interviniente se conectara causalmente con la lesión al bien jurídico, de allí el nombre de su teoría como *reine Verursachungstheorie*. SANCINETTI, por su parte, realiza un planteamiento estrictamente ceñido a la teoría de las normas, diseñando un injusto referido directamente a la norma que le prohíbe al partícipe favorecer un hecho típico o inducir al autor a cometerlo⁵⁰³. La autonomía del injusto del partícipe —que en el planteamiento de LÜDERSEN dio forma a una *teoría pura de la causación*— en SANCINETTI se concreta como una *teoría pura de la norma*⁵⁰⁴. En aquella, la accesoriadad era disminuida a una relación fáctica de afectación al bien jurídico, en esta reemplazada por una relación personalísima con la norma.

“El ilícito propio de participar en el hecho conducido por otro aparece cuando el inductor o cómplice da el paso que, según su representación, podría determinar un aumento de esfuerzos ulteriores para poder retroceder; es decir, cuando da el paso tras el cual disminuirá su capacidad de señorío sobre la influencia de su inducción o de su aporte”⁵⁰⁵.

Con la disminución del control sobre la intervención comenzaría el ilícito del partícipe: tentativa inacabada de participación. Pero el disvalor propio de la participación no se integraría únicamente con el paso activo de crear en otro la voluntad de realizar el hecho o cooperar en él, sino también con el disvalor omisivo subsiguiente de permanecer indiferente al desarrollo ulterior del hecho⁵⁰⁶. En este momento, cuando el partícipe pierde la posibilidad segura de revocación de la influencia de su aportación habría terminado todo su ilícito: tentativa acabada de participación. “El disvalor completo de una instigación y de una cooperación necesaria, para que puedan ser legítimamente equiparados con el disvalor de acción del autor, presuponen la inacción de esos partícipes aun en aquel momento en que, según las representaciones de cada partícipe fuera ya no más revocable con seguridad, para ellos, que el autor menoscabe el objeto de bien jurídico”⁵⁰⁷. Debido a la exclusión total de la dimensión externa de la accesoriadad, SANCINETTI postula que la tentativa acabada de intervención debería ser punible. La constatación del momento activo en que el agente comenzó a perder el control sobre su aportación y luego del momento omisivo en que este perdió absolutamente la posibilidad de revocación serían los dos extremos del ilícito del partícipe. Ambos toques determinados según la representación individual. Esta norma de conducta personal y la supresión total de la accesoriadad externa implican, por consiguiente,

⁵⁰² LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 25 y 119 ss.

⁵⁰³ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1991, p. 15, 69. Según el autor citado, si se admitiera el carácter constitutivo del comienzo de ejecución del autor principal para definir el ilícito del partícipe, se convertiría al autor en una suerte de mandatario del partícipe en materia penal que diluiría el principio de que la responsabilidad penal es personal.

⁵⁰⁴ “Es preciso partir de la idea de que una norma autónoma está referida a la intervención de cada participante y que cada uno, al igual que responde por su propia culpabilidad, responde por su propio ilícito”, SANCINETTI, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003, p. 85.

⁵⁰⁵ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 75.

⁵⁰⁶ En la misma línea de WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, p. 323 y JAKOBS, *AT*, 1991, 25/72.

⁵⁰⁷ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 72.

asumir la solución individual de la tentativa y limitar la relación entre el agente y la norma a un circuito cerrado. Un acto preparatorio estaría prohibido cuando el partícipe pierde la posibilidad segura de frustrar la realización del tipo “por ejemplo, poniendo el instrumento riesgoso en manos de quien seguirá adelante: solo para esta persona el aporte del partícipe es un acto ‘preparatorio’; para el partícipe, es un acto ejecutivo (acto preparatorio sin posibilidad segura de revocación = acto ejecutivo)”⁵⁰⁸.

SANCINETTI está en lo correcto cuando toma el criterio de la pérdida del control del riesgo y lo incorpora a su teoría del ilícito⁵⁰⁹. Asimismo, da en el blanco cuando destaca el disvalor omisivo de permanecer indiferente al desarrollo ulterior del hecho. Sin embargo, los aciertos en la selección de sus puntos de partida se ven opacados por una radicalización posterior que en los hechos acaba atomizando la idea de intervención. Frente a los problemas que presenta el principio de accesoriedad externa, la clave no consiste en su completa detonación, sino en una deconstrucción normativa que rediseñe un injusto de la participación autónoma sin desconocer que la intervención es en un hecho mayor. SANCINETTI al negar que exista una obra en común que fundamente la responsabilidad de los intervinientes y postular que esta solo es el producto de la reunión de las aportaciones individuales⁵¹⁰ comete una variante de la falacia de composición, pues el todo no es igual a la suma de las partes. Es decir, el sentido del hecho colectivo no es equivalente al resultado de la adición aritmética de las intervenciones individuales. Si cada agente es responsable por lo que hace y deja de hacer de propia mano, esto será más o menos correcto según los contornos del principio de responsabilidad asumido, pero de lo que no podrán caber dudas es de la existencia de algo en común entre cada una de las prestaciones individualmente consideradas⁵¹¹. No hay obra colectiva: la intervención se desintegra y pasa a ser una autoría paralela. Esto es así porque el conjunto de aportaciones individualmente consideradas no puede ser apreciado como una obra común si no se busca un punto nodal que las integre en una unidad de sentido, y este punto nodal es el principio de ejecución.

Puede verse ahora cuán fatal es despreciar al comienzo de ejecución como eje de la teoría de la intervención. En primer término, aunque SANCINETTI rechace de manera contundente esta crítica, lo cierto es que le significa adelantar demasiado la barrera de punición hasta abarcar comportamientos que, si bien están prohibidos, todavía no hay necesidad de sancionar y, en consecuencia, el legislador ha decidido dejar impunes hasta que se materialice el resultado colectivo⁵¹². Entonces, SANCINETTI no alcanza a ser todo lo normativista que desearía cuando propone la supresión total del resultado en la teoría de la intervención, pues

⁵⁰⁸ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 84.

⁵⁰⁹ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 717 ss.

⁵¹⁰ SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 89; EL MISMO, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003, p. 90.

⁵¹¹ “No solo mediante una fundamentación autónoma del castigo de la participación se respeta el principio de autorresponsabilidad”, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 178, nota 99.

⁵¹² “El estar completamente en contra de un requisito de accesoriedad externa implicaría proponer la punición de los partícipes aun en el caso de que el hecho principal no llegue a ser ejecutado”, SANCINETTI, *Dogmática del hecho punible y ley penal*, 2003, p. 87.

acaba desconociendo una norma fundamental, la del Derecho positivo. Al rechazarse las prestaciones del principio de accesoriedad en tanto *mediating principle* se acaban sancionando conductas sin que buenas razones justifiquen llegar tan lejos, condenando a esta perspectiva al plano de *lege ferenda*. La cuestión que no se termina de aclarar es por qué el legislador querría castigar conductas de intervención antes de su concreta materialización en una lesión al bien jurídico. Que estas conductas deben estar prohibidas no cabe duda, como veremos a continuación son peligrosas y, de otro modo, se generaría un déficit de protección para la víctima, pero esto no implica forzosamente que exista necesidad de una reacción formalizada mediante pena.

La conclusión es que el núcleo del problema se encuentra en el punto de partida de una teoría del delito exclusivamente enfocada al disvalor de acción. Es la premisa mayor a partir de la cual SANCINETTI construye todo su razonamiento la que *ab initio* es incompatible con el modo en que se interactúa en la vida social. Pocos de nosotros estaríamos dispuestos a aceptar contactos sociales generalizados en los que sus efectos (resultados) estuvieran desprovistos de cualquier significado. Piénsese en nuestro uso del lenguaje, desconocerlo nos llevaría a situaciones paradójicas. En esto debería coincidir el mismo SANCINETTI, ya que él critica la idea de que en el modelo unitario de autor cualquier aportación causal a la lesión del objeto de bien jurídico esté alcanzada por la prohibición, entre otras cosas, porque violentaría el uso normal del lenguaje. “Parece intuitivo que *no mata a alguien* quien entrega un arma *para matar*”⁵¹³ y, por ende, su conducta no se subsume en el tipo penal del homicidio. Ahora bien, si esta observación es cierta, entonces de manera análoga debería cuestionarse si no se violenta el uso normal del lenguaje cuando se afirma una participación punible en un homicidio a pesar de *no haber muerto*. Sin duda, el lenguaje también se fuerza cuando se condena a X por participar en el homicidio de Y, quien se encuentra sentado en la primera fila de la sala de enjuiciamiento. Pues, tanto en el ámbito de las interacciones sociales como en el del lenguaje, el resultado se resiste a la plena apropiación subjetiva. Quizá debería aceptarse que el desafío teórico no consiste en buscar argumentos para suprimir el resultado de la teoría de la imputación, sino para vincularlo como materia de nuestra actividad en el marco de la teoría de las normas y el principio de culpabilidad.

2.3. Las *Obliegenheiten*, un señuelo engañoso

Uno de los pocos autores que se ha encargado de explicar de modo exhaustivo la intervención en el estadio previo a la ejecución ha sido JAKOBS. En su trabajo *Theorie der Beteiligung* —y en menor medida en su contribución al *FS-Yamanaka*— se dedica principalmente a este tema y termina de darle forma a una tesis que ya se leía en algunas de sus obras anteriores⁵¹⁴. Su punto de partida es una concepción del injusto que se identifica

⁵¹³ SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 633.

⁵¹⁴ Véase JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 79; EL MISMO, *FS-Puppe*, 2011, pp. 559 ss.; EL MISMO, *GA*, 1996, pp. 253 ss.; EL MISMO, *AT*, 1991, 21/3, 22/8/, 22/20 s., 22/40 nota 81a; EL MISMO, *ZStW*, 1985, pp. 751 ss.

exclusivamente con la realización del tipo⁵¹⁵. Esto implica que la norma de conducta se infringe con la arrogación típica de una esfera de organización ajena, lo que solo puede suceder después del comienzo de ejecución del hecho típico. En este orden de ideas, en los casos de pluralidad de intervinientes la realización típica se imputa tanto al ejecutor como a todo el colectivo que la hizo posible. En consecuencia, el hecho típico no es algo ajeno al partícipe, sino que también le pertenece debido al proyecto común que lleva adelante con el autor⁵¹⁶. Ahora bien, si el injusto se le imputa al colectivo y solo pasa una vez, y no por separado, para cada uno de los intervinientes al estadio del comienzo de la tentativa (solución global), entonces la situación de aquel partícipe que realizó su prestación antes de la ejecución demandará una explicación adicional.

JAKOBS rechaza que la actividad pre-ejecutiva de colaboración o inducción pueda entenderse como una infracción de la norma de comportamiento de la participación: solo puede ser injusto “una conducta con el significado de un quebrantamiento de la norma, y no una conducta con el significado de que se está preparando un quebrantamiento de la norma que va ocurrir en un momento posterior”⁵¹⁷. No obstante, el partícipe que ayuda al autor se colocaría en una situación en la que no puede ser distanciado de la ejecución y, si esta se produce, habría de aceptarla como su propio injusto⁵¹⁸. El no haberse mantenido a raya de un proyecto delictivo que ha llegado hasta la ejecución es el fundamento para imputarle al partícipe que intervino en el estadio previo la ejecución posterior. El cómplice y el inductor antes del inicio de la tentativa punible infringirían una *Obliegenheit*⁵¹⁹, esto es, una prohibición

⁵¹⁵ JAKOBS, *FS-Yamanaka*, 2017, p. 111; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014.

⁵¹⁶ Véase JAKOBS, *AT*, 1991, 21/3, 22/8. A esta premisa subyace una aguda crítica al concepto restrictivo de autor y el entendimiento de que lo ejecutado de propia mano y por mano ajena es un mero naturalismo. En efecto, JAKOBS reemplaza la tradicional distinción cualitativa entre autores y cómplices por una asignación globalizada de cantidades de competencia. Sobre este punto me remito al desarrollo realizado en el capítulo anterior, en cuanto esta perspectiva se encuentra íntimamente ligada a su fundamento del injusto de partícipe.

⁵¹⁷ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 16. Ya antes, KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1984, pp. 64 ss.

⁵¹⁸ JAKOBS, *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 109 ss.; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 35; EL MISMO, *FS-Lampe*, 2003, pp. 566 ss.

⁵¹⁹ El concepto de *Obliegenheit* es tomado del Derecho civil, en particular, del Derecho de seguros. Con él se hace referencia a distintas obligaciones que se encuentran en cabeza del asegurado y su cumplimiento le permite exigir válidamente a la empresa aseguradora determinadas prestaciones, por ejemplo, aquel debe informarle a esta de toda circunstancia que modifique el riesgo para no perder la posibilidad de demandar la suma asegurada en caso de siniestro (§§ 23 ap. 2, 26 ap. 2 VVG): “El cumplimiento de la *Obliegenheit* es un *presupuesto objetivo* para mantener cierto derecho o ciertas ventajas, de ahí que su infracción no acarrearía un resarcimiento por daños, sino más bien (principalmente) la liberación de la aseguradora de cumplir con la prestación a su cargo”, MONTIEL, «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?» *InDret*, 4/2014, p. 9. Otros ejemplos de *Obliegenheiten*, pueden encontrarse en el Derecho mercantil y en otras ramas del Derecho civil. En el ámbito del Derecho penal el cumplimiento de la *Obliegenheit* de modo análogo se interpreta como un presupuesto que le permite al agente descargarse de la imputación por la afectación a un bien jurídico alegando falta de acción, error, estado de necesidad, etc., véase ROXIN, *AT*, 2006, § 22/46. Uno de los primeros importadores de este concepto fue HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 49 ss. quien lo utilizó como criterio normativo para explicar la dinámica de la *imputación extraordinaria*. Con su infracción se le atribuye al agente un resultado lesivo a pesar de que en el momento del hecho padezca un defecto que imposibilita formular un juicio de *imputación ordinaria*. La *Obliegenheit* sería un deber más

(o mandato) de comportamiento de menor intensidad que el deber [*Pflicht*], que restringe su conducta —le prohíbe favorecer un hecho delictivo o inducirlo— pero cuya infracción no es suficiente para la aplicación de la norma secundaria.⁵²⁰

“Quien actúa en el estadio previo todavía no debe, en el momento de la acción, responder de nada hacia fuera (como injusto), pero sí ha de responder hacia dentro (como infracción de una incumbencia): se ha colocado en la situación en la que no puede ser distanciado del injusto realizado en el futuro, pues ha llevado adelante las preparaciones necesarias para la realización de tal injusto”⁵²¹.

En un proyecto delictivo la preparación puede ser realizada por el mismo autor (autoría individual⁵²²) o por un cómplice (intervención): la intervención en la fase previa solo sería otra manera de preparar el delito. Tanto el partícipe que colabora antes de la ejecución como el autor que prepara su propio hecho infringirían una incumbencia, y se harían competentes por la ejecución futura, aunque “la conducta de intervención [...] no es una conducta en sí injusta, contraria a deber”⁵²³. El significado de la *Obliegenheit* consiste en que “el-tipo-va-a-ser-realizado”, y solo después de iniciada la ejecución la conducta se traduce en una infracción de la norma (“el-tipo-es-realizado”)⁵²⁴. En este punto se plantea una paradoja jakobsiana muy elegante: la incumbencia no es antinormativa en sentido estricto —porque el injusto solo nace con la ejecución del tipo penal y “la colaboración común en el ámbito previo a la realización del tipo no determina por sí misma, a falta de exteriorización, una

débil cuya inobservancia no se sanciona, pero que al mismo tiempo coloca al infractor en una situación que fundamenta su posterior responsabilidad. Sin embargo, el campo de aplicación de este concepto excede a la tesis de la *imputación extraordinaria* para atribuir responsabilidad penal por la provocación de un defecto de imputación (*alibi*), abarcando también, según algunos autores, la imprudencia, los errores vencibles, la provocación de situaciones de justificación, el comportamiento negligente de la víctima, la aplicación de medidas de seguridad a inimputables peligrosos, etc. Un análisis profundo, crítico y con abundante bibliografía sobre el recurso a las *Obliegenheiten* en el ámbito del Derecho penal puede encontrarse en MONTIEL, *InDret*, 4/2014.

⁵²⁰ JAKOBS se ha apoyado en las *Obliegenheiten* para resolver diversos grupos de casos, adquiriendo este concepto una especial relevancia en su sistema del delito. Por ejemplo, para dar respuesta a los casos en los que la víctima es competente por la producción del resultado lesivo y así excluir la responsabilidad del autor: las *Obliegenheiten* serían aquellas reglas de conducta que le prescriben a la víctima adoptar medidas de autoprotección para evitar o disminuir riesgos. Su omisión no constituiría por sí mismo un injusto penal, pero la colocarían en una posición en la que debería tolerar el resultado lesivo, véase JAKOBS, *AT*, 1991, 7/35. También las *Obliegenheiten* tienen un lugar en la explicación de la evitabilidad del error de prohibición en los casos en los que, si bien el resultado de la información requerida no es claro, le incumbe al agente informarse en una instancia superior, véase JAKOBS, *AT*, 1991, 19/43 s. La idea de *incumbencia* está a la vez presente en el fundamento de la responsabilidad por el resultado: luego de la tentativa acabada, esta ya es una infracción completa de la norma de comportamiento —es decir, una infracción de deber [*Pflichtverletzung*]— pero al mismo tiempo va acompañada de la infracción de una *Obliegenheit* que coloca al autor en una situación en la que no puede oponer que la producción del resultado le es algo ajeno, véase JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012 pp. 69 s.

⁵²¹ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 18.

⁵²² En los casos de autoría individual JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 15 habla de llevarse-adelante-a-sí-mismo [*Sich-selbst-Voranbringen*].

⁵²³ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 45; EL MISMO, «Beteiligung», *FS-Lampe*, 2003, pp. 563 ss.

⁵²⁴ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 42; EL MISMO, *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 110.

perturbación social”⁵²⁵ — pero no obstante, el interviniente es tratado de una manera (muy) similar a la de quien ya ha infringido su norma de comportamiento. En efecto, JAKOBS afirma, por un lado, que la conducta del partícipe en el estadio previo no tiene *per se* el significado de una contradicción de la norma [*Pflichtverletzung*] —sino el significado de hacer posible una futura contradicción de la norma—⁵²⁶ pero, por otro lado, también postula que la *Obliegenheit* se basa en la infracción de la incumbencia de no hacerse competente por la ejecución por medio de mano ajena y ello justifica la imposición de deberes de tolerancia “existiendo una situación *semejante a la legítima defensa*”⁵²⁷.

Las *Obliegenheiten* jurídico-penales son presentadas por la doctrina como imperativos hipotéticos⁵²⁸: la *norma* rezaría: “si quieres que no se te impute el comienzo de ejecución del autor, entonces no lo favorezcas ni lo determines”. Se conciben así como condiciones para que el agente se mantenga cubierto por la prohibición de regreso. El agente habría de mantenerse a distancia de los proyectos delictivos para que su conducta no perdiera carácter neutral. Pero si se realiza un experimento y se deja de lado esta formulación lingüística, al analizar más de cerca su estructura se observa que del mismo modo que la prohibición de matar no deja de ser un imperativo categórico cuando es formulada (elípticamente) mediante la sujeción a un fin —“si quieres evitar una pena no debes matar”—, tampoco la usual formulación condicional de las *Obliegenheiten* conduce forzosamente a concluir que se está ante un imperativo hipotético⁵²⁹. Por ende, el criterio decisivo para determinar el carácter del imperativo debe ser su finalidad. Al igual que en el caso del autor, el mensaje de la norma para el partícipe también es categórico y, en su caso, le indica: “no favorezcas o determines un hecho delictivo”⁵³⁰. Las normas de la Parte general referidas a la participación junto con los tipos penales de la Parte especial son deberes absolutos e incondicionales del ciudadano. La formulación hipotética del imperativo conduce a la trampa de una antijuridicidad sometida a condición o a una norma de contenido imposible⁵³¹.

La directiva de conducta debe indicarle claramente a su destinatario cómo ha de comportarse en una situación determinada, y para ello el contenido del mandato o la prohibición debe ser claro en el momento en que el agente decide sobre la ejecución u omisión de la acción en

⁵²⁵ JAKOBS, *AT*, 1991, 21/3.

⁵²⁶ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 23.

⁵²⁷ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 15 (negrita en el original).

⁵²⁸ Así HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 413, 417; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1984, pp. 65 ss.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2008, pp. 72 ss.; SÁNCHEZ-OSTIZ, «¿Incumbencias en Derecho penal? – Dependencia», *InDret*, 1/2015, p. 20. “Todos los imperativos mandan, ya hipotética, ya categóricamente. Aquéllos representan la necesidad práctica de una acción posible, como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera). El imperativo categórico sería el que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria”, KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1921, p. 29.

⁵²⁹ Así MONTIEL, *InDret*, 4/2014, p. 17; en la misma línea, HERNÁNDEZ MARÍN, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2002, p. 224, pone de relieve que todos los enunciados no condicionales son reducibles a algún enunciado condicional.

⁵³⁰ Así RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 226 ss.

⁵³¹ Véase SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 80.

cuestión, no pudiendo depender de circunstancias posteriores. El partícipe como destinatario de las normas de comportamiento de la Parte general del Código penal experimenta una constrictión a obrar tanto como el autor en función de los tipos penales de la Parte especial. Por consiguiente, si la prohibición de la participación en la fase previa también es un imperativo categórico, su infracción debe ser desvalorada como antijurídica, es decir, como contraria al ordenamiento jurídico. El cómplice y el inductor que actúan en el estadio previo realizan un injusto en el momento en que se desentienden de su intervención con el significado inequívoco de una actuación que involucra y perjudica a terceros. Si se identifica la intervención en estadios anteriores a la realización típica con la infracción de una *Obliegenheit*, es decir, con un deber más débil o una *desaprobación jurídica* en la estructura de un imperativo hipotético no contrario al ordenamiento jurídico, se pierde de vista que su principal consecuencia es la imposición de una pena, tal como sucede con las conductas contrarias a deber.

Comentar todas las implicaciones de las *Obliegenheiten* para la teoría de la imputación excedería el marco de la investigación, sin embargo, me limitaré a exponer un esquema simplificado de los problemas más importantes en el ámbito de las intervenciones previas a la ejecución⁵³². Por muy ingeniosa que suene la tesis de las *Obliegenheiten* es inevitable leer en ellas una contradicción o, al menos, una falta de claridad que no permite definir sus contornos. JAKOBS acierta tanto al postular la autonomía del injusto de la participación como al deducir del concepto material de delito que el principio de accesoriedad debe tener un lugar en la teoría de la intervención⁵³³. Sin embargo, la afirmación de que el partícipe en el momento de la acción no debe responder de nada *hacia fuera* (como injusto), pero sí ha de responder *hacia dentro* (como infracción de una incumbencia) plantea interrogantes de difícil respuesta. Si el partícipe con su intervención no debe responder hacia afuera antes del comienzo de la ejecución no se explica como ella puede conducir a una situación *semejante a la legítima defensa*. O hay una arrogación de una esfera de organización ajena (agresión) o no la hay. La paradoja jakobsiana consiste en intentar una “normativización sin norma” del estadio pre-ejecutivo del delito. JAKOBS niega que el partícipe infrinja un deber, pero acepta la infracción de una incumbencia con consecuencias similares a la infracción de la norma de comportamiento.

Dicho problema no es exclusivo de la teoría de la intervención, sino que está presente en todos los ámbitos de la teoría de la imputación en los que se recurre a las *Obliegenheiten*, en

⁵³² Hasta donde alcanzo, las críticas de una parte de la doctrina al concepto de incumbencia son correctas. Primero, se ha importado un criterio de imputación del Derecho privado sin realizarse los ajustes conceptuales necesarios y esto genera diversos problemas en cada uno de los grupos de casos en los que se aplican. Segundo, el recurso a las *Obliegenheiten* se ha incorporado a la teoría de la imputación haciéndose un uso excesivo de la expresión y el concepto. Tercero, inversamente proporcional a esta expansión ha sido su rendimiento teórico: problemas de legitimidad de origen, indefinición y plasticidad han llevado a una utilización indiscriminada de las *Obliegenheiten* sin que ello refleje avances que brinden mejores soluciones a los casos difíciles. Sintetizo con esto el análisis de MONTIEL, *InDret*, 4/2014, pp. 13 ss. Contestando a estas objeciones desde otro punto de vista, SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret*, 1/2015, pp. 4 ss.

⁵³³ JAKOBS, *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 107 s. Alejándose así de propuestas como las de LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 119 ss. y SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 55 ss.

tanto no está clara ni la diferencia entre deber e incumbencia⁵³⁴, ni el alcance y espacio de juego de esta categoría normológica. En el plano estrictamente sistemático esto implica el desdibujamiento de la frontera entre los actos permitidos y los actos preparatorios prohibidos; la falta de una respuesta contundente sobre la legitimidad de la imposición de deberes de tolerancia a un agente que realiza una conducta que aún no es antinormativa [en el sentido de una *Pflichtverletzung*]; la debilidad de la argumentación con la que se descarta la aplicación de la norma de sanción; y la exigencia de una conducta reñida con el principio de culpabilidad para considerar la *renuncia* del partícipe en la fase previa⁵³⁵. En otro orden de ideas, estas observaciones repercuten también en el plano político-criminal al perderse importantes puntos de apoyo para construir criterios que permitan (des)legitimar el adelantamiento de la barrera de punición a conductas previas a la ejecución. Caer en la tentación de asumir la noción de incumbencia como concepto primario de la teoría de la intervención solo aplaza el desafío de fondo: a saber, buscar un punto de equilibrio, en el marco de las garantías jurídico-penales, entre la infracción de la norma conducta primaria y el hecho típico como obra colectiva cuando las intervenciones se realizan en una línea del tiempo. El recurso a las *Obliegenheiten* en el ámbito de la teoría de la intervención delictiva es una salida diplomática para no reconocer que antes del comienzo de ejecución la colaboración del cómplice y la motivación del inductor son antinormativas.

Las *Obliegenheiten* son más bien la excusa para una regresión, presentándose en su aspecto más básico como una formación reactiva, un modo de traicionar el planteamiento normativista que atraviesa toda la teoría de la intervención de JAKOBS y de reintegrar sus logros en el

⁵³⁴ En la doctrina existen diversos intentos de distinguir a las incumbencias de los deberes. Por ejemplo, SÁNCHEZ-OSTIZ, *InDret*, 1/2015, p. 22 los resume en el grado de concreción (o de abstracción) en la formulación del mensaje al destinatario, la exigibilidad de su cumplimiento y las consecuencias de su infracción. Sin embargo, ninguno de estos tres criterios permite descartar que en la fase previa a la ejecución estemos frente a la infracción de un deber. En primer lugar, el contenido de la norma de la Parte general que le impide al partícipe favorecer el hecho ajeno o determinar al autor a su ejecución ya es concreto, no deben esperarse mayores precisiones. Y si con estas se hace referencia al comienzo de ejecución, entonces se estaría renunciando a la autonomía del injusto del partícipe. Quién entrega un arma para matar ya conoce el contenido del deber que infringe. En segundo lugar, cuando SÁNCHEZ-OSTIZ opone la exigibilidad directa del deber a la exigibilidad indirecta de la incumbencia otorga un argumento más para apuntalar la crítica: ya en la fase previa al comienzo de ejecución se le puede exigir al partícipe que retire su intervención. Por último, tampoco es contundente la oposición entre *Obliegenheit* y deber en función de que este último sería el único sancionable. El deber que surge cuando el partícipe infringe su norma de conducta no debe ser identificado automáticamente con una sanción inmediata, sino como posibilidad de aplicación de la norma secundaria. Esto es así porque los requisitos de la norma primaria y de la norma secundaria son diversos. Como se ampliará, lo cierto es que si las *Obliegenheiten* son una entidad deóntica que se distingue de los deberes, el criterio no es ninguno de los anteriores, sino únicamente el interés (de autoprotección) individual sin referencia a terceros en función del cual son prescriptas. Así RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 219 ss., contundente en p. 220, nota 42; en la misma línea MONTIEL, *InDret*, 4/2014, pp. 10 ss.

⁵³⁵ Muchos de estos problemas ya son diagnosticados para el modelo de la excepción en los casos de *actio libera in causa* en los que la distinción entre *Obliegenheit* y deber es esencial, despertando críticas que han conducido a su rechazo jurisprudencial y doctrinal. En consecuencia, debería sorprender que en el ámbito de la teoría de la intervención delictiva el recurso a las *Obliegenheiten* tenga un eco mucho más favorable, cuando, en rigor, la estructura explicativa es estrictamente análoga.

campo de la doctrina mayoritaria. En el fondo, JAKOBS pretende nadar y guardar la ropa: un intento fallido de distanciarse de las teorías del injusto derivado de la participación conservando su ingrediente clave. Cuando busca fracturar la discusión trabada entre injusto autónomo e injusto derivado recurriendo a un concepto híbrido, en efecto, se acerca a una antijuridicidad sometida a condición⁵³⁶. Se niega que la intervención en la fase previa sea una conducta contraria a la norma de comportamiento, pero a la vez se la trata como tal. Y el precio a pagar por ello es muy alto si se tiene en cuenta la ausencia de criterios precisos para determinar a partir de qué momento se infringe una incumbencia y cuáles son las consecuencias sistemáticas que la distinguen de la infracción de la norma de conducta⁵³⁷.

Lo anterior hace muy difícil delimitar las conductas amparadas por el principio *cogitationen poenam nemo patitur*. Cuestión en la que hemos de ser muy precisos, pues este punto es fundamental para la teoría de la intervención delictiva, al trazar la frontera entre las conductas permitidas y las conductas prohibidas. Ir a la tienda a comprar veneno para ratas (o incluso antes, anotar en la lista del supermercado “raticida”) también es una conducta que *lleva adelante* [*Voranbringen*] el homicidio por envenenamiento, pero todavía es demasiado pronto para legitimar la intromisión en la esfera de organización del agente. Frente a ello, JAKOBS respondería que la compra del veneno es una conducta estereotipada sin sentido delictivo: prohibición de regreso. Pero si esto es así, y al fin de cuentas el verdadero criterio es el de la prohibición de regreso, no se alcanza a ver cuál es el rendimiento dogmático de la idea del *llevar adelante*. El punto crucial es que, si tomamos en serio que la prohibición de regreso es el anverso de la participación punible y, por lo tanto, de la infracción de la norma de conducta, entonces no queda espacio para una franja gris en medio de lo prohibido y lo permitido. Una conducta significa una perturbación social —arrogación de una esfera de libertad ajena— o, por el contrario, está permitida —dentro del perímetro de la libertad primordial del ciudadano—. Al aceptarse las *Obliegenheiten*, las cosas dejan de estar claras, el criterio de la prohibición de regreso pierde rendimiento y se abre un espacio de inseguridad jurídica. Ejemplo de esto es la proyección de los argumentos dados por JAKOBS a la solución del caso de

[Caso 9] “quien, en el seno de su organización, omite, contra el uso consolidado, cerrar el portal por la noche, de manera que el acceso a la casa de su vecino resulta más fácil para un ladrón, coloca,

⁵³⁶ Aunque él lo rechaza expresamente, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 14. Más allá de ello, esta réplica anticipada al problema que late en el núcleo de su teoría de la intervención ya debería hacernos sospechar.

⁵³⁷ Observa JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «actio libera in causa»*, 1990, p. 281 que el recurso a las *Obliegenheiten* sería un caso de analogía *in malam partem*. Aunque su advertencia se refiere a la utilización de esta categoría normológica en el ámbito de la *alic*, se puede asumir esta crítica también en la teoría de la intervención. “Si el sujeto que lesiona una obligación, no lesiona a la vez el deber penal, pero a pesar de ello se le impone la misma pena ¿no es esto analogía en contra del reo? Si no puede decirse que la infracción de la obligación implique la del deber (con lo cual el deber contendría ya a la oblig[ación] y, en consecuencia, la distinción terminológica podría perder parte de sentido), la pena a imponer a la infracción de dicha obligación tampoco podrá desprenderse del deber”. Lo advierte ya antes SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, p. 267 en relación con la tesis defendida por HRUSCHKA.

además, una alfombra que amortigua el ruido de las pisadas [...] y, de manera insólita, no enciende una luz”⁵³⁸ adaptando de este modo su organización a la conducta delictiva del autor.

JAKOBS afirma que una sola conducta puede no ser significativa como infracción de la incumbencia, pero si la suma de varias realizaciones de conductas. De manera inequívoca, la conducta del vecino es de complicidad, aunque no debido al argumento de la adición cuantitativa de distintas conductas permitidas que han excedido un determinado umbral — no precisado— y se han transformado en prohibidas (infracción de una incumbencia...), sino por el hecho de librar en manos del futuro ejecutor una organización *cualitativamente* peligrosa, por su específica configuración no adecuada socialmente. En este caso, el *output* del agente es una adaptación antinormativa, no porque se sumen varios riesgos permitidos que arrojen un resultado de riesgo prohibido, sino porque el partícipe infringe la norma de comportamiento que le impide dejar en manos de terceros una organización peligrosa⁵³⁹. Una organización no excede el ámbito del riesgo permitido por adición cuantitativa: bastaría únicamente que el vecino omita cerrar el portón de noche para afirmar su intervención en el robo, sin que sea necesario que añada una alfombra y apague la luz. Del mismo modo, el dueño de una ferretería tiene permitido vender cuchillos, uno o cien; y el hecho de que en el pueblo vecino haya una manifestación violenta no cambia las cosas debido al número de su venta, la valoración de la conducta debería ser la misma (como prohibida o permitida) en el caso en que vendiera uno o cien cuchillos. Lo que interesa es determinar la adaptación al hecho del autor. La búsqueda de la infracción de una *Obliegenheit* donde sencillamente hay una conducta prohibida conduce a distorsiones del criterio de la prohibición de regreso como la que se propone para resolver el caso 9 de modo acumulativo.

Para JAKOBS la intervención en la fase previa significa “que algo puede ser”⁵⁴⁰. Cuando se entrega una pistola a un sujeto decidido a cometer un asesinato con el significado de que “próximamente puede tener lugar un asesinato”, si quien recibe el arma ejecuta el hecho, este no solo se le imputará a él como contradicción con la norma, sino que al dar continuidad a la situación creada con la entrega del arma también se le imputará al partícipe. Al reflexionar sobre este enfoque no puede dejar de advertirse que se opera con una perspectiva de análisis *ex-post* según la cual el *llevar adelante* se determina exclusivamente de manera retrospectiva: si la planificación llega al estadio ejecutivo, entonces la conducta del partícipe se termina de valorar como prohibida, si no hay inicio de tentativa, la conducta del partícipe permanece suspendida, en una especie de purgatorio dogmático, como algo que no está totalmente

⁵³⁸ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014 p. 56.

⁵³⁹ JAKOBS comete una versión de la falacia de *pendiente resbaladiza* [*Slippery slope argument*]: a partir de una conducta aparentemente inofensiva individualmente considerada —¡pero para nosotros ya por sí misma prohibida!— que conecta en una serie con otras conductas intermedias, acaba afirmando una organización peligrosa. Este argumento no solo es incorrecto como tal, sino que, debido a su gradual desplazamiento, impide trazar un límite dogmático entre las transiciones apreciadas, que en lo que aquí interesa se trata de los actos preparatorios y las intervenciones prohibidas. La forma lógica sería p [permitido] .p .p .p (...) → q [prohibido], pero... ¿Cuál es el punto preciso en el que se pasa de p a q?

⁵⁴⁰ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 11.

prohibido, pero que tampoco está permitido⁵⁴¹. La ejecución no realizada significa que N nunca se infringió, es decir, que ni partícipe ni autor realizaron una conducta prohibida; ahora bien, si la ejecución del hecho efectivamente se realizó, entonces N se vulneró y el favorecimiento del partícipe pasa a considerarse prohibido desde que se concretó materialmente. Esta perspectiva sería apropiada si la intervención previa no colocara al partícipe en una especial situación de responsabilidad ya mucho antes de siquiera intentarse el delito. Los inconvenientes surgen entonces al analizar aquella incumbencia prospectivamente. Es decir, al determinar de manera autónoma “cuándo algo puede ser” con un criterio *ex ante*, previo a que se pueda comprobar retrospectivamente si el ejecutor puso en marcha o no la intervención. Antes de que la ejecución se produzca, el desafío consiste en brindar una coordenada precisa para atribuirle sentido a la intervención, más allá de lo que el autor haga o deje de hacer con posterioridad.

Que al partícipe se lo trata como si ya hubiese realizado una conducta antinormativa se puede advertir además en el ámbito del desistimiento [*renuncia* en sentido estricto], exhortándosele a más de lo que le corresponde en función de su conducta de intervención. El partícipe para JAKOBS tiene el deber de impedir activamente las extensiones de su conducta a partir del momento del inicio de la tentativa punible. Este deber no existiría en el estadio pre-ejecutivo. “Si el interviniente en la fase previa quiere evitar el castigo, tiene todo tipo de razones (si bien *aún* no tiene *un deber*) para paralizar de forma adecuada las extensiones de su intervención”⁵⁴². Esta postura es coherente con la idea de que el partícipe todavía no infringe su norma de conducta, pero es contradictoria con la imposición de deberes de tolerancia frente a la acción defensiva de la víctima o la actividad de prevención estatal.

En efecto, si las *Obliegenheiten* están pensadas inicialmente en beneficio del propio destinatario —es decir, como obligaciones frente a uno mismo— quien las infringe solo debería menoscabar sus propios intereses, pero no los de terceros, lo que sí hace el partícipe antes de la ejecución. Aquí se identifica otro argumento para descartar que la conducta de intervención tenga la estructura de una incumbencia a modo de un imperativo hipotético. Cuando se pone en peligro la esfera de organización de un semejante el deber es siempre categórico. Si la situación en la que se encuentran el autor y la víctima se *asemeja* a la legítima defensa (tomando literalmente las palabras de JAKOBS), entonces la conducta del partícipe a su vez se *asemeja* a una agresión y, por lo tanto, tiene el deber de retirarla. Por ello, la conducta

⁵⁴¹ “El propio JAKOBS le es infiel a sus premisas. Así, él afirma correctamente que la pena presupone que el autor podría haber evitado el comportamiento antijurídico a través de un supuesto motivo dominante para el seguimiento de la norma. Pero entonces la orden de comportamiento para el partícipe se volvería irracional, puesto que la materia de la prohibición ya no se podría determinar ex-ante, sino solo ex-post después de la ejecución del hecho principal”, RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 50/24.

⁵⁴² JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 19, cursiva del original. Sin embargo, no se acaban de explicitar cuáles son todas esas razones que el interviniente tiene para motivarse a retirar su intervención. Hasta donde alcanzo JAKOBS se refiere a lo que él denomina *mensaje mudo de la pena* como prevención general, pero quedan difusos los límites de la relación comunicativa hecho-pena en la participación en el estadio previo.

del partícipe no está *desaprobada jurídicamente* [*rechtliche Missbilligkeit*], es más que eso, se encuentra sencillamente prohibida [*Rechtswidrigkeit*]. En otras palabras, la conducta del partícipe que ya ha perdido completamente la posibilidad de revocación de su intervención, incluso antes del comienzo de ejecución del hecho principal, se mueve en el plano de la antijuridicidad.

En suma, el núcleo problemático de las *Obliegenheiten* que hace de ellas algo incierto se encuentra en su propio origen. Por un lado, no se termina de explicitar cuál es la legitimidad de su incorporación a la teoría de la intervención delictiva: estamos frente a un concepto difuso en constante tensión con la teoría de las normas y las estructuras tradicionales de la imputación, en el que no se consigue advertir cuál sería la eventual *plusvalía dogmática* que compensaría sus problemas de fundamentación. Por otro lado, cuando el proceso ejecutivo se extiende en el tiempo no se alcanza a ver cuál es el momento preciso en el que se abandona el perímetro de libertad primordial hacia la infracción de la incumbencia, ni tampoco, por qué es el comienzo de ejecución el que produce el paso de la *desaprobación jurídica* al nacimiento del *deber*. A estos dos problemas debe agregarse que permanece irresuelto el enigma relativo a la legitimidad de la imposición de deberes de tolerancia a un agente que todavía no infringe la norma de comportamiento; quien todavía no se arroga una esfera de organización ajena —así lo afirma JAKOBS— pero se lo trata como si su conducta ya fuera una perturbación social. En los casos en los que luego del favorecimiento no tenemos inicio de ejecución, no será sencillo explicarle al interviniente que su conducta en rigor todavía no infringía la norma, pero que a su vez la reacción del Estado estaba justificada. Es decir, también existe un déficit de legitimación del deber de tolerancia que corre paralelo a la infracción de la incumbencia. Si esta no se basa en la infracción de una norma de comportamiento ni en la usurpación de una posición jurídica ajena, entonces de dónde surge y por qué genera deberes de tolerancia. Si se trata de injerencia, entonces no tenemos la necesidad de recurrir al matiz de “una injerencia que genera incumbencia” que a los efectos de la fundamentación de las *Obliegenheiten* no es más que una petición de principio. La injerencia en una esfera de organización ajena es una conducta prohibida, esto es, antinormativa.

Cuando la doctrina habla de la infracción de una *Obliegenheit* en grupos de casos en los que se encuentran en juego los intereses de la comunidad, en rigor nos encontramos frente a una infracción de deber [*Pflichtverletzung*] que presenta la estructura de un imperativo categórico. Esto es así porque tanto en su origen *iusprivatista* como en su trasplante al Derecho penal, las incumbencias tienen un genotipo autorreferencial con rendimiento dogmático para explicar las modificaciones de la posición jurídica del propio interesado. Por ende, cuando están en juego los intereses de terceros, tal como sucede en el ámbito de la teoría de la intervención delictiva —aún antes de la ejecución—, se distorsiona su carácter y pierden razón de ser⁵⁴³.

⁵⁴³ Está en lo correcto MONTIEL, *InDret*, 4/2014, p. 21 cuando postula que la función de las *Obliegenheiten* debe ser limitada al campo de actuación de la víctima de cara a la tutela judicial de sus derechos, es decir, al cumplimiento de aquellas obligaciones de autoprotección como presupuesto para el mantenimiento de la pretensión punitiva de la víctima frente al principal competente por el daño.

El criterio crucial para determinar si la intervención en la fase previa es una conducta antinormativa o una entidad deóntica distinta, es el interés que el legislador busca proteger cuando impone el mandato o la prohibición: si es el del propio interesado, entonces podrá recurrirse a las *Obliegenheiten*⁵⁴⁴; si es el de terceros, necesariamente se tratará de la infracción de un deber [*Pflichtverletzung*] de no lesionar. En relación con las normas de la participación no hay duda de que han sido pensadas en el interés general de la sociedad y particular de la víctima. Lo que JAKOBS llama *infracción de una incumbencia*, en realidad es la infracción de un deber primario. Las *Obliegenheiten* en el ámbito de la intervención delictiva deben ser dejadas de lado.

2.4. La participación como delito de resultado

Para SCHMIDHÄUSER el injusto del partícipe tiene la estructura de *un delito de resultado*. Así, tomando como premisa mayor al concepto restrictivo de autor concibe a las normas de la tentativa y la participación como formas delictivas que surgen de la combinación de las descripciones de injusto de los tipos de la Parte especial con los preceptos de la Parte general, cuya tarea es ampliar la punibilidad a otros supuestos distintos de los delitos consumados de autor⁵⁴⁵. La participación si bien estaría vinculada, según las descripciones legales, con el hecho típico y antijurídico del autor, presentaría por sí misma un disvalor que “no toma prestado”, sino que surgiría de su propio *direccionamiento* (objetivo y/o subjetivo) hacia un hecho principal⁵⁴⁶. Al igual que el autor, el partícipe lesiona directamente por sí mismo el bien jurídico y de allí que la autonomía de la participación conduzca a un tipo de injusto específico, el “delito del partícipe” [*Teilnehmerdelikt*]⁵⁴⁷. Tanto el injusto del autor como el injusto del partícipe tienen la estructura de un delito de resultado, ya que es el disvalor de acción el que configura el injusto de todo interviniente, operando el disvalor del resultado únicamente como presupuesto de la punibilidad⁵⁴⁸. La única diferencia de este último con el injusto del autor, sería que en la participación se requiere un doble resultado [*Doppelerfolg*], primero, el favorecimiento o la acción de inducción y, segundo, que el autor comience la tentativa del tipo correspondiente determinado por esta o utilizando aquel⁵⁴⁹.

⁵⁴⁴ Véase HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung*, 2002, p. 80; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 220, nota 42.

⁵⁴⁵ “Se parte de que los tipos penales de la Parte especial solo comprenden a los hechos de autor”. “Los tipos penales de la inducción y la cooperación son ampliaciones de la punibilidad frente a los tipos penales de la Parte especial”, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1984, 10/1, 10/7, 10/107.

⁵⁴⁶ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1984, 10/9. En torno a esto propone reemplazar terminológicamente la usual expresión de la participación en un delito ajeno por la de un “delito de partícipe” en oposición al “delito de autor”.

⁵⁴⁷ SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1984, 10/9.

⁵⁴⁸ Ya a principios del siglo pasado, postulaba HÖPFNER, *ZStW*, 1906, p. 585, que la ejecución del hecho principal debía ser explicada como una pura “condición” para el castigo de la acción de cooperación e inducción.

⁵⁴⁹ Véase SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1984, 10/18 s., 10/117, 10/142. La estructura del doble resultado se concreta en la inducción, primero, cuando se produce la decisión de acción en el destinatario, y luego, cuando el hecho principal se ejecuta en virtud de esta decisión. De igual manera, en la cooperación existe

Con este instrumental SCHMIDHÄUSER construye su teoría a partir de las disposiciones legales vigentes sobre la participación delictiva y le encuentra un lugar al principio de accesoriadad, postulando que el hecho principal de autor es, por su calificación exigida en la ley, una condición objetiva de punibilidad⁵⁵⁰. El hecho principal no fundamenta el injusto de la participación, sino que es un presupuesto de su punibilidad. Es su propia causación del resultado lo que se le imputa al partícipe, sin revertir las consecuencias de tal postulado el lugar que se le atribuye a la accesoriadad, puesto que su efecto de bloqueo opera fuera de la materia de la prohibición del tipo del partícipe⁵⁵¹. Quien le allana el camino al autor para que cometa el hecho delictivo o lo motiva a su ejecución, realiza su propio injusto de forma autónoma en relación con el injusto del autor. El agente responde por el disvalor de su conducta, que se cristaliza en el momento del *primer resultado*, el de su conducta de participación. Ahora bien, para que esta sea sancionada se exige un *segundo resultado* que ya es ajeno a la estructura de su injusto y se refiere al hecho del autor que, al menos, debe ser intentado. La dependencia de la participación del hecho principal según SCHMIDHÄUSER no se origina en una necesidad conceptual, sino en razones de utilidad de política criminal. El legislador es libre para condicionar la aplicación de una pena a la existencia de determinados requisitos⁵⁵²; en el caso de la participación, al inicio de la tentativa del hecho principal.

Esta propuesta sin dudas es superadora de la versión original de la autonomía del injusto del partícipe en la teoría pura de la causación. No obstante, se encuentra en lo correcto la doctrina cuando señala que apenas se proporcionen razones para la aplicación de esta condición objetiva de punibilidad, observando que la tesis de SCHMIDHÄUSER estaría definida por la carencia de fundamentación⁵⁵³. Diversas observaciones de esta cuestión ya fueron desarrolladas al momento de analizar las tesis de RENZIKOWSKI. Las condiciones objetivas de punibilidad no integran la materia de la prohibición y, si ellas afectan el marco de la conducta punible, tendrían que proporcionarse razones que se hallen más allá del ilícito y la culpabilidad. Es necesario decir algo sobre la cuestión, al menos si la invocación a una condición objetiva de punibilidad es una construcción auxiliar: “sobreocupación de las prisiones, problemas de costos de ejecución penal —estructuralmente por completo comparables— serían explicables solo por razones de oportunidad. Con seguridad,

un doble resultado objetivamente imputable: inicialmente, prestar la ayuda, y después, la ejecución del hecho principal utilizando esa colaboración. Tanto en la inducción como en la cooperación el primer resultado se presenta como el eslabón necesario para que acaezca el segundo.

⁵⁵⁰ Con terminología más moderna y desde otra perspectiva normológica, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 131 ss.

⁵⁵¹ Véase LÜDERSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 454.

⁵⁵² La doctrina dominante entiende que las condiciones objetivas de punibilidad son independientes del injusto, véase por todos JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 53 I.

⁵⁵³ Así LÜDERSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 454. En la misma línea, pero con otros argumentos STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, pp. 121 ss. crítica como contradictorios los presupuestos metodológicos a partir de los que SCHMIDHÄUSER alcanza sus conclusiones. También críticos JAKOBS, *AT*, 1991, 10/5 y LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 172 s.

SCHMIDHÄUSER no quiere arrastrar su condición objetiva de punibilidad a este nivel⁵⁵⁴. Piénsese además que la accesoriedad externa no solo determina el sí o no de la aplicación de la norma de sanción, sino que a su vez determina retroactivamente la magnitud de la infracción del interviniente, es decir, la cantidad de pena. Cuando se acepta que el marco penal de la participación está vinculado al hecho principal entonces la accesoriedad externa no puede ser reducida a una condición objetiva de punibilidad, pues ya se está diciendo que ella tiene un efecto retroactivo sobre la valoración de la gravedad de la intervención del partícipe. A pesar de esta crítica, la tesis de SCHMIDHÄUSER representa un avance significativo para la teoría de la intervención. Su principal mérito es extirpar la accesoriedad externa del corazón del injusto del partícipe y dotarlo de autonomía sin suprimir completamente el comienzo de ejecución del hecho principal.

No hace falta decir que la perspectiva de SCHMIDHÄUSER provee de herramientas teóricas a esta investigación. Tampoco que sus esfuerzos para encontrarle un lugar al hecho principal fuera del injusto del partícipe crean un interesante espacio de juego para la pareja de principios de responsabilidad y accesoriedad, permitiéndole alejarse de la objeción del adelantamiento de la barrera de punibilidad en los casos de las intervenciones pre-ejecutivas⁵⁵⁵. Ahora bien, si la accesoriedad opera fuera de la materia de prohibición de la norma de conducta dirigida al partícipe, entonces se deberá precisar cuál es su exacto lugar sistemático. En pocas palabras, se nos impone determinar si el comienzo del hecho principal necesariamente opera como una condición objetiva de punibilidad o si su ubicación sistemática en el nivel de la norma de sanción presenta otros matices. El acertado juicio de LÜDERSEN en relación con este aspecto de la tesis de SCHMIDHÄUSER, el cual constituye una de las fibras más importantes de su construcción dogmática en la teoría de la

⁵⁵⁴ LÜDERSEN, *FS-Miyazawa*, 1995, p. 455. Por otra parte, a esta tesis, al centrarse en la relación partícipe-resultado, también se le objeta el no ser compatible con la ley, principalmente en el ámbito de la intervención en los delitos de infracción de deber conforme la regulación positiva alemana. La idea de que el hecho del autor cabe entenderlo como algo que no le concierne al partícipe, dado que en rigor lo único que importa es *su delito de participación*, repercute particularmente en la solución de los casos de intervención en delitos especiales, pues aquí la responsabilidad del partícipe no obligado especialmente en el delito aparecería como “inadecuada”, tolerándose a lo sumo como forma de intervención propia, así JAKOBS, *AT*, 1991, 22/4. SCHMIDHÄUSER postuló inicialmente, y de manera coherente con su punto de partida, la impunidad del *extraneus* que intervenía en un delito especial, sin embargo, más tarde admitió su punibilidad, aunque considerándola “materialmente incorrecta” (SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1984, 10/29 ss.) lo que sería una prueba más, según ROXIN, *AT*, 2006, § 26/15 de la incompatibilidad de su teoría con el Derecho alemán vigente que sanciona la intervención del *extraneus*. Crítico, en relación con la idea de concebir al hecho principal como condición objetiva de punibilidad MAÑALICH, *Norma, causalidad y acción*, 2014, p. 87.

⁵⁵⁵ Sin embargo, advierte BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 181 s. que la teoría de SCHMIDHÄUSER se encuentra en una relación contradictoria con el principio de accesoriedad. Por un lado, en ella se puede diagnosticar un claro parentesco con el modelo unitario de autor, en tanto el hecho principal también aquí solo se aprecia en el momento de determinar el merecimiento de pena. Esta idea, se corresponde con la teoría pura de la causación y entonces es de esperar que se anule toda referencia al principio de accesoriedad. Sin embargo, ello no sucede en la propuesta de SCHMIDHÄUSER como en el de otros autores que siguen una línea de pensamiento similar al del modelo unitario de autor, pero sin renunciar a la accesoriedad. De este modo, sigue siendo oscuro el significado que la accesoriedad de la participación tiene en el marco de esta teoría.

intervención, abre un abanico de preguntas que no pueden dejarse sin respuestas. Por ejemplo, una de las fundamentales se ubica en el plano del tipo subjetivo de la participación: ¿el agente debe conocer o cuánto debe conocer el futuro hecho principal en el que se concretará su intervención para que este detone la aplicación de la norma de sanción? El eje de la cuestión gira en torno a si la condición objetiva de punibilidad es objeto del dolo⁵⁵⁶. La respuesta obvia parecería ser afirmativa, al menos en el ámbito de los delitos dolosos, pero en cuanto miramos hacia atrás y nos percatamos de que estamos discutiendo en el nivel de hechos externos que no integran la acción típica (condiciones objetivas de punibilidad) entonces esto ya no es tan evidente.

Aunque debe descartarse un entendimiento de la accesoriedad que derive el injusto de la participación del hecho que ejecuta de propia mano un tercero, esto no significa necesariamente asumir que el hecho principal debe ser entendido como una condición objetiva de punibilidad⁵⁵⁷. La conducta del partícipe siempre debe estar dirigida a insertarse en una obra colectiva que se presenta como un motivo intencional para valorar —aun con anterioridad a la ejecución— que la participación es peligrosa y antinormativa. Además, tampoco puede asumirse tan rápidamente que la participación tiene la estructura de un delito de resultado. Como hemos comprobado, uno de los problemas fundamentales de la teoría de la intervención se presenta cuando el flujo continuo del *iter criminis* se dilata en el tiempo, lo que genera, incluso antes del inicio de la tentativa del delito, deberes de tolerancia. El recurso a la estructura de los delitos de resultado no parece alivianarnos la tarea de clarificar este problema o, al menos, no del modo en que lo plantea SCHMIDHÄUSER. Por ende, que la antijuridicidad de la participación se defina en el momento en que el agente indujo al ejecutor a cometer el delito o creó la situación apropiada para ello, independientemente de si este llevó adelante el hecho, ni conduce forzosamente a identificar la ejecución con una condición objetiva de punibilidad, ni tampoco equipara el injusto del partícipe con la estructura de los delitos de resultado. Aunque en el pensamiento de SCHMIDHÄUSER hay coordenadas que nos orientan en la dirección correcta, faltan precisiones.

2.5. La participación como delito de peligro

Al presentar su tesis HERZBERG intenta rechazar rápidamente la reiterada objeción opuesta a los defensores de la autonomía del injusto del partícipe relativa a su incompatibilidad con el Derecho vigente. Así, para desarrollar su teoría toma como punto de partida el tenor literal de las disposiciones del StGB relativas a la participación⁵⁵⁸. También para HERZBERG el bien jurídico protegido frente al autor es el mismo que el protegido frente al partícipe, siendo la

⁵⁵⁶ En contra JAKOBS, *AT*, 1991, 10/6: “Es misión de las condiciones abarcar una materialización del resultado, con independencia de la relación subjetiva con ella, como elemento de un delito (*Delikt*) o de un crimen (*Verbrechen*)”. Véase también, JAKOBS, *FS-Yamanaka*, 2017, p. 108.

⁵⁵⁷ Piensa BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, p. 184 que la accesoriedad no puede ser reducida a una delimitación de la punibilidad, sino que debe tener como función fundamentar la punibilidad.

⁵⁵⁸ HERZBERG, *GA*, 1971, pp. 1 ss.

forma del ataque la única diferencia entre las conductas de cada uno de los intervinientes. El autor realizaría el tipo penal de la Parte especial —es decir, él sería quien directamente comete el hecho punible por sí mismo, a través de otro o mancomunadamente— y el § 25 StGB tendría solo un valor declarativo⁵⁵⁹. Por el contrario, los preceptos de los §§ 26 y 27 StGB fundamentarían la punibilidad de la participación presentándose como verdaderos tipos de complicidad e inducción cuyo contenido consistiría en prestar ayuda para la ejecución del hecho delictivo o en determinar al autor [*Hilfe leisten - bestimmen*]. El partícipe, a diferencia del autor no realizaría la conducta descrita en el tipo de la Parte especial, siendo necesaria la tipificación de su conducta de intervención en orden a que esta no quede impune. Para HERZBERG, el legislador le prohíbe al partícipe elevar con su intervención el riesgo de lesión al bien jurídico protegido⁵⁶⁰. La participación se presenta entonces como un *delito de peligro abstracto*, es decir, la complicidad y la inducción consisten en una puesta en peligro abstracta del bien jurídico en la que no se requiere más que un apoyo al hecho del autor, sin riesgo concreto de lesión. En el marco de esta interpretación, la necesidad legal de que exista comienzo de ejecución de un tipo penal de la Parte especial para que el partícipe sea castigado no afecta la autonomía de su injusto, al igual que el delito de encubrimiento, el exigir un hecho punible previo no pondría en tela de juicio su rango de delito autónomo.

Acertadamente observa STEIN que el primer problema que presenta la tesis de HERZBERG consiste en su punto de partida: la deducción teleológica directa del tenor literal de los preceptos legales es metodológicamente inadecuada⁵⁶¹. La redacción de la norma solo puede constituir una frontera externa frente a los resultados interpretativos que se pretendan, pero, de ningún modo, es suficiente para fundamentar teleológicamente el contenido de una institución⁵⁶². Asimismo, la perspectiva de la participación como un delito de peligro abstracto peca por exceso, ampliando la punibilidad a casos indeseados. Como es fácil de intuir, la accesoriedad externa en el marco de esta teoría ocupa un lugar incómodo⁵⁶³. En rigor, si se es consecuente con las premisas de HERZBERG ya no podría distinguirse la intervención en una tentativa de la tentativa de intervención, ya que en ambos supuestos existiría una conducta dolosa peligrosa orientada a la realización de un tipo delictivo de la Parte especial que conduciría a castigar, por ejemplo, la cooperación intentada como

⁵⁵⁹ HERZBERG, *GA*, 1971, p. 2.

⁵⁶⁰ HERZBERG, *GA*, 1971, p. 7.

⁵⁶¹ STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 148.

⁵⁶² Deben agregarse aquí todos los problemas ya diagnosticados en aquellos planteamientos que asumen el concepto restrictivo de autor.

⁵⁶³ HERZBERG, *GA*, 1971, p. 3 considera a la accesoriedad irrenunciable, pese a afirmar la autonomía de la participación. Más allá de la crítica sistemática que a continuación se realizará de la relación conflictiva que existe entre la concepción de la participación como un delito de peligro abstracto y la necesidad legal de que exista al menos una tentativa para que aquella sea castigada, no puede desconocerse el gran valor explicativo de la distinción entre los aspectos positivo y negativo del principio de accesoriedad; en profundidad HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, pp. 139 ss. Asimismo, serán fundamentales para el devenir de esta investigación las numerosas y valiosas intervenciones de HERZBERG en el ámbito de la teoría de la tentativa, las cuales permitirán avanzar en la explicación de las intervenciones previas al comienzo de ejecución. Estas distinciones se analizan más adelante.

cooperación consumada⁵⁶⁴. Resulta esto más que evidente si se reformula un poco la terminología de la puesta en peligro, pues una puesta en peligro dolosa en la que el dolo no está sino dirigido a la provocación del resultado, es en rigor una tentativa⁵⁶⁵. Pero claro, frente a una tentativa acabada de participación que ya infringe la norma de conducta personal en la mayoría de los casos no existirá necesidad de una reacción formal mediante pena.

De esta manera, los esfuerzos de HERZBERG para escapar de la crítica del adelantamiento de la barrera de punibilidad en los casos de intervención pre-ejecutiva acaban conduciendo a resultados dudosos. Si bien no desconoce en el marco de su propuesta que la accesoriedad externa es un requisito legal, le es difícil encontrarle un lugar sistemático en armonía con sus puntos de partida, pues si la intervención es asimilada a un delito de peligro abstracto, luego de traspasado cierto umbral de riesgo el injusto de la participación estaría completo⁵⁶⁶. Entonces se produce una contradicción insuperable: si HERZBERG pretende ser fiel a sus premisas debería sencillamente suprimir la accesoriedad externa de sus sistema de intervención, pero con ello asumir a su vez que la tentativa acabada de intervención sería merecedora de pena y, por lo tanto, relegar su propuesta al plano de *lege ferenda*. Por el contrario, si incorpora el comienzo de ejecución para evitar esta consecuencia indeseable, entonces su perspectiva pierde solidez y los casos límite ya no pueden ser explicados mediante el recurso a la estructura de los delitos de peligro abstracto. En todo caso, HERZBERG queda atrapado en un *impasse* frente al que acude a la accesoriedad externa para reinterpretar el injusto del partícipe, pero como no quiere abandonar la estructura de los delitos de peligro abstracto necesariamente debe colocarla fuera del injusto del partícipe. Por consiguiente, en este plano, acaba aproximándose a la tesis de SCHMIDHÄUSER.

Por otro lado, al postular que la participación consiste en un aumento del riesgo de lesión en abstracto, no solo pierde de vista la frontera entre la tentativa de intervención y la intervención en una tentativa, sino que además no puede explicar aquellas contribuciones que simplemente le hacen más cómoda la ejecución al autor principal. Es decir, tampoco queda claro el criterio para determinar cuáles riesgos deben permanecer normativamente en el ámbito de las conductas neutrales. Los actos preparatorios no solo manifiestan una actitud hostil al orden jurídico, sino que además también encierran cierto grado de peligro. HERZBERG no termina de explicar cuándo nos encontramos frente a una intervención peligrosa y entonces —a mi juicio de manera equivocada, desconociendo una aplicación elemental de la teoría de la imputación objetiva— afirma, por ejemplo, que el servirle un refresco al autor mientras está ocupado abriendo la caja fuerte o realizar cualquier intervención que mejore su humor o disminuya su remordimiento debería considerarse

⁵⁶⁴ Así ROXIN, *AT*, 2006, § 26/191; JAKOBS, *AT*, 1991, 22/35; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*. 1988, p. 147 ss.

⁵⁶⁵ Véase ROXIN, *FS-Miyazama*, 1995, p. 504; EL MISMO, *AT*, 2006, §§ 26/191 s.

⁵⁶⁶ BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 188 ss. pone de relieve que la tesis de HERZBERG presenta resultados sistemáticos poco satisfactorios también en los casos de participación en cadena y los delitos de infracción de deber.

participación⁵⁶⁷. Estos casos en los que el interviniente simplemente muestra empatía para con el autor no merecen pena, pero ello no se puede garantizar con el instrumental teórico proporcionado por esta teoría⁵⁶⁸. El problema de fondo es que no se define de manera precisa qué sería cooperar⁵⁶⁹. No se fija el estándar mínimo necesario para distinguir las acciones peligrosas de las que no lo son, difuminándose, en lo que aquí interesa, los límites entre actos preparatorios y ejecutivos hasta perderse en lo incierto, pero también extendiéndose la punibilidad a conductas carentes de significado delictivo. Esta última observación evidencia que este enfoque tiene un exiguo rendimiento para resolver los casos límite, planteando así serias dudas sobre su compatibilidad con el principio de determinación⁵⁷⁰. El inconveniente radica en que la peligrosidad abstracta no cabe vincularla a descripciones de hechos y situaciones que se encuentran detalladas jurídicamente, pues no es posible en abstracto determinar qué comportamiento es peligroso respecto a un determinado resultado⁵⁷¹.

El correcto entendimiento de las normas de conducta de los §§ 26 y 27 StGB como prohibiciones de peligros no implica que la participación deba necesariamente presentar la estructura normológica de un delito de peligro⁵⁷². Que la participación es peligrosa es un hecho que no puede desconocerse cuando el agente ha puesto a disposición del autor el material necesario para la comisión del delito o lo ha determinado a la misma. Incluso cuando no se ejecute el hecho principal. La raíz del error reside en pretender determinar tal peligrosidad con base en criterios causales⁵⁷³. Los pormenores de esta discusión no pueden ser desarrollados aquí, sin embargo, sí debe mencionarse un argumento que, hasta donde alcanzo, se presenta como fulminante: después de que el interviniente ya hizo todo lo que

⁵⁶⁷ «El autor ha recibido ayuda para la ejecución de su hecho y eso alcanza para el tipo del § 49 StGB», HERZBERG, *GA*, 1971, pp. 6 ss. Crítico ROXIN, *FS-Miyazawa*, 1995, pp. 504 s.; EL MISMO, *AT*, 2006, § 26/191. Conclusiones similares alcanza SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft*, 1995, pp. 97 s., 126, 132, 134 y 137, cuando aprecia una participación punible en las meras manifestaciones de aprobación y solidarización del testigo que casualmente presente en el lugar del hecho aplaude al autor durante la ejecución del mismo. Asimismo, tales consideraciones también deberían ser suscritas por SCHUMANN si pretende llevar hasta las últimas consecuencias su teoría del fundamento del injusto de la participación.

⁵⁶⁸ Desde luego que en casos con la misma apariencia fenomenológica podría presentarse una adaptación prohibida al hecho del ejecutor —por ejemplo, porque la tarea asignada al interviniente fuera precisamente suministrar bebidas hidratantes a los encargados de llevar adelante un hecho cuya ejecución se prolongará durante varias jornadas o porque el partícipe con sus *consejos de autoayuda* pone dolosamente manos a la obra a un autor que se encontraba hundido en una depresión—, sin embargo, ella no podría determinarse a partir de la estructura de los delitos de peligro abstracto, siendo necesario acudir a otros criterios normativos.

⁵⁶⁹ Objeta STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 149, que HERZBERG al presuponer una relación de causalidad entre la contribución del partícipe y el resultado principal mezcla en su argumentación criterios causales y normativos al momento de determinar tanto la peligrosidad de la acción como la realización de ese riesgo.

⁵⁷⁰ Así ROXIN, *AT*, 2006, § 26/191 s.; STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 150.

⁵⁷¹ Ejemplificando este problema, JAKOBS, *AT*, 1991, 22/35 argumenta que incluso quien destruye los útiles del ladrón, realiza un comportamiento apropiado en general para favorecer delitos; pues el ladrón, ante la falta de útiles, puede dedicarse ahora al robo.

⁵⁷² Véase RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 127 ss.

⁵⁷³ Al fin de cuentas, el criterio de HERZBERG “conduce a una reformulación del problema de la causalidad”, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, p. 190.

estaba a su alcance, la efectiva realización del resultado queda en manos de un tercero autorresponsable (el ejecutor) y sencillamente no existe una ley causal según la cual la intervención en la fase previa tenga como consecuencia necesaria que otro la conducirá hasta la ejecución⁵⁷⁴. Si bien es cierto que *probablemente* la cooperación del partícipe se inserte en una obra colectiva que alcanzará el estadio ejecutivo, no es menos cierto que también puede suceder lo contrario. Como expliqué, entre la intervención previa y la ejecución a manos del autor existe una relación *contingente* con consecuencias precisas para cada uno de los intervalos del *iter criminis*. Solo es posible determinar la peligrosidad de la conducta del partícipe si acudimos a criterios normativos que hagan foco en la relación personal del agente con la norma de comportamiento: ¿cuándo expresa el partícipe su déficit de lealtad al Derecho?

Esta cuestión se contesta en el momento en que el agente deja salir de su esfera de control el curso causal en que consiste su intervención. Tal conducta es peligrosa porque deja a disposición del autor argumentos e instrumentos idóneos para concretarse en una lesión al bien jurídico. Por ello, la inducción y la complicidad son antijurídicas independientemente de si existe un comienzo de tentativa del hecho principal. En suma, la crítica central contra el pensamiento de HERZBERG, radica en que si bien advierte correctamente que la inducción y la complicidad antes de la ejecución ya son peligrosas, confunde el fundamento de la existencia de los preceptos de la participación con su estructura normológica⁵⁷⁵. Como ya argumenté, si bien los preceptos de los §§ 26 y 27 StGB tienen una función fundadora de la prohibición, esto solo es así en relación con las intervenciones previas al comienzo de ejecución, mientras que frente a las intervenciones concomitantes su función es, al igual que el § 25 StGB, meramente declarativa. En aquel caso, su función es evitar la creación de peligros que se proyecten en lesiones futuras para los bienes jurídicos protegidos.

3. Enfoque personal

3.1. Intervención previa e intervención concomitante a la ejecución

La actividad de cooperación o inducción al delito puede ser anterior o concomitante a su ejecución, quedando descartada por regla general una intervención posterior al agotamiento material del hecho⁵⁷⁶. La mayoría de los casos de participación se producen en la fase previa a la ejecución. Hay dos razones para ello: primero, la división del trabajo suele retardar el

⁵⁷⁴ Así RENZIKOWSKI, «Normbegründung», *disertación*, 2013, pp. 6 ss.

⁵⁷⁵ Con consecuencias sistemáticas más acotadas: VOGLER, *FS-Heinitz*, 1972, pp. 295 ss. presenta a la complicidad como un delito de peligro abstracto-concreto, peligroso en abstracto para co-provocar el resultado del hecho principal y peligroso en concreto en lo que respecta a la conducta de intervención en sí misma considerada, la cual debe aumentar de modo relevante el riesgo de la lesión al bien jurídico protegido; SCHAFFSTEIN, *FS-Honig*, 1970, pp. 174, 184 por su parte postula que la participación tendría la estructura de un delito de peligro concreto. Una crítica detallada de ambas concepciones en STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungformenlehre*, 1988, pp. 151 ss.

⁵⁷⁶ La cuestión de cuál es el último momento posible para una participación es polémica. Véase por todos, describiendo el estado de la discusión, ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/257 ss.

proceso ejecutivo⁵⁷⁷ en el tiempo estirándolo hacia atrás; segundo, el actuar a la distancia brinda la ventaja de no ensuciarse las manos. A pesar de esto, la clasificación entre intervenciones anteriores y concomitantes a la ejecución no puede realizarse únicamente teniendo en cuenta la dimensión temporal-espacial⁵⁷⁸. El criterio debe ser normativo⁵⁷⁹.

En los casos de participación concomitante se superponen la acción y el resultado de las infracciones de las normas de comportamiento de todos y cada uno de los intervinientes. Coinciden en el tiempo la acción individual de tentativa acabada y la obra colectiva que alcanza el estadio ejecutivo. La infracción individual de la norma de comportamiento de la participación y su punto de referencia colectivo (como mínimo un *intento de*) se solapan. Este sobrevenir de la actividad individual del partícipe se ajusta al ataque actual al bien jurídico en manos del autor, que es también su ataque. El partícipe realiza su intervención en un contexto delictivo actual y se postula como tal, localizándose e insertándose de inmediato en el hecho típico. Por lo tanto, esta integración no requiere un esfuerzo adicional para interpretarla, a diferencia de lo que sucede en los casos de intervención en un *iter criminis* que se extiende en el tiempo. Cuando el agente interviene en un contexto inequívocamente delictivo no solo se postula de inmediato como parte de ello, sino que a la vez objetiva el límite entre la singularidad de su comportamiento y la faceta colectiva del proyecto común. Con todo, *el criterio determinante no es la presencia física del partícipe en el momento y lugar del hecho*⁵⁸⁰, sino si conserva

⁵⁷⁷ Utilizo el término “proceso ejecutivo” en sentido amplio para hacer referencia a toda la vida externa del delito, incluyendo aquellas conductas de intervención previas a la ejecución. Así MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 743, nota 240.

⁵⁷⁸ “Lo importante, entonces, no es la relación temporal entre una conducta y un resultado, sino la capacidad de dicha conducta para producir mediata o inmediatamente situaciones no deseadas por el Derecho penal”, JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «actio libera in causa»*, 1990, p. 278, aunque refiriéndose a la figura de la *alic*.

⁵⁷⁹ El legislador alemán del *Alternativ-Entwurf* de 1966 establecía que cuando faltase la proximidad del partícipe con la acción principal “*die Nähe zum Handlungsgeschehen*” podría disminuirse su pena. Desde luego, esto es acertado si se piensa esta distancia en sentido normativo y no meramente fáctico. Sobre ello véase *Alternativ-Entwurf. Allgemeiner Teil*, 1969, pp. 67 y 69 citado por KLESZCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat*, escrito de habilitación, (inédito), 1998, p. 56.

⁵⁸⁰ El anverso del naturalismo inherente a esta perspectiva es que muchas veces la mera presencia del agente *en el lugar y momento equivocados* es castigada de modo despreocupado como complicidad, sin que se argumente cómo se ha integrado tal presencia en la realización típica colectiva. Desde luego, si la presencia del partícipe se corresponde con la configuración simultánea de su ayuda o inducción a la ejecución en curso, se podrá considerar una participación, incluso cuando la presencia del agente sea inactiva, pero le proporcione al autor, según el contexto concreto de la situación, una sensación de seguridad y represente una motivación. Sin embargo, habrá casos en los que la presencia física del agente en la ejecución no permitirá afirmar una intervención con relevancia jurídico penal. Este es el caso de quien ronda por allí y su pasividad le trasmite una sensación tranquilizadora al autor de que no intervendrá activamente a favor de la víctima. Por otra parte, aun en los casos inequívocos de participación punible, tampoco la presencia en el lugar del hecho debe identificarse siempre con una intervención concomitante que posibilite reconducir la imputación a ese momento, pues puede suceder que el partícipe haya perdido el control del riesgo sobre su prestación/motivación mucho tiempo antes del inicio de la tentativa punible. En esta hipótesis, a pesar de la presencia física del cómplice o inductor en el momento y lugar de la realización típica, se tendrá una intervención previa: el agente está allí, pero en lo que nos importa —normativamente si tiene o no capacidad de evitar la actualización típica de su intervención— es como si no estuviera. Sobre la problemática y confusa actitud de la jurisprudencia en relación con la presencia inactiva del agente durante la ejecución, véase ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/204 s.

o no la capacidad de retirar su aportación o motivación en el instante en que el autor se dispone inmediatamente a la realización del tipo delictivo.

El problema se presenta entonces cuando al interviniente se lo responsabiliza por la ejecución a manos de un tercero a pesar de que en esta segunda fase él es por completo ajeno —porque, por ejemplo, se encuentra lejos del lugar del hecho—. Esta distancia normativa, en contraste con la inherente a la prohibición de regreso, no se identifica con la exclusión de la imputación, sino que hace referencia a un comportamiento disvalioso que parece quedar fuera del caso-modélico en función del cual se ha diseñado la teoría de la intervención delictiva: una cooperación o motivación concomitante con base en la autoría individual. Con otras palabras, un supuesto que, como se verá en lo sucesivo, presenta la estructura del *fraude de ley*: el partícipe libera un curso causal peligroso fuera de su esfera de control (infracción de la norma primaria) antes del inicio de la tentativa del hecho principal (presupuesto de su norma de sanción), y en ese preciso momento es completamente ajeno al devenir de su intervención, emergiendo tensiones con los principios de tipicidad, coincidencia y culpabilidad, tal como se desarrollará.

3.2. La externalización de la intervención individual como internalización del hecho colectivo

Cuando usualmente se habla de la *externalización de la intervención*, se pierde de vista que en realidad se está describiendo el proceso opuesto, el de la *internalización del hecho delictivo* que ejecutará de propia mano otro agente. Lo que el ejecutor lleva adelante de propia mano, *es como si* también lo hiciera el no-ejecutor que actúa en la trastienda, por ello normativamente no debería haber inconvenientes para hablar de una realización directa. Para que esta idea sea más fácil de entender ha de pensarse en la figura de la autoría mediata, donde, en efecto, también existe una autoría directa enmascarada⁵⁸¹, donde se imputa por completo una ejecución por mano ajena como propia. Desde luego, en un caso existe un ejecutor inocente —autoría mediata— y en otro caso un agente que actúa responsablemente —intervención delictiva—. Con todo, esta diferencia solo puede problematizar la equiparación desde la perspectiva del hombre de adelante, pero no desde el punto de vista de quien actúa en la trastienda.

Para comprender lo anterior: piénsese en un partícipe con una mente infinita, al que le fuera posible acceder al conocimiento de toda la causalidad que determina el *porvenir* del hecho delictivo; en este caso, debería hablarse de una *autoría sin dominio* de la voluntad del ejecutor. Como en los casos de autoría no ejecutiva, si bien normalmente la idoneidad de la conducta del no-ejecutor para producir el resultado queda condicionada a la actuación autorresponsable del ejecutor, en determinados contextos tal idoneidad es razón para prohibir la conducta con independencia de la actuación posterior⁵⁸². Esto es, precisamente,

⁵⁸¹ Así JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 38, 46. nota 88. Una opinión muy controvertida.

⁵⁸² Sobre la idea de una autoría no ejecutiva en la que la ejecución está altamente predefinida con anterioridad a su realización, véase ROBLES PLANAS, *InDret*, 2/2012, p. 6.

lo que el legislador intenta hacer con las normas que castigan la cooperación y la inducción en la Parte general de los Códigos penales. La idea de un partícipe omnisciente capaz de predecir con máxima precisión cada uno de los acontecimientos sucesivos a su intervención, permite a través de una lectura normativista, representar con mayor facilidad el acontecimiento apropiador que está presente en la actividad del no-ejecutor en la fase previa, quien junto con el ejecutor es artífice del hecho principal y, por ello, éste le pertenece incluso cuando sea contingente su materialización final por encontrarse en manos de un sujeto autorresponsable.

Al partícipe la ejecución no le es indiferente porque su acto individual de renuncia al control sobre su intervención funciona a su vez como un acontecimiento apropiador de aquello que el autor realizará de propia mano. No se trata de otra cosa más que del *tomar parte* [*Teil-nehmen*] de la participación. Para el interviniente, el hecho típico es experimentado como el resultado futuro de la actividad antinormativa individual. El partícipe con su acción infringe la norma de comportamiento que le veda impulsar proyectos delictivos por mano ajena y postula algo fuera de sí mismo cuyo punto de referencia se encuentra todavía desarticulado, pues la obra colectiva en tanto delito —como regla general— no ha de encontrarse agotada. Esta distancia normativa, entre lo individual y lo colectivo se hace aún más patente en los casos de procesos ejecutivos dilatados en el tiempo, donde se aprecia claramente desacoplamiento espacio-temporal entre lo individual y lo colectivo. Pero esta no es una comprobación testimonial, pues al apropiarse de parte del hecho principal, el partícipe se coloca en una posición de garantía de especiales características en relación con el *porvenir* de su comportamiento, con importantes consecuencias sistemáticas.

Este espacio de incertidumbre, el desconocimiento del verdadero desenlace en manos del ejecutor, forma parte del contenido de injusto del interviniente y no es otra cosa que la consecuencia más evidente del momento omisivo en el que se desentiende del *porvenir* de su intervención. Así, en la participación lo que suele concebirse como la externalización de la cooperación al hecho delictivo o su motivación, en verdad se trata de la internalización del hecho colectivo futuro que ya encuentra su gestación inicial en esta fase individual. Por ende, ha de rechazarse la perspectiva pseudonormativa de un agente que primero externaliza algo que no está prohibido y después a través de una mano ajena retroactivamente se convierte en algo prohibido. La doctrina mayoritaria está en lo correcto cuando habla de lo que podríamos identificar como un efecto retroactivo (en rigor, un efecto reflexivo) del inicio de ejecución del hecho principal en relación con las intervenciones pre-ejecutivas, pero por las razones equivocadas y con el alcance equivocado. Este efecto reflexivo propio del principio de accesoriadad no se refiere a la antinormatividad del comportamiento del partícipe, la que ya se define en la primera fase del proceso ejecutivo, sino a la dimensión que ha adquirido en el mundo al integrarse en algo más grande, es decir, en el proyecto colectivo, y que funciona en el nivel de la norma de sanción.

En lo que sigue abundo en estas reflexiones con argumentos dogmáticos y político-criminales al efecto de hacer más persuasiva mi posición y brindar una respuesta satisfactoria a los problemas que plantea la intervención pre-ejecutiva.

3.3. La intervención en la fase previa como caso de *omissio libera in causa*

3.3.1. Conciliación del problema con la teoría

Cuando el interviniente infringe la prohibición de no inducir o cooperar con anterioridad a la realización del tipo penal en manos de un tercero, surge un intervalo temporal entre acción y resultado que, debido a la intermediación autorresponsable del ejecutor, produce tensiones en la teoría de la imputación y sus principios rectores. Sin embargo, en sentido estricto, las intervenciones pre-ejecutivas son aquellas en las que el inductor o cooperador se desentiende del *porvenir* de su actividad en manos del ejecutor antes de que este alcance el estadio de la tentativa —y no mientras este la está llevando a cabo—. En otras palabras, normativamente, existe un intervalo de tiempo relevante entre intervención y ejecución cuando la acción individual de participación desborda el ámbito de control del agente en un momento previo al comienzo de la tentativa punible. Para ganar en claridad explicativa trabajaré a partir de un caso elemental:

[Caso 10] A entierra un arma de fuego en el bosque para que B la busque y utilice para arreglar cuentas con su enemigo C. Después de varios días y de acuerdo a lo planeado, B desentierra el arma, se dirige a la casa de C y sin mediar palabra le dispara en la sien. A, que se encuentra vacacionando fuera de la ciudad ignora tanto los detalles de la ejecución como el momento preciso de la misma.

La solución de este ejemplo no produce grandes discrepancias en la doctrina mayoritaria; en el homicidio de C, B responde como autor y A como partícipe. El razonamiento es el siguiente: si A es responsable tanto de haber *provocado* el hecho que ejecutó B como de su posterior *distancia* en el momento de su realización, entonces no hay razones para que eluda la norma de sanción. La entrega del arma de fuego es valorada *ex-post* como una causación mediata del resultado, sin interesar la culpabilidad del partícipe en el momento de la ejecución⁵⁸³. No obstante, esta perspectiva causal y peligrosamente amplia es una flor tardía de la teoría de la participación en el injusto, la cual deja de lado que, en primer lugar, la intervención en el delito es una cuestión de imputación objetiva. A su vez, suele apreciarse en el plano del tipo subjetivo un dolo alternativo: la relación subjetiva del partícipe con la entrega del arma a B abarcaría cualquier uso que este hiciera con ella, desde lesiones, pasando por amenazas, hasta la muerte. Pero en verdad, a esta perspectiva subyace un secreto pacto utilitarista en el que el fin justifica los medios: ignorar los problemas de los principios de coincidencia y culpabilidad para castigar a quien actuó en la fase previa. Detrás de este proceder se esconde una estrategia para reprimir al interviniente por una conducta que ejecuta un tercero, momento en el que carece de capacidad de cumplir con la acción debida, la cual, como se verá, consiste en evitar la actualización típica de su intervención.

⁵⁸³ “*Wer eine Bedingung an dem Erfolge gesetzt hat, ist für diesen verantwortlich [...] Wer verursacht, ist Täter; und wenn er gemeinsam mit andern verursacht, Mittäter. Wer nur eine Bedingung setzt, ist Gehilfe*”, VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1914, § 49.

No puede tratarse de un supuesto reconducible al dolo alternativo. Si esto fuera así, la solución a la provocación de la propia incapacidad de acción en tanto tradicional hipótesis de *alic* habría de pasar también por el dolo alternativo, transformándose en irrelevante la discusión trabada alrededor de esta institución. Un reduccionismo inaceptable. El partícipe que actúa en la trastienda y se aleja del hecho presenta el mismo estatuto de un *incapaz de acción*, pues, si bien en abstracto posee capacidad de acción, su distanciamiento del proceso ejecutivo le impide cumplir en concreto con la acción debida que consiste en evitar el resultado típico de su intervención. Una rápida lectura de la manualística contemporánea pone de relieve que ni siquiera se repara en que la ejecución presenta un grado de extrañeza para el no-ejecutor y sin esfuerzo se afirma su responsabilidad con base en un criterio *ex-post* basado en la (aparente) causalidad de su intervención. Entre otras razones, esto es así porque la doctrina no ha conseguido explicar satisfactoriamente cuál es el significado de la intervención del partícipe en la fase previa, si infringe o no la norma de comportamiento, en qué momento lo hace y cuáles son sus consecuencias.

Tanto en el ámbito de la *alic* como en ámbito de la intervención delictiva uno de los ejes sobre el que gira la discusión es el principio de coincidencia, congruencia o simultaneidad. Paño en el que los partidarios del modelo de la tipicidad se han sentido más a gusto intentando jugar desde allí sus cartas para desacreditar las tesis de los defensores del modelo de la excepción. Se dice que estos últimos al tomar el contenido de injusto de la fase en la que el agente se encuentra en un estado defectuoso excepcionan el principio de coincidencia y, en consecuencia, se enfrentan a los principios de culpabilidad y legalidad. Esta crítica es correcta, aunque imperfecta, pues no se opone a otros grupos de casos con estructuras semejantes en el ámbito de la autoría y la participación, tal como el de la intervención pre-ejecutiva. La doctrina asume sin reservas que para responsabilizar al partícipe por una lesión no es necesario que tenga capacidad de culpabilidad en el momento en el que esta se produce⁵⁸⁴. Simplemente se atribuye el resultado, a pesar de producirse en un momento posterior a aquel en el que actuó culpablemente⁵⁸⁵. Esto sucede, en lo que ahora interesa, cuando el interviniente colabora en el hecho delictivo que ejecutará un tercero de propia mano o lo motiva a tal fin y llegado el momento decisivo, se encuentra durmiendo o simplemente lejos del lugar del hecho. Nadie se cuestiona aquí cuál es el rol que cumple el principio de coincidencia. Pero no exigir un agente capaz de culpabilidad al acaecer el resultado choca frontalmente con las premisas de la teoría de la participación en el injusto y sus hijuelas, en cuanto ellas proponen construir el injusto del partícipe a partir de la ejecución realizada por el autor de propia mano (¡la que se le imputa al partícipe!).

⁵⁸⁴ Véase por todos ROXIN, *AT*, 2006, § 29/244.

⁵⁸⁵ Desde luego, la fundamentación del resultado no escapa al fino juicio de JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012 pp. 69 s., EL MISMO, *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 109 ss., quien vuelve a recurrir a la categoría de las *Obliegenheiten*. Así, explica que la infracción de la norma de comportamiento que se produce después de la tentativa acabada iría acompañada de la infracción de una *Obliegenheit*, la cual colocaría al autor en una situación en la que no puede oponer que la producción del resultado le es algo ajeno.

En suma, las formulaciones de la doctrina mayoritaria no solo son insatisfactorias para descifrar la intervención pre-ejecutiva a la luz del principio de culpabilidad, sino que, además, son contradictorias con sus propias premisas.

3.3.2. Acción precedente, omisión y posición de garantía

Para continuar con el análisis ha de llevarse la discusión a sus premisas básicas. En primer lugar, al principio de accesoriedad defendido en este trabajo subyace la idea de que, en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo, el interviniente infringe su norma de comportamiento en el momento en que pierde el control del curso causal en que consiste su aportación o motivación⁵⁸⁶. Acto seguido, se deja de lado tanto la equiparación entre intervención y actos preparatorios (ROXIN), como el recurso a un imperativo hipotético que fundamente la responsabilidad futura del interviniente (JAKOBS). Sin embargo, lo que está en juego en este esfuerzo no es combatir la idea de la equiparación de la intervención con los actos preparatorios o las contradicciones del recurso a las *Obliegenheiten*, sino determinar en qué consiste el injusto de la participación y distinguir las modificaciones de la posición de garantía del interviniente durante el desarrollo del proceso ejecutivo. En esta tarea juega un papel central la relación entre la norma de conducta y la norma de sanción⁵⁸⁷. La liberación de un curso causal en manos de un tercero en dirección a la integración en un proyecto delictivo es peligrosa y se encuentra prohibida, pero como tal, todavía no es suficiente para una reacción formalizada mediante pena. Solo con base en este punto de partida es posible construir válidamente una posición de garantía, en la que se apoye un deber de tolerancia y un deber de revocar la intervención, sin adelantar la barrera de punibilidad ni tomar el contenido de injusto de un momento en el que ya es demasiado tarde.

La segunda premisa es la similitud estructural de la intervención en la fase previa con los supuestos de *alic*. Aquella presenta la estructura de una *omissio libera in causa*: el partícipe con su intervención en *fase uno* se coloca por injerencia en una posición de garantía acotada a evitar que su cooperación o motivación se concrete en el proyecto delictivo colectivo y, llegado el momento, omite realizar la acción debida. Tanto en los casos de *alic* como en los casos de intervención en el estadio anterior a la tentativa existe un agente en posición de garantía: el guardabarrera, al embriagarse infringe la prohibición derivada del mandato inherente a su función del manejo de las barreras, del mismo modo que el partícipe, al dejar en manos del autor un curso causal peligroso, infringe la prohibición derivada del mandato

⁵⁸⁶ El desplazamiento de lo que debe considerarse el punto crucial de la relación del agente con la norma de comportamiento al momento en que se desentiende de su intervención en el proyecto colectivo no es un viaje en el tiempo a una acción neutral o permitida. En esta fase en la que el agente muestra su déficit de lealtad al Derecho —casos de división del trabajo en un proceso ejecutivo extendido— lo correcto es hablar de una reasignación normativa del tiempo de la ejecución a un partícipe que, aunque esté durmiendo o simplemente lejos del lugar del hecho, ya ha hecho suyo ese proyecto antinormativo que alcanza el estadio de la tentativa punible.

⁵⁸⁷ “La cuestión de la punibilidad del comportamiento del partícipe debe diferenciarse, como problema de la norma de sanción, de su antijuridicidad, como cuestión relativa a la norma de comportamiento”, RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 131.

de no adaptarse a proyectos delictivos ajenos o motivar al autor a su ejecución. Sin embargo, esta responsabilidad por injerencia del partícipe, a diferencia de la situación del autor en los casos de *alic*, se encuentra acotada (antes del comienzo de ejecución) a retirar su intervención —o tolerar que el Estado lo haga por su cuenta— y no le obliga a frustrar el hecho delictivo en su totalidad⁵⁸⁸. Si esto fuera así, se adelantaría demasiado la barrera de punición hasta desconocerse el principio de accesoriedad y, así también, el ordenamiento positivo. Únicamente después integrarse su aportación o motivación al proyecto colectivo que al menos ha alcanzado el estadio de la tentativa, su posición de garantía se ampliará y, si pretende evitar el castigo, entonces deberá frustrar el hecho delictivo, el cual ya le pertenece.

En la *omissio libera in causa* el sujeto no impide [*in omittendo*] o provoca [*in agendo*] la incapacidad de acción que en un momento ulterior le impedirá cumplir con la acción debida. Un ejemplo de la primera modalidad puede apreciarse en el caso 9, de quien en contra del uso habitual omite cerrar el portal de su casa por la noche, de manera que el acceso a la casa de su vecino resulta más fácil para el ladrón y luego se acuesta a dormir; un ejemplo de la segunda modalidad es el caso 10, el agente le entrega un arma de fuego al autor mucho tiempo antes del comienzo de la acción típica. El problema en relación con el principio de coincidencia ya ha sido presentado, sin embargo, todavía existen dos preguntas que deben ser precisadas en sus detalles: cuál es el momento de la omisión relevante y cuáles son los contornos de la posición de garantía que permiten imputarle al partícipe el resultado material de lesión para el bien jurídico a manos de un tercero. El momento de la omisión relevante no puede localizarse en *fase dos*, debido a que en el *Defektzustand* el agente no tiene capacidad de acción, esto es, capacidad de evitar la producción del resultado⁵⁸⁹. Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ en el ámbito de la *alic*, en el momento de la lesión material al bien jurídico no se produce omisión alguna, porque el agente es incapaz de llevar adelante la acción debida⁵⁹⁰.

⁵⁸⁸ Si el agente se encuentra obligado a omitir la producción de un acontecimiento A, entonces también debe estar obligado a evitar el peligro de la realización de A, si ha creado por sí mismo el peligro de no poder cumplir con su deber, así RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 141.

⁵⁸⁹ En línea con las consideraciones de SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, pp. 267 s.

⁵⁹⁰ El supuesto específico de *alic* que aquí interesa también suele ser explicado mediante la estructura de los delitos de omisión por comisión, en los que el autor paraliza su capacidad de evitación del resultado típico frente al cual se encuentra en posición de garantía (KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2ª ed., 1988, pp. 211 ss.; JAKOBS, *AT*, 1991, 7/69). El caso de referencia es el de alguien que está obligado a obrar e impide, mediante un hacer positivo, el cumplimiento del imperativo que él mismo ya había puesto en marcha. El principio general consiste en que un hacer se presenta como desistimiento de una tentativa de cumplir un imperativo, debiendo subsumirse en el tipo del delito de omisión. El hacer no se convierte por eso en un omitir, sino que debe interpretarse en el sentido de que el tipo de carácter imperativo encierra dentro, como norma secundaria y lógica, la prohibición de un hacer que luego impida cumplir con la conducta debida, ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 228. En consecuencia, se propone castigar al autor de una lesión en situación de inimputabilidad o falta de acción provocada en omisión por comisión. Si se traslada esta idea a la teoría de la intervención, al partícipe debería castigársele por no evitar la actualización de su intervención en el hecho colectivo. Como se dijo, el partícipe que realiza su intervención antes del comienzo de ejecución también se encuentra en una posición de garantía en relación con el devenir de su intervención (el alcance de su responsabilidad es más estrecho que el del autor en el delito de omisión por comisión: en el instante en que el interviniente pierde el control sobre su intervención no surge el deber de evitar el hecho delictivo, es decir, no existe un deber derivado de la

El momento de la omisión relevante se encuentra en *fase uno*, cuando culpablemente se deja salir de la esfera de control un curso causal peligroso de favorecimiento o inducción⁵⁹¹. Aquí se localiza el disvalor omisivo de la participación en la fase previa que se ha identificado como complementario del correspondiente disvalor de acción⁵⁹². El disvalor propio de la participación no se integra únicamente con el paso activo de crear en otro la voluntad de realizar el hecho o cooperar en él, sino también con el disvalor omisivo subsiguiente de permanecer indiferente al desarrollo ulterior del delito⁵⁹³. La posición de garantía surge del mandato contenido en las normas de la Parte general de los Códigos penales de no favorecer o determinar la comisión de hechos delictivos. El interviniente infringe la posición de garantía en la que se ha colocado al no impedir que el peligro de su intervención se concrete en una lesión típica a manos del ejecutor⁵⁹⁴. Esta solución permite castigar al partícipe por su comportamiento antijurídico en *fase uno*, fundamento individual de su responsabilidad [“no pierdas el control sobre cursos causales peligrosos...”], sin desconocer que aquel se ha insertado en algo más grande [“no te dispongas inmediatamente a matar... no mates”], y que hasta este instante los ecos de la infracción del mandato primario de no participar en hechos delictivos también han sido infringidos (renuncia y desistimiento). En consecuencia, es posible responsabilizarlo por su actualización típica en *fase dos*, aunque en ese momento se encuentre durmiendo o sencillamente lejos del lugar del hecho. Lo que interesa aquí no es el

injerencia de evitar u obstaculizar que el autor realice el hecho principal). De este modo, el partícipe que motiva o ayuda al autor se encuentra en una posición de garantía acotada a su intervención, el resultado que debe impedir es que esta se actualice típicamente en el hecho colectivo. En relación con la participación, la estructura de imputación de la omisión mediante comisión es verosímil, sin embargo, cuenta en su débito con la objeción de SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, p. 264: en rigor, en *fase dos* no existe una verdadera omisión, pues aquí el agente no posee capacidad de actuación.

⁵⁹¹ La infracción del deber [*Pflicht*] tiene lugar en la *actio praecedens*, más exactamente en el instante en que el partícipe se desentiende dolosamente del devenir de su aportación o motivación. Es este el único momento al que puede ser reconducida la capacidad de culpabilidad. Tanto el autor inimputable como el partícipe que no se encuentra en el lugar del hecho son incapaces de reconocer el injusto que se está llevando a cabo y, por consiguiente, de obrar conforme esa comprensión. A partir de la correcta apreciación de que el agente —autor inimputable en los casos de *alic* o partícipe distante en los casos de intervención pre-ejecutiva— es responsable por su incapacidad de realizar la acción indicada, no debe derivarse que el principio de coincidencia ha de tomar como referencia a esta segunda fase (¡pues aquí el agente es incapaz de culpabilidad!). Aquel es responsable por *fase dos*, sin embargo, el fundamento de la imputación, esto es, la infracción de su deber, tiene que buscarse en *fase uno*, único momento en el que se comprueba la necesaria relación entre el comportamiento previo individual y el resultado colectivo.

⁵⁹² “Dado que se castiga a causa de un déficit de lealtad al Derecho, ha de atenderse a hechos que pongan de manifiesto este déficit”, JAKOBS, *AT*, 1991, 17/58.

⁵⁹³ Correctamente SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, pp. 72 ss. Aunque WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, p. 322 parte de la autoría individual, sus reflexiones son igualmente útiles para los supuestos de codelinencia. En rigor, en la intervención la posibilidad del desarrollo de la conducta activa del partícipe a través de la omisión subsiguiente de permanecer pasivo ante el devenir de los acontecimientos, se deriva de la discrepancia temporal entre la comprobación de la voluntad y la producción del resultado. El partícipe omite, primero, evitar la actualización de su tentativa de intervención (renuncia) y luego, evitar el devenir de los momentos ulteriores del proceso ejecutivo (desistimiento).

⁵⁹⁴ Que el partícipe sea garante por la salvación del bien jurídico amenazado por el hecho principal, implica la imposición de un deber de salvamento, es decir, de evitar la lesión al bien jurídico y por lo tanto revocar su contribución. No obstante, la lesión de este deber está en una relación subsidiaria con la intervención, véase RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 141 s.

estado de inimputabilidad —puede ser imputable y encontrarse lejos del hecho— sino que en concreto ha perdido la capacidad de cumplir con la acción debida: mantener un curso causal peligroso dentro de su ámbito de control, renunciar antes del comienzo de ejecución o desistir antes de la tentativa acabada.

En la *alic* la conducta peligrosa del autor consiste en excluir la propia imputabilidad o capacidad de acción en el marco de un plan delictivo que contempla ese estado como necesario para la ejecución material del delito. En la intervención pre-ejecutiva sucede algo similar, pues, si bien no estamos en un supuesto de autoría individual, sino en un contexto de codelincuencia, el agente que se desentiende de su previa actuación ya está llevando adelante una conducta peligrosa para el bien jurídico protegido. Volviendo al caso 10, una vez que el agente pierde la posesión del arma de fuego a manos del autor, aunque este se encuentre muy lejos de la víctima o falten muchos días para que se disponga inmediatamente a dispararle, el proyecto delictivo se habrá detonado. Esta peligrosidad se comprueba desde dos puntos de vista: en el plano objetivo, precisamente se trata de la división del trabajo, en tanto ventaja para el interviniente no-ejecutor que se *apropia* del hecho desde la trastienda y ventaja para el ejecutor, quien al salir a escena no debe exponerse al buscar un arma de fuego por sí mismo⁵⁹⁵. Por su parte, en el plano subjetivo el partícipe realiza su aportación o brinda su argumentación conociendo que acabará concretándose en un proyecto delictivo. Su *output* defectuoso se dirige a actualizarse típicamente en una lesión material al bien jurídico a manos de un tercero⁵⁹⁶.

¿Acaso ha de valorarse de manera equivalente un proyecto delictivo en el que un autor considera en soledad matar a su enemigo frente a aquel en que lo hace junto con otro que le allana el camino? En el primer caso, existe un agente que se hace cargo de todo y en *fase uno todavía no cuenta con un arma de fuego*. Su proyecto delictivo está todavía desnudo. Mientras que, en el segundo caso, gracias a la actividad del partícipe, hay un autor que en *fase uno ya cuenta con un arma de fuego* para ejecutar el homicidio. El hecho típico se identifica en su forma elemental. El partícipe aumenta el riesgo concreto de acaecimiento del proyecto delictivo y el orden jurídico no permanece indiferente. Las normas de la participación prohíben la cooperación y la inducción como formas de garantizar la indisponibilidad de argumentos e instrumentos que le allanan el camino al autor o lo motivan para la ejecución del hecho delictivo.

El partícipe cuestiona la norma de comportamiento en *fase uno* con su tentativa acabada de intervención. Pero además de revelar en el plano simbólico una actitud hostil al Derecho, en el plano material, se presenta como peligrosa, pues con ella se le sirve en bandeja de plata al autor aquello que requiere para la ejecución del hecho delictivo: la convicción de la necesidad de la ejecución o los medios materiales adecuados para la misma. En consecuencia, el partícipe incluso antes de la ejecución, debe pagar un alto precio por su *output* defectuoso,

⁵⁹⁵ Véase RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 127 ss.

⁵⁹⁶ Similar SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1984, 10/9.

que, si bien no llega a la drasticidad de la pena, le implica tolerar que el Estado justificadamente reconduzca a su esfera de organización los costes de la frustración del hecho delictivo futuro. Esta cobranza por adelantado encuentra su razón de ser en que el partícipe se coloca por injerencia en una posición de garantía acotada a evitar el resultado de su tentativa acabada de intervención. Mientras no lo haga, el Estado —o la víctima en su representación— podrán hacerlo a su cuenta. Este deber no ha de ser identificado con la frustración del hecho delictivo (desistimiento), sino con la supresión o anulación de su intervención (renuncia) antes de que se integre en la ejecución.

Existe, asimismo, un argumento normológico adicional que apuntala esta tesis. La finalidad preventiva de las normas de comportamiento inherente a los preceptos que castigan la cooperación y la inducción, cuando se trata de un proceso ejecutivo dilatado en el tiempo, no pueden motivar al agente a que no delinca en el momento en el que se produce la lesión material al bien jurídico [*fase dos*]. En los casos de *alic*, el autor estará fuera de sí o será inimputable, y en los casos de intervención previa⁵⁹⁷, el agente será incapaz de realizar la acción debida al encontrarse dissociado del hecho. Si bien después de abandonarse el perímetro de los actos preparatorios e infringirse la norma de comportamiento individual, existirá la posibilidad de renunciar o desistir, lo cierto es que la potencia motivadora de la norma de conducta se encuentra en aquel primer momento crucial de su relación con el orden jurídico, es decir, con el imperativo categórico que exhorta mantener bajo control cursos causales peligrosos que en manos de un tercero conducirían a una lesión material de un bien jurídico.

Si no voy errado, entonces tanto en los casos de *alic* como en los casos de intervención pre-ejecutiva el fundamento de la imputación ha de buscarse en la acción llevada a cabo en la primera fase: la producción de la situación defectuosa o la realización de la intervención⁵⁹⁸. Es aquí donde se localiza el disvalor de acción propio de la participación, el cual no se compone únicamente de la creación de la voluntad delictiva ajena o de la cooperación en el delito, sino que, a su vez requiere el correspondiente disvalor omisivo de la pérdida de control sobre el curso causal peligroso. Sin embargo, el objeto de la imputación necesariamente habrá de completarse con la concreción de la actividad del agente en la segunda fase del *iter criminis*, esto es, con el disvalor de resultado de la participación. La articulación de ambos momentos, la *acción individual* de tentativa acabada de intervención y su *resultado colectivo* (al menos una infracción de un tipo penal en grado de tentativa) es posible a través de la figura de la *omissio libera in causa*, figura dogmática que acecha tras la accesoriedad externa de la participación cuando el interviniente se ha distanciado de la acción ejecutiva antes de su comienzo.

⁵⁹⁷ Se excluyen los supuestos de partícipe desconfiado, véase *infra*.

⁵⁹⁸ La búsqueda de la responsabilidad penal en el momento en que el agente infringe la norma de comportamiento, incluso antes de que el proyecto delictivo alcance el estadio ejecutivo, significa dotar de contenido material al principio de culpabilidad al mismo tiempo que se le posibilita a la norma operar como una directiva de conducta eficaz. Así, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 733 s., pero en relación con los problemas que presentan los casos de imprudencia consciente.

3.3.3. Semejanza estructural entre los casos de *alic* y la intervención pre-ejecutiva

Probablemente, que aún no se asocien los casos de *alic* y de intervención pre-ejecutiva se debe a los dos últimos bastiones de la resistencia naturalista que defienden su colina en el pensamiento mayoritario, incluso de aquella doctrina que se proclama cercana a una perspectiva normativista: me refiero, por un lado, al recelo casi inconsciente a repensar las tradicionales estructuras de imputación que se utilizan para resolver los supuestos de pluralidad de intervinientes y, por otro lado, al efecto distorsivo que produce el factor temporal en la teoría de la imputación, frente al cual los autores solo han formulado oscuras explicaciones. Una teoría de la intervención delictiva opacada por la autoría y coordinadas ausentes en orden a la resolución de los procesos ejecutivos diferidos en el tiempo, han impedido el recurso a la figura de la *alic* para despejar las dudas que existen en torno a las intervenciones realizadas en la fase previa al comienzo de ejecución. Como se comprobará a continuación, los supuestos de *omissio libera in causa* y la intervención del partícipe antes de la ejecución son estructuralmente análogos, presentan los mismos desafíos sistemáticos y son resueltos por la doctrina con un instrumental secretamente equivalente.

La figura dogmática de la *actio libera in causa*⁵⁹⁹ se propone resolver las lagunas de punibilidad que se generan cuando el agente provoca su incapacidad de actuar, una situación de justificación o inimputabilidad en el marco de las cuales realiza un hecho delictivo⁶⁰⁰. En este grupo de casos se distinguen dos fases: primero, la acción u omisión que produce el defecto de imputación y luego el delito que se comete en ese estado. Según se haya actuado en

⁵⁹⁹ Sin pretensiones de exhaustividad, sobre este tema FREUND, «Actio libera in causa vel omittendo bei Rauschdelikten im Straßenverkehr», *GA*, 2014, pp. 137 ss.; HERZBERG, «Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Delikt Vorbereitung als Begehung der Tat (§§ 16, 20, 34 StGB)», *FS-Spendel*, 1992, pp. 207 ss.; EL MISMO, *FS-Roxin*, 2001, pp. 749 ss.; HRUSCHKA, «“Actio libera in causa” und mittelbare Täterschaft», *FS-Heinz Gössel*, 2002, pp. 145 ss.; EL MISMO, «Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit», *JuS* 1968, pp. 554 ss.; EL MISMO, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, pp. 274 ss.; EL MISMO, «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 421 ss.; JAKOBS, *AT*, 1991, 17/57 ss.; EL MISMO, «Die sogenannte actio libera in causa», *FS-Nishihara*, 1998, pp. 105 ss.; ROXIN, *AT*, 2006, §§ 20/55 ss.; EL MISMO, «Bemerkungen zur actio libera in causa», *FS-Lackner*, 1987, p. 314 ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, pp. 46 ss.; EL MISMO, *El delito de omisión*, 1986, pp. 260 s.; EL MISMO, «La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1ª (A la vez algunas observaciones sobre la doctrina de la “actio libera in causa”», *Revista de Derecho de la Circulación*, 4/1988, p. 172; LUZÓN PEÑA, «“Actio illicita in causa” y provocación en las causas de justificación», *Política criminal y nuevo Derecho penal*, 1995, pp. 243 ss.; JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa”*, 1990, pp. 120 ss.; RIGGI, *Interpretación y ley penal*, 2010, pp. 215 ss.

⁶⁰⁰ Se discute cuál es el ámbito de aplicación de esta figura. Existe acuerdo en que la *alic* comprendería aquellos casos en los que el agente ha provocado su inimputabilidad para cometer un delito en ese estado. Sin embargo, cuando se trata de extender su aplicación a la ausencia de otros elementos del delito, en especial la incapacidad de acción, las opiniones de la doctrina se dividen. Sobre esto véase, con abundante bibliografía, JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa”*, 1990, pp. 28 s., 66 ss. En lo que aquí interesa, se asume que, debido a la similitud estructural con la provocación de la propia inimputabilidad, la figura de la *alic* también es aplicable a los supuestos de ausencia de acción: en ambos casos el agente es responsable por la falta de un elemento esencial del delito. En esta línea JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 40 VI; MIR PUIG, *PG*, 2015, Lecc. 8, nm. 31; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, p. 260; JOSHI JUBERT, *La doctrina de la “actio libera in causa”*, 1990, p. 71; entre muchos otros.

relación con el resultado producido a título de dolo o imprudencia se imputará un delito doloso o imprudente⁶⁰¹. A las hipótesis conceptualizadas como *alic* pertenecen dos supuestos, con dos modalidades distintas cada uno, en función de si en la respectiva fase existe una acción o una omisión. En la *actio libera in causa* se trata de un hecho delictivo activo cometido en estado defectuoso que puede haber sido provocado activamente [*actio libera in agendo*] o bien mediante una omisión [*actio libera in omittendo*]. Con una estructura fenomenológica inversa, en la *omissio libera in causa* el agente no realiza cuando es debido la acción típicamente indicada al carecer de la capacidad de hacerlo, ya sea porque pudiendo haber impedido previamente que el defecto se produjera no hizo nada para evitarlo —*omissio libera in omittendo*— o porque provocó activamente tal incapacidad —*omissio libera in agendo*—⁶⁰². A los efectos de la investigación interesa especialmente este último supuesto, por lo tanto, no serán objeto de examen los casos de *actio libera in causa* en sentido estricto⁶⁰³.

Frente los casos de *alic* se proponen tres vías de solución: castigar al autor por la creación de la situación defectuosa —es la que sigue el legislador alemán en el § 323a StGB—, definir como realización del delito al momento del ocasionamiento de la situación defectuosa o enfocarse en el hecho producido cuando el autor actúa sin capacidad de acción, justificadamente o inculpablemente negándole la posibilidad de invocar circunstancias exculpantes. Estas tres perspectivas se distinguen en qué debe considerarse injusto: el colocarse en una situación defectuosa [embriagarse en el caso de la *Vollrausch*], el acto puesto en marcha mediante aquella [modelo de la tipicidad] o el hecho realizado en estado de inimputabilidad o incapacidad de acción [modelo de la excepción]. Cada punto de vista conduce a consecuencias sistemáticas específicas en relación con el objeto de referencia del tipo subjetivo, así como los instantes en que los especiales elementos del delito, necesarios en su caso, han de realizarse⁶⁰⁴.

Es llamativo que la doctrina penal al discutir de manera tan intensa sobre la figura de la *omissio libera in causa* haya ignorado su proximidad con los supuestos de intervención pre-ejecutiva, ya que, si se observa con atención, puede percibirse que ambos grupos de casos son estructuralmente análogos. Entre los casos de *alic*, específicamente en el supuesto de *omissio libera in causa*, y los casos en los que el partícipe interviene en la fase previa al comienzo de ejecución se advierten tres puntos de contacto⁶⁰⁵. Primero, el problema relativo al eventual fraude de ley. Ha de explicarse por qué la conducta de quien se provoca a sí mismo su incapacidad de acción o le allana el camino al autor antes de la ejecución no ha de considerarse carente de significado delictivo. Segundo, los problemas estructurales en el

⁶⁰¹ Así ROXIN, *FS-Lackner*, 1987, pp. 314 ss.

⁶⁰² Así SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, pp. 46 ss.; EL MISMO, *El delito de omisión*, 1986, pp. 260 s.; WELP, *Vorangegangenes Tun*, 1968, pp. 134, nota 145.

⁶⁰³ En algunas partes del texto se utiliza la sigla *alic* para hacer referencia a la estructura de imputación en sentido amplio.

⁶⁰⁴ Véase JAKOBS, *AT*, 1991, 17/58.

⁶⁰⁵ Si para explicar los supuestos de intervención previa al comienzo de ejecución mediante una acción utilizaremos la estructura de la *omissio libera in agendo*, es lógico que la explicación de los casos de participación por omisión fluya sin problemas a través de la modalidad de la *omissio libera in omittendo*.

plano normológico, dogmático y político-criminal son equivalentes. Inicialmente se presentan para determinar cuál es el momento en el que el agente infringe la norma de conducta y si sería conveniente resolver estos casos recurriendo a reglas de imputación extraordinarias que excepcionen el principio de culpabilidad. Desde luego, estos interrogantes abiertos en el plano normológico se traducen en preguntas dogmáticas relativas a las reglas que rigen el comienzo de la tentativa, el desistimiento y hasta dónde se encuentran legitimados la víctima, los terceros en su representación y el Estado para repeler la agresión, si es que la hay, en esta primera fase de la actuación del agente. Por su parte, en el plano político-criminal, la doctrina se pregunta si existe necesidad y merecimiento de reaccionar con pena ya en el momento en que se provoca la situación defectuosa o se interviene, pero todavía no se produce la lesión material del bien jurídico. Por último, y como consecuencia de lo dicho hasta aquí, no debería sorprender que se pueda trazar un estrecho paralelismo entre el fundamento del injusto del autor en el ámbito de la *alic* y el fundamento del injusto del partícipe en el ámbito de la intervención delictiva. Veamos en detalle cada uno de estos puntos de contacto.

3.3.3.1. Necesidad de impedir una situación de fraude de ley

Un sentimiento jurídico común lleva a la doctrina a asumir como premisa principal que no debe permitirse al destinatario de la norma eludir la pena mediante una aplicación meramente formal de los principios y garantías de la Parte general. Así, se responsabiliza, con argumentaciones diversas, tanto a quien provoca su posterior incapacidad de acción y luego comete un hecho delictivo en una situación defectuosa⁶⁰⁶, como a quien en una empresa delictiva no realiza conducta alguna al momento del hecho, pero lo impulsa en un momento previo a la ejecución. En dogmática hay toda una red de reglas no escritas que en ocasiones suele pasarse por alto o simplemente se asume como punto de partida, un entendimiento espontáneo de nuestra experiencia sobre la construcción de la teoría de la imputación, sobre cómo distribuir la responsabilidad o interpretar el sentido de una determinada conducta. Estas reglas no escritas que subyacen, muchas veces incluso con más fuerza, a aquellas reglas escritas y principios formales de la materia jurídica, suelen salir a la superficie en forma de intuiciones, esto es, percepciones instantáneas de la realidad recortada que le interesa al Derecho penal. En efecto, ellas facilitan la solución de los problemas de *fraude de ley* incluso antes de que estos siquiera puedan ser deconstruidos, analizados y articulados dogmáticamente.

En el caso de la *alic* y la intervención pre-ejecutiva, se formularía una de estas reglas no escritas del siguiente modo: *nadie debe salirse con la suya a costa del sistema*. El innegable valor de

⁶⁰⁶ La doctrina dominante considera a la *actio libera in causa*, incluso sin regulación legal, como Derecho vigente, HIRSCH, *FS-Lüderssen*, 2002, p. 262. “Salvo raras excepciones, la doctrina mayoritaria entiende que hay que castigar al autor de una *alic*. Además, se defiende que su castigo es compatible con la legislación penal actual. También la jurisprudencia [...] parece opinar que estas situaciones deben y pueden ser castigadas”, JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «actio libera in causa»*, 1990, p. 276 con numerosas referencias (véase notas 657, 658, 659).

las reglas no escritas incorporadas a la teoría mediante las intuiciones, debe ser racionalizada para alcanzar una delimitación de nuestras experiencias ordinarias frente a otros principios formales del sistema con los que pueden entrar en conflicto. Es decir, para que no se desintegre el sistema de garantías formales que revisten la *praxis* jurídica. De este modo, la labor dogmática ha de orientarse hacia la comprobación de la (in)corrección sistemática de aquel entendimiento previo que lleva a la doctrina a no admitir una laguna de punibilidad tanto en los casos de intervenciones previas a la ejecución, como en los casos de *alic*. Esta es la tarea crucial que se asume frente al sentimiento jurídico común que, aunque brinda la eficacia de la pronta respuesta frente a problemas complejos, puede hacernos caer en ilusiones aún más problemáticas que conduzcan a resultados materialmente injustos o contradictorios en supuestos de hecho equivalentes que no nos representamos inmediatamente.

3.3.3.2 Problemas dogmáticos y estructura equivalente

Tanto la estructura dogmática de la *alic* y la intervención pre-ejecutiva, así como sus problemas intrasistemáticos son equivalentes: cuando el partícipe actúa antes que el autor se disponga inmediatamente a la realización del tipo, se está en presencia de un proceso ejecutivo con división del trabajo extendido en el tiempo con dos fases: la *actio praecedens* representada por la ayuda o motivación y el posterior ataque al bien jurídico a manos del autor, prueba de que el partícipe ha decidido dejar pasar la última oportunidad para revocar su intervención. Al igual que en las hipótesis comprendidas bajo la figura de la *alic*, en esta segunda fase el partícipe ha perdido el control del riesgo (porque está lejos del lugar del hecho, por ejemplo) y no puede evitar que se actualice el peligro de su intervención. SILVA SÁNCHEZ ha puesto de relieve que en los casos de *alic* existe una *ley defraudada* (la sancionatoria) y una *ley de cobertura* (la que establece la exención de pena en los casos de justificación, inimputabilidad o falta de acción) cuya aplicación se provoca⁶⁰⁷. Este es el caso-tipo de distancia normativa que, como anticipamos, presenta tensiones a resolver entre los principios que rigen el sistema de imputación en los supuestos de intervención pre-ejecutiva⁶⁰⁸.

[Caso 11] El ejemplo replicado por la manualística en relación con el supuesto de *omissio libera in causa (in agendo)* es el del guardabarrera que se embriaga hasta quedar inconsciente y en el momento debido no baja las barreras ocasionando un accidente ferroviario⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, *Revista de Derecho de la Circulación*, 4/1988, p. 172. Lo sigue RIGGI, *Interpretación y ley penal*, 2010, pp. 215 ss.

⁶⁰⁸ Como pone de relieve RIGGI, *Interpretación y ley penal*, 2010, p. 217, en la solución de los casos de *alic* se tensan las relaciones entre la prevención del delito y las garantías que deben respetarse en un Estado de Derecho. Desde luego, el mismo problema político-criminal se presenta en el castigo de las intervenciones previas. Si el legislador solo prohibiera aquella intervención concomitante a la ejecución del hecho colectivo, su pretensión de protección y prevención se vería completamente frustrada.

⁶⁰⁹ Propuesto por KATZENSTEIN hace más de 100 años en *Die Strafflosigkeit der actio libera in causa*, 1901, p. 50 y tomado como caso modelo hasta la actualidad, entre muchos otros, por VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1914, § 37; JAKOBS, *AT*, 1991, 7/69 —quien lo resuelve como un delito de omisión

Inicialmente no se podría castigar al autor por la colisión de los trenes debido a que el principio de culpabilidad exige capacidad de acción al momento del hecho. Por otra parte, si se pretendiera castigar al guardabarrera por la provocación dolosa del estado defectuoso al comenzar a embriagarse se infringiría el principio de coincidencia, según el cual, todos los elementos del delito deben concurrir simultáneamente en el momento de la acción ejecutiva. Esto que sucede en los casos de *alic*, también sucede en los hechos colectivos cuando uno de los agentes ha actuado antes del estadio ejecutivo. Común a ambas hipótesis sería la dificultad de reprocharle al agente su comportamiento teniendo en cuenta exclusivamente el instante en que se produce la lesión material del bien jurídico, problema no reducible a una cuestión de dolo alternativo. En *fase uno* el partícipe *defrauda la norma de sanción*, puesto que con su intervención infringe la norma de conducta, pero esta es impune antes de la ejecución del hecho colectivo con base en las reglas de la accesoriedad externa. Y una vez que en *fase dos* el autor realiza el tipo, el partícipe estaría *protegido por la norma de cobertura* derivada del principio de coincidencia, ya que entonces sería incapaz de cumplir con la acción debida —consistente en retirar su aportación o motivación— la que le corresponde por haberse colocado por injerencia en una situación de garantía.

Aunque las siguientes afirmaciones revelan mi preferencia por el modelo de la tipicidad, es importante adelantarlas para que la exposición gane en claridad. Mientras que en los casos de *alic* la acción ejecutiva consiste en, por ejemplo, eliminar la capacidad de acción —*liberarse a sí mismo del propio control*⁶¹⁰— en la participación la acción ejecutiva individual consiste en el realizar la intervención y desentenderse de ella —*liberar un curso causal peligroso fuera del propio ámbito de control*⁶¹¹—. Paralelamente a lo que sucede con el autor que obra en estado defectuoso, el injusto del partícipe y, por lo tanto, los elementos del tipo subjetivo, deberán determinarse en el momento en que se favorece el hecho delictivo (la acción precedente como *causa libre*). En otro orden de ideas, no debe perderse de vista que en los casos de *alic* se suele requerir un “doble dolo”: uno dirigido a la producción del estado defectuoso y otro dirigido a la realización típica posterior⁶¹². Un tipo subjetivo de idénticas características se exige en la participación: el interviniente habrá de conocer tanto el contenido de su prestación en la fase pre-ejecutiva como la sucesiva realización típica que posteriormente llevará adelante el autor de propia mano. Otro argumento más que se ofrece a favor de la equiparación estructural propuesta en esta investigación⁶¹³.

por comisión— y SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, p. 261, quien precisa que este es un supuesto que responde a la estructura de la *omissio libera in agendo*, mientras que uno relativo “al esquema de la *omissio libera in omittendo* sería el caso del guardaguasas o guardabarrera que, viendo que se queda dormido por los vapores de la estufa de su caseta, no hace nada por evitar este extremo (por ejemplo, salir de aquella), produciéndose el mismo accidente”.

⁶¹⁰ Así JAKOBS, *AT*, 1991, 17/65, nota 118.

⁶¹¹ O en el caso de una intervención por omisión, no realizar la acción indicada en *fase uno* que evite favorecer al delito que se ejecutará en *fase dos*.

⁶¹² Véase por todos ROXIN, *FS-Lackner*, 1987, p. 320.

⁶¹³ Del “doble dolo” de la participación me ocuparé detalladamente en el cap. IV.

No puede objetarse al paralelismo estructural propuesto que en el caso de la *alic* se trataría de una persona y en los supuestos de intervención de dos o más. Este reparo suele oponerse también a la asimilación de la figura de la *alic* con la autoría mediata⁶¹⁴, con base en lo que sería una infracción del principio de identidad; una categoría lógica cuyo desconocimiento conduciría a un discurso jurídico irracional que contradeciría el sentido lingüístico [*Sprachgefühl*]⁶¹⁵. Pero esta crítica debe ser descartada. El principio lógico de identidad, si existiera con los contornos que postula HRUSCHKA, sería excesivamente naturalista. Que un mismo sujeto no puede ser él mismo y otro a la vez comprueba un hecho evidente. En el fondo no se trata de una metamorfosis dogmática en la que un sistema psicofísico acaba siendo otro, sino de una apreciación normativa en la que al agente se le imputan acontecimientos ocurridos después de haberse desconectado de su capacidad de culpabilidad. Todo lo que sucede luego de este cortocircuito es ajeno a él, sea concretado por un animal, una máquina, el autor o él mismo. El punto crucial radica en reconducir a quien actuó en la fase previa aquello que ha ocurrido posteriormente, es decir, al Derecho penal solo le interesará imputar acontecimientos a sujetos capaces de culpabilidad⁶¹⁶. Si el principio de identidad tal como lo propone HRUSCHKA tiene un lugar, solo puede ser en su teoría, y no en el *iter* de esta investigación.

Por otro lado, no es verdad que considerar al autor inimputable como un *otro frente a sí mismo* fuerce el *Sprachgefühl*, en tanto la idea de que el *desquiciado* como tal está alienado en el momento en el que actúa se encuentra presente en muchas expresiones cotidianas. Piénsese en el “*está fuera de sí*”, “*no era yo*” o en la expresión reflexiva de “*volverse loco*” que a menudo se utilizan para hacer referencia a procesos sensoriales de transformación distorsiva. Téngase presente, asimismo, el significado de alienación como un estado mental caracterizado por una *pérdida de sentimiento de la propia identidad*⁶¹⁷. No se me escapa que las tensiones existentes entre ambas figuras superan esta crítica puntual y se complejizan todavía más cuando se ponen en relación con casos de codelincuencia⁶¹⁸. Sin embargo, aunque cuantitativamente entrar en este debate excedería la escala de esta investigación y sus objetivos principales, cualitativamente la comprobación de mayores matices entre ambas figuras no modificaría las conclusiones de este trabajo. El interés radica en la similitud estructural y no en una completa asimilación.

Finalmente, estas ideas conducen a reflexionar sobre cuál es el momento en que el agente expresa su déficit de motivación jurídica de forma relevante y cuáles son las reglas del

⁶¹⁴ “A diferencia de los casos habituales de autoría mediata en que un hombre —el hombre de atrás— utiliza a otro —el instrumento— para cometer el delito, en la *actio libera in causa* es el mismo sujeto que se utiliza como instrumento”, JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «actio libera in causa»*, 1990, p. 177.

⁶¹⁵ Así HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed. 1988, pp. 6, 274 ss.

⁶¹⁶ La expresión “otro” se debe entender en el sentido de un hombre no responsable, así la identidad o no identidad de la *massa carnis* es irrelevante. En detalle JAKOBS, *FS-Nishihara*, 1998, p. 119.

⁶¹⁷ Véase Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (23ª ed.) consultado en <http://www.rae.es>

⁶¹⁸ Crítica en detalle frente a la idea de resolver los casos de *alic* a través de la estructura de la autoría mediata, ALONSO ÁLAMO, «La acción “libera in causa”», *ADPCP*, 1989, pp. 64 ss.

comienzo de la tentativa en los supuestos de intervención pre-ejecutiva. En lo que sigue, se ensaya una explicación armónica para tres grupos de supuestos de casos en los que se aprecia un *iter criminis* con dos fases: la *alic*, la autoría mediata y la actividad pre-ejecutiva del partícipe. La hipótesis que se arriesgará es que la tentativa acabada de intervención —todavía impune— se produce en el instante en que cómplice o inductor han dejado pasar la última oportunidad para revocar de forma segura su aportación o motivación. Esto será así, incluso cuando mantengan capacidad de culpabilidad, pero, y esto es lo que ahora interesa, hayan perdido su capacidad de retirar su aportación o motivación.

3.3.3.3. El paralelismo entre las respuestas teóricas

Si tanto la estructura como los problemas sistemáticos que plantean los casos de *omissio libera in causa* y las intervenciones pre-ejecutivas son estrictamente análogos, entonces es lógico pensar que el contenido del injusto del partícipe y el contenido del injusto del autor que actúa en una situación defectuosa sean analizados a partir de puntos de vista afines. Al principio de este apartado fueron presentadas las tres perspectivas existentes en relación con la problemática de la *alic*: castigar al agente por colocarse en una situación defectuosa (a), buscar el contenido del injusto en el acto puesto en marcha mediante esta última (b) o buscarlo en el hecho realizado en estado de inimputabilidad o incapacidad de acción (c). En el ámbito de la intervención delictiva también se presentan con un estatuto similar estas tres alternativas:

a) El legislador alemán con el § 30 StGB persigue la misma finalidad que con el precepto de la Parte especial del § 323a StGB: asegurar la imputación⁶¹⁹. El fundamento de la punición de la *Vollrausch* no reside en el hecho realizado en estado de embriaguez sino en el embriagarse. Esta conducta constituye un injusto por el peligro de que el autor debido a la ingesta excesiva de alcohol pierda sus frenos inhibitorios y se desligue de la norma de conducta. Del mismo modo, el fundamento de la punición de la tentativa de participación en un delito grave del § 30 StGB no es la ejecución del hecho principal en sí, sino el peligro inherente de inducirlo o declararse dispuesto a colaborar con él⁶²⁰. En ambos casos la pretensión del legislador es idéntica: adelantar la barrera de punición para proteger al bien jurídico. Sin embargo, castigar toda embriaguez, sería político-criminalmente inconveniente e incluso innecesario, del mismo modo que lo sería el sancionar con pena toda conducta de inducción o favorecimiento antes de la ejecución. Una constante reacción formalizada mediante pena sería demasiado drástica. En consecuencia, el hecho antijurídico que exige el § 323a StGB es interpretado por la doctrina dominante como una condición objetiva de punibilidad⁶²¹. Aunque este hecho antijurídico no es requerido para sancionar las conductas

⁶¹⁹ La finalidad del precepto remite a la Parte General, así JAKOBS, *AT*, 1991, 17/59.

⁶²⁰ Véase ROXIN, *AT*, 2006, §§ 28/5 ss.

⁶²¹ Lo pone de relieve JAKOBS, *AT*, 1991, 17/61, con más referencias. Tanto en los casos de *alic* como en los de participación antes de la ejecución el legislador se encuentra ante el mismo dilema: “si se establece la consumación de un hecho ya en la puesta en peligro para el bien jurídico protegido, también quedará realizado el tipo mediante acciones que o bien no se consideran como perturbación en la vida social, o al menos no para un sector muy mayoritario de la sociedad, o bien no como perturbaciones que requieran

descritas en el § 30 StGB, igualmente en este caso ha de exigirse que la actividad de inducción alcance un determinado umbral de peligro, el cual se comprueba, según mi punto de vista, cuando se traspasa el estadio de la tentativa acabada de intervención al perderse el control del riesgo sobre la motivación en que consiste la participación⁶²².

b) Por otra parte, el modelo de la tipicidad se corresponde en gran medida con la argumentación y consecuencias sistemáticas de los partidarios del injusto autónomo de la participación⁶²³. Piénsese que estos últimos centran su atención en el momento de la

una reacción formalizada; en estos supuestos, la pena aparece como una reacción innecesariamente drástica”, JAKOBS, *AT*, 1991, 10/1 (haciendo referencia a los §§ 227 y 323 StGB).

⁶²² LEONE, «Tentativo di una nuova configurazione delle acciones liberae in causa», *L'Indice penale*, fasc. 1-4, 1972, p. 21 s., postula que la *alic* tendría la estructura de un delito de peligro y que la ejecución del delito sería una mera condición objetiva de punibilidad de la acción precedente que como tentativa acabada encerraría todo el disvalor de injusto de la imputación. De este modo, el dolo consistiría en la conciencia y voluntad del peligro inherente a la provocación de la situación defectuosa. El punto débil de esta tesis es que permanece a mitad de camino, en cuanto el objeto de referencia del tipo subjetivo tanto en los casos de *alic* como en los casos de intervención pre-ejecutiva será el hecho que se realizará en estado defectuoso o a manos del autor. Este mismo problema padece la tesis de SCHMIDHÄUSER al identificar el comienzo de ejecución con una condición objetiva de punibilidad. Crítica frente a la posibilidad de entender la figura de la *alic* como un delito de peligro, ALONSO ÁLAMO, «La acción “libera in causa”», *ADPCP*, 1989, pp. 100 ss.

⁶²³ En Alemania, el principal representante del modelo de la tipicidad [*Tatbestandmodell*] es ROXIN, *AT*, §§ 20/58 ss.; EL MISMO, *FS-Lackner*, 1987, pp. 314 ss.; con variantes y asimilándola a la autoría mediata, JAKOBS, *AT*, 1991, 17/64 ss.; HERZBERG, *FS-Spendel*, 1992, pp. 228 ss.; FREUND, *GA*, 2014, p. 149; JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «actio libera in causa»*, 1990, pp. 408 ss.; RIGGI, *Interpretación y ley penal*, 2010, pp. 218 ss. En este planteamiento el objeto de la imputación penal consiste en la *actio* u *omissio praecedens*: la acción que provocó o la omisión que no evitó conforme a deber la situación de incapacidad de acción, justificación o inimputabilidad. Este modelo, también denominado de imputación ordinaria, articula la *alic* en el edificio dogmático tradicional. En realidad, esta figura no supone una excepción al principio de culpabilidad, sino que se presenta como un *lapsus* engañoso confirmando, en el fondo, el principio de culpabilidad por el hecho. El truco radica en presentar a la acción precedente como una infracción completa de la norma del § 22 StGB. Desde luego, los autores que hemos encuadrado en dicho esquema teórico matizan esta idea teniendo en cuenta principalmente las tensiones existentes con el principio de legalidad, sin embargo, es posible afirmar que es un elemento común a todos sus enfoques el rechazo a tomar el contenido de injusto del *Defektzustand*. A partir de aquí, hay autores que llegan más lejos y se conforman con la relación de causalidad para afirmar la existencia de una tentativa punible, otros que realizan un paralelismo con la estructura de la autoría mediata e incluso quienes afirman que la lesión material del bien jurídico opera como una condición objetiva de punibilidad. La principal objeción que se opone al modelo de la tipicidad es el adelantamiento del comienzo de la tentativa a acciones que aún no suponen un peligro relevante para el bien jurídico protegido. Este problema, sin embargo, solo requerirá una explicación adicional en el ámbito de la provocación dolosa pues en los casos de imprudencia es sencillo ubicar la realización típica en el momento en que se infringe el deber de cuidado; así lo pone de relieve HIRSCH, *FS-Lüderssen*, 2002, p. 262 citando jurisprudencia del BGH en la misma línea (nota 42). HRUSCHKA, *FS-Heinz Gössel*, 2002, pp. 145 ss. argumenta que en el modelo de la tipicidad la conducta provocadora todavía no podría identificarse con la infracción de la norma de la tentativa punible, en tanto el embriagarse, por ejemplo, todavía no tiene el significado de una acción típica y se desconocería el principio de legalidad. De ser cierto este ataque contra modelo de la tipicidad en el ámbito de los delitos dolosos, entonces quedaríamos atrapados entre un *fraude de ley* inaceptable y dos opciones odiosas: situar el comienzo de la tentativa punible en el momento en que se actúa en estado defectuoso y considerar a la *actio praecedens* como una acción típicamente neutra o, considerar la infracción de la norma de la tentativa punible ya en el momento en que se provoca o no se evita la falta de acción posterior y así adelantar aquella hasta conductas que no serían típicas. Un intervalo irreductible a "demasiado pronto" y "demasiado tarde". Nuevamente, las tensiones entre ambos principios son las que ya apreciamos en la discusión sobre

realización de la aportación o motivación donde se encontraría todo el contenido del injusto del interviniente, sin importar lo que luego suceda con ellas. Del mismo modo en que el modelo de la tipicidad centra su atención en la *actio* u *omissio praecedens* para determinar los límites de la responsabilidad del autor, en el ámbito de la intervención, las perspectivas que independizan el hecho del partícipe suelen imputarle como su injusto solo lo que hace (o deja de hacer) de propia mano. La acción posterior del autor es algo que no le compete en función del rechazo del principio de accesoriadad externa y el recurso a un principio de autorresponsabilidad que agota todo el contenido de injusto en la actividad desplegada en la primera fase. Por supuesto, ambos puntos de vista comparten el mismo problema: el adelantamiento del inicio de la tentativa a conductas muy alejadas del ataque al bien jurídico.

c) Finalmente, también se advierte un paralelismo entre la perspectiva de los defensores del injusto del partícipe como dependencia del injusto del autor y el modelo de la excepción⁶²⁴.

el fundamento del injusto del partícipe. Postular un injusto de la participación que depende del hecho del autor permite asumir sin problemas la solución global de la tentativa, pero vulnerando el principio de autorresponsabilidad y el principio de culpabilidad por el hecho propio. Por otro lado, la tradicional perspectiva sobre la autonomía del injusto del partícipe adelanta demasiado la barrera de punibilidad cuando pretende aplicar la norma de sanción al comportamiento realizado en la fase previa negando toda relevancia al principio de accesoriadad externa: asumir la solución individual de la tentativa sin distinguir entre el nivel relativo a la infracción de la norma de comportamiento y el nivel en el que opera la norma de sanción, no solo impide valorar el hecho como una obra colectiva sino que además infringe el principio de legalidad.

⁶²⁴ Sobre el modelo de la excepción [*Ausnahmemodell*] véase HRUSCHKA, *FS-Heinz Gössel*, 2002, pp. 147 ss.; EL MISMO, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2ª ed., 1988, 274 ss.; EL MISMO, *FS-Bockelmann*, 1979, p. 421 ss. Conforme este planteamiento, se diseña la *alic* como una excepción al § 20 StGB basada en el Derecho consuetudinario, que permite castigar al autor que comete un delito sin capacidad de culpabilidad si la misma fue provocada con anterioridad. Esta propuesta teórica se construye sobre la base de un esquema normativo de regla-excepción. La regla consiste en la imputación de un suceso físico como un hecho comisivo o la imputación de una inactividad como un hecho omisivo (imputación ordinaria de primer nivel) y la imputación un hecho antijurídico a la culpabilidad (imputación ordinaria de segundo nivel). La excepción radica en el rechazo de la imputación ordinaria cuando el agente no tiene capacidad física para evitar o realizar la acción prescrita, hay una razón en el aspecto subjetivo para excluir el carácter de hecho comisivo u omisivo, existe una situación de necesidad o se padece un error de prohibición. La imputación extraordinaria propia de la *alic* consiste en la excepción a la excepción de la regla general sobre la imputación de primer y segundo nivel. A pesar de darse una razón para excluir la imputación ordinaria del hecho, este se atribuye de forma extraordinaria con base en que la persona involucrada en la situación es responsable de las razones que excluyen la imputación (HRUSCHKA, *FS-Heinz Gössel*, 2002, p. 154). También subyace a esta explicación la distinción entre deber [*Pflicht*] e incumbencia [*Obliegenheit*]. En la *actio praecedens* cuando el agente provoca o no evita la situación defectuosa infringe una *Obliegenheit* que permite imputarle la infracción del deber en la situación de inimputabilidad. Como ya pusimos de relieve al desarrollar las *Obliegenheiten* en el pensamiento de JAKOBS, suele atribuírseles la estructura de un imperativo hipotético, lo que explica que HRUSCHKA deba buscar la infracción del deber en el *Defektzustand* (HRUSCHKA, *FS-Bockelmann*, 1979, p. 426). Las críticas a este modelo son conocidas y pueden ser reducidas a la infracción de los principios de culpabilidad y legalidad (ROXIN, *AT*, 2006, § 20/57; EL MISMO, *FS-Lackner*, 1987, pp. 314 ss.; JAKOBS, *AT*, 1991, 17/58a; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 18, n. 15.; HERZBERG, *FS-Spendel*, 1992, pp. 228 ss.; FREUND, *GA*, 2014, p. 149; HIRSCH, *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 263 s.; SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, 1986, pp. 226 s.; RIGGI, *Interpretación y ley penal*, 2010, pp. 218 ss.). “Si se considera como ‘hecho’ en la *actio libera in causa* la acción realizada en situación de incapacidad de culpabilidad, no se puede pasar por alto que en este momento no hay capacidad de culpabilidad. El modelo de la excepción ignora sencillamente el tenor legal”, ROXIN, *FS-Lackner*, 1987, p. 316.

Como es sabido, el modelo de la excepción se enfoca en el comportamiento realizado por el autor en estado defectuoso. Entre otras críticas, a este punto de vista se le achaca que, si el contenido de injusto del hecho del autor inimputable se toma del evento defectuoso, el tipo subjetivo pierde su objeto de referencia y, por lo tanto, se infringe el principio de culpabilidad. De manera homóloga, con esta misma objeción debe lidiar la teoría de la participación en el injusto, a la que se le enrostra que al pretender responsabilizar al partícipe por un hecho ajeno infringe el principio de autorresponsabilidad y, por ende, también el de culpabilidad. ¿Acaso el agente que obra en estado de inimputabilidad en la *fase dos* no es *un otro* frente a sí mismo? Al igual que no puede aceptarse que la responsabilidad del autor surja de la aplicación de reglas extraordinarias de imputación que dejan de lado la relación entre la acción precedente y el resultado lesivo, tampoco puede aceptarse en el ámbito de la intervención delictiva que el hecho del autor defina el injusto del partícipe al margen de su relación individual con la norma de comportamiento.

Tanto en el ámbito de la *alic* como en el ámbito de la intervención delictiva el problema de fondo es el mismo: identificar la acción precedente con un acto preparatorio desprovisto de significado delictivo. Entonces, la única vía para castigar al sujeto que provocó su inimputabilidad es hacerlo responsable por el hecho ejecutado en estado defectuoso, aunque ello signifique ignorar principios fundamentales de la teoría de la imputación. Por su parte, en la teoría de la intervención delictiva, la equiparación de la participación previa con un acto desprovisto de significado delictivo conduce a conclusiones similares: al partícipe no se le responsabiliza por su actuación antes del comienzo de ejecución, sino por lo que el autor hace después, no obstante, esto signifique desvirtuar igualmente las bases de la teoría de la imputación. Me interesa dejar en claro que la proximidad de los modelos de *alic* con las actitudes teóricas de la opinión general en el ámbito de la participación delictiva es algo más que un curioso hallazgo, pues su adecuada interpretación brinda una pista fundamental para explicar la participación pre-ejecutiva sin desconocer el principio de culpabilidad ni adelantar la barrera de punibilidad a momentos muy lejanos a la afectación del bien jurídico. Esta actitud crítica frente al modelo de la excepción no debería sorprender demasiado si se tiene en cuenta que las *Obliegenheiten*, hoy presentadas por JAKOBS en el centro de su teoría de la intervención, fueron en un comienzo importadas al Derecho penal por HRUSCHKA⁶²⁵, quien con ellas precisamente pretendía explicar la dinámica de la *imputación extraordinaria* en los casos de *actio libera in causa*⁶²⁶.

⁶²⁵ HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 49 ss.

⁶²⁶ En otras partes de este trabajo se ha comprobado que la incorporación directa de las *Obliegenheiten* a la teoría de la intervención delictiva no conduce a resultados satisfactorios. Por ende, no hay mejores razones para tomar indirectamente esta noción del modelo de la excepción. En el ámbito de la teoría de la *alic* tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia rechazan la idea de una imputación extraordinaria que fundamente la responsabilidad del autor cuando este ha provocado o no evitado un estado defectuoso, en consecuencia, debido a la semejanza estructural con los supuestos de intervención en la fase previa tampoco es aceptable que la responsabilidad del partícipe pueda obtenerse mediante la aplicación de reglas de imputación excepcionales basadas en la infracción de una *Obliegenheit*. El núcleo problemático de las propuestas de HRUSCHKA en los casos de *alic* y JAKOBS en los casos de intervención

3.4. Deberes de tolerancia del partícipe antes de la ejecución

Todavía resta determinar hasta dónde puede llegarse para impedir que un proyecto delictivo que ya ha comenzado a gestarse avance hasta la ejecución. Si bien es cierto que el interviniente no-ejecutor mediatiza el acceso típico a la posición jurídica protegida en manos del ejecutor, no es menos cierto que no todo el prólogo de la ejecución se circunscribe al perímetro de libertad primordial del interviniente. Cuando lo interno es desbordado mediante una actuación prohibida *no-típica*, el partícipe se coloca en una situación de responsabilidad frente a la futura lesión típica con consecuencias precisas en el plano de los deberes de tolerancia. Naturalmente esta es una cuestión relativa a la lógica de la legítima defensa y que, más puntualmente, problematiza los límites del requisito de la actualidad de la agresión⁶²⁷. En todo caso, no se trata de un problema específico de la teoría de la intervención. Sin embargo, me parece que pueden ofrecerse dos puntos de vista vinculados con nuestro tema que contribuyen a hacer más fácil la discusión en los contextos de pluralidad de intervinientes.

En primer término, el Estado o el titular de la posición jurídica protegida en su representación, a mi juicio, no han de permanecer de brazos cruzados cuando alguien exterioriza de forma relevante una actividad de apoyo o impulso al delito que realizará de propia mano un tercero. Quien pone a disposición del autor los elementos materiales idóneos para la perpetración del delito o lo convence de la conveniencia de llevarlo adelante, hace algo más que perturbar la seguridad o tranquilidad de su titular⁶²⁸. La función de exclusión del derecho subjetivo es el correlato de su función de utilización, la cual, como se ha insistido, puede frustrarse en el estadio pre-ejecutivo. Esto fue fundamentado en detalle al analizar el caso 4: un diamante pierde parte de su valor de mercado con anterioridad a que le sea sustraído a su propietario si se pone en tela de juicio seriamente la futura relación de disponibilidad con el objeto, circunstancia que no tiene por qué ser tolerada.

pre-ejecutiva es el mismo: no toman el contenido de injusto de donde corresponde. Las críticas que padece el modelo de la excepción, entonces, marchan desde tres flancos: la tradicional objeción de la infracción de los principios de culpabilidad y legalidad, el escaso rendimiento sistemático de la noción de *Obliegenheit* como norma de comportamiento y la búsqueda de un injusto en un momento en el que el mismo se encuentra vacío de contenido. Esta última observación es la que ya advertí al equiparar los resultados sistemáticos de este punto de vista con los que alcanzan los partidarios de la teoría de la participación en el injusto al derivar el fundamento del ilícito del partícipe del hecho del autor: ambas perspectivas pretenden fundamentar el injusto del agente tomando como base un comportamiento ajeno.

⁶²⁷ Es objeto de controversia la admisión de una reacción de legítima defensa contra el autor antes de que el *iter criminis* alcance el estadio ejecutivo, cuando el esperar hasta ese momento significaría un alto coste tanto para el derecho de la víctima como para la integridad del agresor. Minuciosamente, SUPPERT *Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lage*, 1973, pp. 356 ss.

⁶²⁸ Que el legislador considere a ciertas conductas de intervención en delitos graves merecedoras de pena es una prueba más de que una posición jurídica protegida puede ser menoscabada antes de la ejecución. En contra de una antigua doctrina hoy dejada de lado (en detalle, cap. II), ya no se considera que normas como la del § 30 StGB o el art. 17 CP sean delitos autónomos que tutelen un bien jurídico distinto —infidelidad al Derecho, paz social, seguridad subjetiva, etc.— al de las figuras de la Parte especial a las que se refieren. Pero, aunque la conducta previa a la realización típica no alcance el umbral de lesividad relevante para el adelantamiento de la norma de sanción, igualmente debería apreciarse un peligro para el derecho subjetivo de la víctima que menoscabaría su pleno disfrute.

En segundo término, cuando la exteriorización de un acto de intervención haga incierto el pleno disfrute del derecho subjetivo de la víctima antes de la ejecución, aquel podrá ser frustrado a costa de quien se considera competente por el peligro: el partícipe. Éste al externalizar su aportación o motivación, al mismo tiempo —imputación objetiva mediante— internaliza la futura ejecución por mano ajena, colocándose por injerencia en una posición de garantía acotada a impedir que su intervención sea conducida al estadio ejecutivo. El anverso de la infracción de la norma que prohíbe participar en hechos delictivos es el deber de renunciar antes de la actualización típica de la intervención, o de desistir si ya ha alcanzado el estadio ejecutivo (fase omisiva de la intervención). Si no lo hace el propio interviniente, la autoridad estatal podrá hacerlo a su cuenta. Sobre la cuestión de cómo ha de concretarse la facultad de exclusión, la escasa literatura que se ocupa de esta cuestión en la teoría de la intervención, con argumentos dogmáticos y político-criminales de diversa índole, se inclina a favor de un estado de necesidad defensivo⁶²⁹. La posición que se tome frente a esta cuestión depende tanto de la concepción normológica que se tenga de la intervención pre-ejecutiva, como de la lógica propia de las causas de justificación.

Si se asume con la doctrina dominante que la legítima defensa preventiva no está justificada por falta de una agresión actual, entonces la justificación de la intromisión del Estado en la esfera de intereses jurídico-penalmente protegidos del infractor solo podrá discurrir por la vía del estado de necesidad defensivo. Esto, siempre que la acción sea necesaria para evitar aquí y ahora el peligro de la futura ejecución del hecho principal⁶³⁰. Conforme lo anterior, el Estado se encontrará habilitado a impedir que el proceso ejecutivo siga adelante si: a) alguno de los intervinientes se ha expresado individualmente, lo que sucede, cuando su actividad desborda su esfera de control (antijuridicidad *formaliter*); b) se pone en peligro la futura disposición del derecho subjetivo de la víctima, disminuyéndose así su pleno disfrute de manera actual (antijuridicidad *materialiter*)⁶³¹. Las medidas posibles abarcarán desde aquellas

⁶²⁹ Así JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 17; RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 50/23; EL MISMO, «Normbegründung», *disertación*, 2013, p. 22.

⁶³⁰ Véase RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 50/23; EL MISMO, «Normbegründung», *disertación*, 2013, p. 22.

⁶³¹ Son discutidos los límites de la justificación del Estado para prevenir e impedir la intervención en actos de terrorismo, cuestión sobre la que no cabe tematizar aquí.

propias del Derecho administrativo y de policía⁶³² hasta la intromisión en los intereses jurídico-penalmente protegidos del infractor⁶³³.

3.5. El comienzo de la tentativa

Si se sostiene que el partícipe con su tentativa acabada de intervención ya lleva adelante una conducta peligrosa, entonces ¿qué queda de la solución global de la tentativa? ¿La pretensión de tomar el contenido de injusto de la acción/omisión del partícipe en *fase uno* fuerza a adelantar la barrera de punibilidad y desconocer la tradicional formulación del principio de accesoriedad externa de la participación? ¿Esto implica acaso ignorar que el hecho pasa del estadio preparatorio al estadio ejecutivo una sola vez para todo el colectivo? La respuesta a estos interrogantes es negativa. La apuesta de este tramo de la investigación consiste en fracturar la oposición entre la solución individual y la solución global de la tentativa, asociadas usualmente con las teorías autónomas y las teorías derivadas del injusto de la participación, respectivamente. La hipótesis es sencilla: en el nivel de la norma de comportamiento la solución es siempre *individual*. La relación entre agente y norma se configura de manera bilateral entre él y la directiva de conducta, alcanzando su punto crítico con la tentativa acabada de intervención. Por su parte, la solución global de la tentativa opera en el nivel de la norma de sanción y puede no coincidir con aquel momento en el que se infringe la norma de comportamiento —tal cual sucede en la *alic* y la autoría mediata—. De esta cuestión me encargo ahora.

3.5.1. La tríada de las figuras de la *alic*, la autoría mediata y la intervención pre-ejecutiva

Buscar el injusto de la *alic* o de la participación en el momento en el que el agente se coloca en estado de inimputabilidad o interviene antes de producción de la lesión material a la posición jurídica protegida plantea el mismo problema. Se señala que quien pretende

⁶³² Explica RENZIKOWSKI, *GA*, 2007, p. 573 que, en el ámbito de la *alic*, la activación de la condición del resultado lesivo para el bien jurídico que lleva adelante quien se emborracha en el bar bajo el anuncio de golpear a su mujer puede ser legítimamente neutralizada por la autoridad policial, aun cuando esta primera fase no represente un desprecio —agrego, un desprecio *típico*— del derecho subjetivo de la futura víctima. Lo mismo habría de predicarse, conforme la lectura que se propone en esta investigación, en el caso del partícipe que interviene en la trastienda de la ejecución y se desentiende de lo que ocurra posteriormente con su aportación o motivación. Continúa el catedrático de Halle explicando que también podría procederse contra un cocinero que conserva en la despensa alimentos en mal estado contrariando la reglamentación de salubridad alimentaria. Como tal, esta actividad no pondría en un peligro concreto la salud del comensal hasta tanto se le sirviera la comida y, sin embargo, en tanto conducta antinormativa podría ser frustrada por la autoridad sanitaria. Naturalmente, si se tratara de un supuesto de pluralidad de intervinientes —con la intervención de un ayudante de cocina, un cocinero, el dueño del establecimiento, etc.— la conclusión no debería ser distinta en orden a la facultad de la autoridad administrativa de impedir la lesión típica en la etapa pre-ejecutiva.

⁶³³ La autoridad estatal podría avanzar sobre la posición jurídica del partícipe, en el marco de los estrechísimos márgenes del Estado de derecho, llevando adelante las prácticas y técnicas necesarias para la obtención encubierta de datos e información confidencial, así como recurriendo en situaciones límite al uso de la violencia. Medidas que habrían de ser ponderadas con prudencia según los intereses jurídicos que legítimamente se intentaren proteger.

embriagarse para tomar valor y matar a su cónyuge, al terminar de beber la última copa aún no lleva adelante una acción peligrosa para el bien jurídico, pues podría suceder que el autor no se envalentonara y cayera dormido. Del mismo modo, en los casos de intervención pre-ejecutiva, una vez que el inductor ha hecho todo lo necesario para motivar al autor o después de que el cooperador le ha allanado el camino para la ejecución, la doctrina mayoritaria todavía no se anima a afirmar la existencia de una conducta peligrosa, en tanto podría suceder que el autor no condujera el proyecto delictivo hasta el estadio ejecutivo. En torno a esto, la opinión general espera hasta el inicio de la tentativa para comprobar si la conducta del partícipe era o no peligrosa⁶³⁴. En suma, tanto en la *alic* como en la intervención previa la cuadratura del círculo consiste en que el comportamiento del autor o el del partícipe antes de la ejecución no menoscabarían típicamente la posición jurídica protegida. No obstante, lo cierto es que la participación pre-ejecutiva, así como la provocación de la situación defectuosa en los casos de *alic*, son acciones prohibidas y, además, aquel es el único momento en el que podemos hallar una acción culpable. Ahora bien, ¿implican estas afirmaciones forzosamente adelantar la barrera de punibilidad a esta fase?

La propuesta teórica del modelo de la tipicidad consiste en castigar al autor por la conducta precedente con la que provocó su incapacidad de acción o de culpabilidad: el empleado ferroviario que se embriaga para quedar dormido y no bajar la barrera cuando debe, si las cosas salen tal como las planea, será castigado por un delito doloso. En el marco de este planteamiento, parte de la doctrina trata al autor que provoca su propio estado defectuoso como si fuera un autor mediato que se utiliza a sí mismo como mediador del hecho⁶³⁵. Se afirma así que la *alic* dolosa y la autoría mediata son constructivamente semejantes. En el supuesto básico de autoría mediata el autor deja actuar al instrumento tras “haberlo preparado”, en los casos de *alic* el autor se sirve de sí mismo como instrumento luego de “haberse preparado” y, finalmente, en las hipótesis de intervención pre-ejecutiva, el interviniente coopera con el ejecutor dejando en sus manos la realización del hecho delictivo “ya preparado”⁶³⁶. La *gracia* en estas tres constelaciones de casos consiste en que el agente mantiene las manos limpias, esto es, desde la trastienda proyecta su actividad hacia adelante en la persona de otro. Esto sucede incluso en la *alic*, pues si bien el autor obra fenomenológicamente de propia mano, no lo hace así normativamente, ya que cuando se ha vuelto inimputable acaba siendo un *otro frente a sí mismo (supra)*.

⁶³⁴ Es la idea dogmática que ya hemos criticado como una insostenible antijuridicidad sometida a condición. Por su parte, en el ámbito de la *alic* esta idea es la que parece asomar a su vez tras el modelo de la excepción y sus variantes.

⁶³⁵ En este sentido JAKOBS, *FS-Nishihara*, 1998, pp. 105 ss.; EL MISMO, *AT*, 1991, 17/64 ss.; ROXIN, *FS-Lackner*, 1987, pp. 314; EL MISMO, *FS-Maurach*, 1972, pp. 213 ss. JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 40 VI, a pesar de asumir el modelo de la excepción, reconoce que existe una similitud estructural entre la *alic* y la autoría mediata.

⁶³⁶ En la inducción, puede apreciarse que, al igual que en la autoría mediata el autor prepara al ejecutor, solo que en este caso estamos ante un ejecutor-instrumento que actúa de forma inocente o indiferente, y en aquel frente a un ejecutor-responsable que se *apropia* de la mayor parte del hecho.

En la intervención pre-ejecutiva también puede decirse que el no-ejecutor “prepara” al ejecutor, haciendo nacer su voluntad delictiva o allanándole el camino y distanciándose del momento de la realización típica. Pero, a diferencia del supuesto de *alic* y autoría mediata, en la participación el agente comparte la responsabilidad con el ejecutor⁶³⁷. Si en el fondo esto es correcto, si la infracción de la norma de comportamiento tiene lugar en la acción precedente, única fase en la que el agente lleva adelante una acción peligrosa según el plan delictivo, entonces es tentador arriesgar la hipótesis de que las soluciones dogmáticas en el plano de la tentativa, el desistimiento y el tipo subjetivo en las figuras de la *alic*, la autoría mediata y la intervención pre-ejecutiva han de tener un estatuto similar.

El ataque más importante que se dirige contra el modelo de la tipicidad en el marco de la teoría de la *alic*, por un lado, y las teorías que postulan un injusto de la participación autónomo por otro, se refiere a que el colocarse en un estado de incapacidad o el participar antes de la ejecución no puede considerarse acción típica de un delito doloso. Desde luego, es posible diagnosticar un problema similar en la autoría mediata, pues el hombre de atrás puede acabar de influir sobre el instrumento mucho tiempo antes de la realización del delito. La imagen es suficientemente clara para afirmar que existe una similitud estructural entre la teoría de la intervención, la autoría mediata y la figura de la *alic*. Por lo tanto, los resultados sistemáticos que se alcancen en cada uno de estos grupos de casos no han de ser contradictorios.

Si la tentativa de intervención individual acaba cuando el curso causal sale de las manos del partícipe, entonces el criterio en la *alic* y en la autoría mediata deberá ser el mismo. En la inducción el agente infringe la norma de comportamiento al poner en marcha un proceso causal que ya no es más dominable⁶³⁸; este proceso causal consiste en la externalización peligrosa de una motivación que conducirá a otro a ejecutar un delito. De igual manera, en la autoría mediata existe una *acción de inicio de tentativa acabada* cuando el autor pone en marcha un curso causal y pierde su dirección (que como se explica a continuación no debe confundirse con la *infracción completa* de la norma de la tentativa). El disvalor de acción de la tentativa se agota en la autoría mediata con la programación del instrumento o la creación de las circunstancias en las que este representará al autor, del mismo modo que en los casos de inducción el disvalor de la acción de tentativa se agota con la invitación al autor.

En los casos de autoría mediata y en los supuestos de intervención pre-ejecutiva se *terceriza* la ejecución en otra persona que es la que en definitiva produce de propia mano el resultado —en un caso inocentemente y en otro imputablemente—. No es necesario esperar a que, por ejemplo, el inducido o instrumento se disponga inmediatamente a realizar el tipo, basta con que los argumentos con la potencial aptitud para motivarlo se encuentren a su

⁶³⁷ En la autoría mediata y en la *alic* existe un único sujeto responsable de haber realizado un ataque al bien jurídico a la distancia (no obstante, pueden existir también hipótesis de coautores mediatos).

⁶³⁸ Esto es así incluso para los casos que quedan fuera de normas como la del § 30 StGB, en tanto que lo que estamos hablando aquí es de la infracción de la norma de comportamiento primaria. Solo en los supuestos de intervención en delitos graves que encuadran en el § 30 StGB coincide la infracción de la norma de comportamiento con la aplicación de la norma de sanción por existir un adelantamiento de la barrera de punibilidad a la tentativa acabada de intervención.

disposición o que el hombre de adelante ya esté *programado* para la ejecución. En este preciso momento en el que la actividad del inductor y el autor mediato desborda su esfera de organización se produce la infracción de la norma de comportamiento —acción de tentativa acabada— la que no implica, en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo, la inmediata aplicación de la norma de sanción⁶³⁹. Para que esto ocurra, deberá esperarse al *resultado de la acción de tentativa*, el cual se producirá cuando *su representante*, el ejecutor, se disponga inmediatamente a la realización del tipo. Esta correspondencia entre la inducción y la autoría mediata se puede trazar asimismo con la cooperación y, por supuesto, con los casos de *alic*. Desde luego que no se me escapa la particular diferencia de la relación comunicativa que se establece entre aquellos intervinientes que se vinculan en el marco de un proyecto delictivo común (inducción, complicidad y coautoría) y los supuestos de autoría mediata o *alic*, en los que el ejecutor se asemeja a un instrumento mecánico⁶⁴⁰. Sin embargo, esta cuestión corre por un carril paralelo en lo que respecta a la lectura de los problemas de la tentativa. Los elementos que interesan ahora son un proceso ejecutivo dilatado en el tiempo y una acción precedente en la que se libera un curso causal peligroso en manos de un tercero.

3.5.2. ¿Solución global vs. solución individual?

Ahora bien, si esta similitud estructural es tomada en serio, ha de reflexionarse sobre la corrección de la escisión de las formas de la tentativa según se trate de un supuesto de pluralidad de intervinientes (solución global, la tentativa comienza con la conducta de ejecución del autor) o de autoría mediata (solución individual, hay tentativa cuando se empuje al instrumento a la acción). Esta formulación es plausible, pero errónea, al menos, del modo en que la plantea la doctrina dominante⁶⁴¹, pues omite que, tanto en los supuestos de intervención como en los de autoría mediata (así como en los de *alic*) el principio de autorresponsabilidad impone la solución individual: en ambos casos la norma de comportamiento se infringe cuando el agente individualmente pierde la posibilidad de

⁶³⁹ “*Nicht Beherrschbares ist nicht intern*”, JAKOBS, *ZStW*, 97, 1985, p. 784.

⁶⁴⁰ “La participación solo es posible en la acción real de otro. Traducido en la terminología de la dogmática jurídico penal actual significa: el hecho punible, al cual la acción de participación se refiere, debe haberse comenzado culpablemente; donde ello falte, se considera a la contribución de la desestabilización del hombre de atrás sobre la figura de la autoría mediata” PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 275. En la misma línea de su maestro, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 77 s.; EL MISMO, *GA*, 1996, pp. 253 ss. “La autoría mediata [...] es, si se restringe estrictamente a los instrumentos no responsables, una autoría *directa* —si bien fenotípicamente ha surgido como ajena— y caracterizada por el hecho de que el hombre de delante (que es ¡aparentemente! el ejecutor) no actúa delictivamente porque no actúa de manera dolosa ni imprudente o porque actúa de manera justificada o (si no) sin culpabilidad”, JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 38.

⁶⁴¹ La solución global, unificadora o conjunta se basa en la idea de que a los intervinientes, tanto en la coautoría como en la participación, se les han de imputar todas aquellas aportaciones de los demás conforme el plan delictivo acordado. Como tal es dominante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina: “Si de acuerdo con el plan delictivo, el delito debe ser ejecutado por varios coautores, todos ellos entran en la fase de tentativa en cuanto uno de ellos ha iniciado inmediatamente la comisión del hecho [...] independientemente de si alguno ha aportado su contribución al delito ya en la fase preparatoria”, BGHSt 39, pp. 237 s., citado por ROXIN, *AT*, 2006, § 29/295, con ulteriores referencias bibliográficas (véanse notas 297, 298 y 299).

revocar de forma segura su aportación, motivación, provocación de situación de inimputabilidad o influencia sobre el instrumento⁶⁴².

Pero esta respuesta en el nivel de la norma primaria no implica automáticamente que se detone la aplicación de una pena en el nivel de la norma secundaria. En los procesos delictivos dilatados en el tiempo ha de esperarse hasta que el ejecutor dé inicio al hecho principal. Si esto suele ser de otro modo para la doctrina —la cual postula la solución individual para los casos de *alio* y autoría mediata, y la solución global para los casos de intervención— es porque confunde los presupuestos de infracción de la norma de conducta con los relativos a la aplicación de la norma de sanción, a lo que deberá agregarse la distinción entre acción de inicio de tentativa y su resultado (*infra*). Desde la perspectiva normológica que en este trabajo se propone, el punto crucial en la relación del partícipe con la norma de comportamiento coincide con su tentativa acabada de intervención. Este es el momento auténticamente personal que nos dice todo sobre su relación con el ordenamiento jurídico y no debe confundirse con la disposición inmediata del autor para la realización del tipo. Por lo tanto, conforme la lógica de este razonamiento, en la participación también debe asumirse la solución individual.

Por extraño que parezca, en este tema las conclusiones de JAKOBS son paradójicamente *poco jakobsianas*. En primer lugar, si es cierto que en los supuestos de provocación de la propia inimputabilidad la denominación de *alio* solo debe entenderse como una metáfora según la cual causa libre en realidad es la acción (u omisión) precedente y todo lo que le sigue solo puede imputarse como consecuencia de dicha acción libre, entonces ¿por qué no afirmar sencillamente que lo mismo sucede con el partícipe que actúa en la fase previa y luego se desconecta del acontecimiento delictivo? Si en los casos de *alio* todo lo que sucede después de que el agente se coloca en una situación defectuosa no es comportamiento antinormativo, entonces, en la teoría de la intervención ha de afirmarse exactamente lo mismo en relación con el interviniente que opera antes de la ejecución, si este ha perdido la posibilidad de cumplir con la acción debida, esto es, retirar su favorecimiento o motivación. El contenido del injusto debe tomarse de lo que sucede en la acción precedente, pero desde luego esto no significa que lo que suceda a continuación —el ataque típico a la posición jurídica— sea irrelevante.

En todos estos casos, como ya se señaló, la negación de la norma es peligrosa tanto material como simbólicamente, sin modificar las cosas (al menos en este plano) el que la ejecución la realice un instrumento —humano o mecánico—, el mismo agente en estado de inimputabilidad o el autor con plena capacidad de culpabilidad. Abrazar la solución global de la tentativa sin realizar precisiones conduce a equívocos y resultados absurdos: un tercero jugaría el rol de representante del partícipe en su relación bilateral con la norma de conducta y este acabaría infringiéndola mientras duerme, yace inconsciente bajo efectos narcóticos o sencillamente se encuentra vacacionando lejos del lugar de los hechos. El principio de

⁶⁴² Véase JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2012, p. 38, nota 65.

autorresponsabilidad, el principio de culpabilidad y una concepción normológica coherente imponen la *solución individual* para todos los casos de pluralidad de intervinientes y, si existe una *solución global*, esta se refiere a la aplicación de la norma de sanción⁶⁴³.

JAKOBS deja de lado una de las premisas básicas de su teoría de la intervención cuando propone la solución global para los casos de intervención y la solución individual para los casos de *alic* y autoría mediata⁶⁴⁴. Piénsese que, si se postula que la diferencia entre autoría y participación es simplemente una cuestión de grado —es decir, cuantitativa— entonces la distinción (cualitativa) de las formas de la tentativa según se trate de autoría (mediata) o participación debería ocupar un lugar incómodo en su sistema. Más aún, considerando que JAKOBS postula que la autoría mediata es una autoría directa enmascarada⁶⁴⁵. Para ejemplificar esto, anticipo el caso 14 en el que A le facilita explosivo plástico a B para que elabore una bomba y mate a C. Realizado el atentado las cosas no salen como lo había planeado B quien no solo mata a C, sino también a D —víctima a la que no se representaba alcanzar con la detonación—. El error de cálculo fue provocado por A al cambiar previamente las etiquetas de los explosivos para sabotear el atentado aumentando su magnitud. Por ende, A interviene en la muerte de C a título de partícipe al proveerle a B el material explosivo para que ejecute su plan homicida, mientras que la muerte de D debería serle imputada a título de autoría (mediata), al provocar el error de B en la construcción de una bomba más potente.

Al operar con criterios dispares para determinar el comienzo de la tentativa entonces debería afirmarse que cuando A deja en manos de B el explosivo plástico ya existe una tentativa de homicidio de D en autoría mediata, pero todavía no en relación con el homicidio de C, para el que se debería esperar a que B se dispusiera inmediatamente a la realización del tipo. Esta formulación es insatisfactoria⁶⁴⁶ y se presenta como marcadamente naturalista al realizar un tratamiento sistemático diferenciado entre autoría y participación en donde no es necesario. La fundamentación de la relevancia típica de la intervención de A en relación con las muertes de C y D se encuentra en la acción precedente, es decir, en la entrega del explosivo y la inmediata pérdida de control sobre esta intervención. Si realmente la fundamentación de la intervención es una cuestión de imputación objetiva, y como tal, previa y analíticamente independiente de la decisión sobre la calificación de la intervención como autoría o participación, entonces no hay buenas razones para asumir en el nivel de la norma secundaria,

⁶⁴³ Se observa un problema idéntico para los casos de autoría mediata, pues puede suceder que el autor mediato acabe de influir sobre el instrumento mucho tiempo antes que este se disponga a realizar actos ejecutivos y que, en el momento en el que estos se produzcan, aquel se encuentre en una situación de inimputabilidad, incapacidad de acción o simplemente en otro lugar.

⁶⁴⁴ “En el supuesto normal, al terminar de influir sobre el instrumento hay ya tentativa acabada del autor mediato”, JAKOBS, *AT*, 1991, 21/105.

⁶⁴⁵ JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 38, 46, nota 88.

⁶⁴⁶ Lo aprecia ROXIN, *FS-Lackner*, 1987 pp. 314 ss. en relación con la inducción, aunque al apreciar una infracción completa de la norma de la tentativa ya en la acción precedente, no consigue resolver el problema del adelantamiento de la barrera de punibilidad a conductas que todavía se encuentran muy lejos de la lesión material del bien jurídico.

en un caso la solución global y en otro la solución individual, según se trata de participación o autoría mediata. A es competente por el atentado como unidad de sentido (primer nivel de imputación) y la decisión sobre su calificación como autoría [mediata] o participación será posterior (segundo nivel de atribución de responsabilidad).

Cuando JAKOBS postula la solución global para el comienzo de la tentativa en los casos de participación parece alejarse de la distinción analítica que el mismo sugiere y navegar hacia las tranquilas aguas de la doctrina mayoritaria, filtrando al primer nivel de la imputación consideraciones relativas a la calificación de la conducta⁶⁴⁷. Naturalmente que, al plantearse la solución individual para la teoría de la autoría y la participación, esto no solo requiere tomar en serio la distinción analítica entre los dos niveles de imputación ya presentados, sino a su vez, distinguir el momento en que se infringe la norma de comportamiento de aquel en que se satisfacen todos los presupuestos necesarios para la aplicación de la norma de sanción. En lo que sigue, estas consideraciones son ampliadas con base en la distinción entre acción de inicio de tentativa y resultado de tentativa, la cual evita caer en la trampa de confundir lo individual de la tentativa acabada de intervención con lo global del presupuesto de aplicación de la norma de sanción para todo el colectivo⁶⁴⁸.

Recapitulando, si se lleva hasta las últimas consecuencias la formulación de que la infracción de la norma de comportamiento de la participación se identifica con la acción individual de tentativa acabada de intervención, entonces ha de romperse con la tradicional oposición entre la solución individual y la solución global de la tentativa. En el nivel de la norma de conducta siempre deberá estarse a la solución individual, pues es la que mejor respeta el principio de culpabilidad y, desde luego, el principio de coincidencia. La relación del agente con la norma de comportamiento siempre es personal y bilateral: el paso del ámbito interno de los actos preparatorios a la externalización de la infracción de la norma lo decide el ciudadano de manera individual, solo que, en ocasiones —por ejemplo, en los casos de intervención concomitante— coincide circunstancialmente con las infracciones individuales del resto de los miembros del colectivo. Por su parte, la solución global, si se pretende seguir llamándola de esta manera, solo tiene lugar en el nivel de la norma de sanción, cuando alguno de los agentes empuja el proyecto delictivo al estadio de la tentativa punible. Con base en esta perspectiva, se respetará también el principio del hecho y el principio de autorresponsabilidad, en tanto no se castigarán conductas que todavía se encuentran lejos de un peligro inmediato para la posición jurídica ni tampoco se sancionarán conductas fragmentadas sobre las que aún no se terminan de definir los alcances de su significado.

3.5.3. Acción de tentativa, resultado de tentativa e infracción completa de la norma de comportamiento

⁶⁴⁷ Véase JAKOBS, *AT*, 1991, 22/19.

⁶⁴⁸ La envoltura formal del error presente en JAKOBS y la doctrina dominante en relación con la solución global para los casos de intervención, también alcanza, desde un ángulo distinto, a SANCINETTI quien diluye la diferencia entre el nivel de la norma de comportamiento y el nivel de la norma de sanción.

Cuando en dogmática nos encontramos frente a una discusión que implica un “o” antagónico existen, a grandes rasgos, dos actitudes teóricas: se opta por un polo contra el otro —solución global vs. solución individual— o se asume una perspectiva que intente descifrar la relación entre los opuestos y generar una tesis integradora. Uno de los ejes sobre los que gira el principio de accesoria defendido en este trabajo es que el partícipe infringe la norma de comportamiento cuando realiza su aportación o motivación, lo que puede suceder antes del comienzo de la tentativa punible a manos del autor. Si esto es correcto, se está frente a la misma carga argumentativa que grava la propuesta del modelo de la tipicidad: explicar la relación entre la infracción de la norma de comportamiento en un momento anterior (*fase uno*) a la realización del hecho colectivo a manos del autor (*fase dos*) sin desconocer los principios de legalidad y culpabilidad.

Frente a la aparente laguna de punibilidad que presenta el modelo de la tipicidad en los casos de provocación dolosa, HERZBERG propone separar el delito de la tentativa [*Versuchsdelikt*] de la acción de inicio de la tentativa [*Versuchsbeginn*]⁶⁴⁹. En la *alic* el agente que provoca su situación defectuosa en *fase uno* realiza una acción que da inicio a la tentativa [*Versuchsbandlung*], generando un riesgo para la posición jurídica que solo se concreta en *fase dos* con el resultado de la tentativa [*Versuchserfolg*], a partir del cual aquella pasa a ser punible⁶⁵⁰. “La acción de tentativa y el resultado de la tentativa frecuentemente coinciden⁶⁵¹, pero conceptualmente son separables y, en efecto, en estos casos casi siempre se presentan separadas una de la otra”⁶⁵². Esta idea, posibilita explicar por qué no ha de castigarse por lesiones en grado de tentativa al marido que se emborracha para golpear al regreso del trabajo, cuando después de beber la última copa, este no cobra valor para cometer el hecho, sino que cae dormido. El hombre, realiza una acción de inicio de tentativa, emborracharse, que no se concreta en un riesgo directo para la posición jurídica protegida (resultado de la tentativa). Por ende, si bien realiza una conducta prohibida, esta no alcanza el umbral de peligrosidad necesario que requiere la tentativa en tanto resultado en el nivel de la norma de sanción.

De la propuesta de HERZBERG para la *alic*, se deriva una doble distinción que es útil para explicar los casos de intervención en procesos ejecutivos dilatados en el tiempo. Por un lado, la acción de inicio de la tentativa del interviniente —cuando su resultado a manos del ejecutor no se alcanza— no ha de confundirse con los actos preparatorios, simplemente porque ambas hipótesis acarrear la misma consecuencia: la impunidad⁶⁵³. Lo que HERZBERG señala

⁶⁴⁹ HERZBERG, *FS-Roxin*, 2001, pp. 762, 770 s. Planteamientos con consecuencias sistemáticas similares, JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 70; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 13; MIR PUIG, *PG*, 2015, Lecc. 13, nm. 44 ss.; EL MISMO, «Los términos “delito” y “falta” en el Código penal», *ADPCP*, 1973, pp. 349 ss.; JOSHI JUBERT, *La doctrina de la «actio libera in causa»*, 1990, pp. 377 ss.

⁶⁵⁰ “A grandes rasgos, el ‘resultado de la tentativa’ no es la muerte, sino el peligro inmediato de muerte”, HERZBERG, *FS-Roxin*, 2001, p. 771, nota 31.

⁶⁵¹ En nuestro tema, así sucede en la intervención concomitante en la que el partícipe no pierde el control de su aportación o motivación (acción de inicio de tentativa acabada) hasta el momento mismo en que se concreta como un ataque al bien jurídico (resultado de la tentativa).

⁶⁵² HERZBERG, *FS-Roxin*, 2001, p. 771, nota 31, lo sigue en lo esencial, RIGGI, *Interpretación y ley penal*, 2010, pp. 220 ss.

⁶⁵³ Así lo hace, sin embargo, ROXIN, *FS-Maurach*, 1972, pp. 213 ss.

es que debe superarse la perspectiva tradicional según la cual un comportamiento prohibido por no significar un peligro directo para la posición jurídica protegida ha de ser asimilado con un acto preparatorio⁶⁵⁴. Por otro lado, advierte que es fundamental no equiparar la acción de inicio de tentativa con su resultado material, a partir del cual se vuelve punible⁶⁵⁵. Esto significa, que la tentativa punible puede entenderse como un delito en el que junto con el disvalor inherente a la infracción de la norma de comportamiento debe concurrir el correspondiente disvalor de resultado⁶⁵⁶.

Si se traslada esta distinción entre acción de inicio de tentativa y resultado de la acción de tentativa se podrá avanzar en la solución de los supuestos de intervención en el estadio pre-ejecutivo. El agente infringe la norma de comportamiento cuando pierde la posibilidad de revocación segura de su aportación o motivación; en el ejemplo 10, cuando entierra el arma en el bosque dejando la misma a disposición del autor. En este momento (*fase uno*) hay una acción de tentativa acabada de intervención, pero a la que no le es aplicable la norma de sanción hasta tanto la misma se integre al hecho colectivo (*fase dos*) y se produzca su resultado. Mientras que, para el partícipe la tentativa acabada de intervención implica la infracción de la norma de comportamiento individual, desde el punto de vista del plan delictivo común, solo tiene el significado de un inicio de la acción de tentativa [*Versuchshandlung*] en relación con el hecho global, la que no podrá castigarse hasta que el autor se disponga inmediatamente a la realización del tipo penal, el cual ha de interpretarse como el resultado de la acción de tentativa del partícipe [*Versuchserfolg*]. En consecuencia, no es necesario que el partícipe tenga capacidad de culpabilidad en el momento en que acaezca el resultado de su tentativa de intervención individual para que pueda ser castigado sin objeciones relativas a los principios de autorresponsabilidad y coincidencia.

Quien no ejecuta el tipo de propia mano, pero ha aportado medios para la comisión del hecho que desbordan su esfera de control, realiza un comportamiento anterior que no es un acto preparatorio, sino *su* acción de tentativa acabada de intervención, su propia afrenta a la norma de comportamiento en el nivel de la antijuridicidad. La misma como tal requiere a su vez de un elemento adicional en la norma de sanción: el peligro directo para el bien jurídico que se produce en el momento de la ejecución del hecho colectivo, esto es, el resultado de *su* tentativa de intervención que coincidirá con la infracción completa de la norma de la tentativa a manos del autor para todos los miembros del colectivo. Cuando el autor *se dispone inmediatamente a la realización del tipo penal* cose todas las intervenciones individuales en una

⁶⁵⁴ HERZBERG, *FS-Roxin*, 2001, pp. 784 ss. De igual modo, FREUND, *GA*, 2014, p. 150 pone en relieve que la idea de que el comportamiento desaprobado típicamente debe fundamentar automáticamente una tentativa punible se basa en una intuición equivocada; la infracción contra la norma de conducta no significa necesariamente una definitiva punibilidad.

⁶⁵⁵ HERZBERG, *FS-Roxin*, 2001, p. 762. La doctrina dominante al no diferenciar el inicio de la tentativa de su resultado, pierde de vista en la interpretación del § 22 StGB que quien “comienza” la tentativa punible ya ha infringido de manera completa su norma de conducta personal, pues el comienzo de la realización del tipo de la tentativa es su misma realización.

⁶⁵⁶ Así también JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, p. 70; EL MISMO, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 13; MIR PUIG, *PG*, 2015 Lecc. 13, nm. 44.

unidad de sentido y actualiza la acción individual de intervención en, al menos, una infracción punible de un tipo penal de la Parte especial en grado de tentativa. Si el autor no alcanza el estadio ejecutivo, es decir, no actualiza típicamente la intervención pre-ejecutiva, esta igualmente deberá ser considerada antinormativa aunque no punible por ser una infracción imperfecta de la norma de la tentativa. La cooperación o motivación previa del partícipe es peligrosa y, por lo tanto, independientemente de lo que suceda con el autor, él debe evitar que se actualice típicamente, es decir, que se produzca el resultado de su acción de tentativa acabada de intervención.

La acción individual de inicio de tentativa (acabada de intervención) no coloca al agente en una situación de garantía por injerencia de impedir el hecho principal —esta eventual responsabilidad debe ser a su vez accesoria, pues de lo contrario la tentativa de omisión debería ser punible antes de la realización del hecho principal con lo que se destruirían las reglas de la accesoriadad⁶⁵⁷— sino de retirar su intervención antes de que éste se vuelva típicamente peligrosa a manos del autor. Si omite hacerlo porque ya se ha desvinculado de ella —volviendo al ejemplo del inicio, porque se encuentra tan lejos que no tiene capacidad de retirarla— se lo responsabilizará a través de la figura de la *omissio libera in causa* por omitir evitar que un curso causal peligroso salga de su esfera de organización y se articule en manos ajenas hasta llegar a concretarse en una lesión al bien jurídico, si esta efectivamente se traduce en un *intento de*. La distinción analizada resuelve el problema de la tentativa en los *iter criminis* extendidos en el tiempo con pluralidad de intervinientes sin adelantar la barrera de punibilidad a estadios indeseados, pero tomando el contenido de injusto del único momento en el que la norma de comportamiento todavía puede tener eficacia motivadora y sin desconocer el principio de coincidencia. Este camino posibilita, además, apreciar los momentos individuales y los momentos colectivos del proyecto delictivo sin confundirlos ni aislarlos.

3.5.4. El criterio de la pérdida del control riesgo

Un camino plausible para alcanzar una solución sistemática coherente en la tríada compuesta por los casos de *alic*, autoría mediata e intervención pre-ejecutiva, es el del criterio de la pérdida del control del riesgo, el cual aprecia una infracción de la norma de comportamiento en el instante en que el agente toma una decisión de acción que ya no es revocable con seguridad⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, p. 77, acierta en esta observación, pero al no distinguir inicio y resultado de la tentativa en la conducta de intervención individual no termina de ver completamente el problema en lo que respecta a la relación de garantía acotada a la magnitud de la intervención.

⁶⁵⁸ Nuevamente, aquí ha de procederse con cautela, pero también con rapidez para no perder el rumbo, pues un pormenorizado análisis sobre los criterios que sirven de guía para determinar el comienzo de la tentativa alejaría demasiado el objeto de estudio. La panorámica de propuestas de la doctrina para establecer el momento en que se da inicio a la tentativa punible en los casos de autoría mediata se resume en cuatro alternativas: a) se fija el momento de inicio de la intermediación delictiva como comienzo de la tentativa (solución unificadora o conjunta); b) se toma como referencia la influencia en el mediador del

“La decisión que de algún modo ha de hacer un verdadero comienzo no puede volver a ser llevada ante la conciencia, no puede volver a ser llamada, lo cual equivale por tanto a ser revocada. Quien al decidir se reserva llevar la decisión a la luz nunca hace un comienzo”⁶⁵⁹.

Mi preferencia por esta idea ha sido anticipada en los párrafos anteriores. Sin embargo, es necesario realizar algunos ajustes, en tanto el criterio de la pérdida del control del riesgo es utilizado por los autores con distintos matices y, generalmente, conduciéndolos a un adelantamiento indeseado de la barrera de punibilidad⁶⁶⁰. Este defecto es evidente en los planteamientos de ROXIN y SANCINETTI. El criterio de la pérdida del dominio del riesgo difundido por ROXIN en el marco de su teoría del dominio del hecho termina cayendo en la trampa de adelantar demasiado la barrera de los actos punibles en los supuestos de autoría mediata y *alic*. Por otro lado, algo similar sucede con el planteamiento de SANCINETTI, quien, si bien parte de premisas diametralmente opuestas a las de ROXIN, alcanza por otra vía argumentativa un resultado similar, al postular el castigo de conductas frente a las que no existe la necesidad de reaccionar con la drasticidad de una pena. Esta es una consecuencia ineludible de su teoría del ilícito personal de la participación y la negación radical de la accesoriedad externa. Un camino distinto al de ROXIN, pero que, con base en la comprobación del abandono del curso causal, lo lleva a sugerir la punibilidad de la tentativa de intervención. Desde luego, ROXIN no postula esto, pero en rigor debería hacerlo si pretendiera ser consecuente con las premisas que asume en los casos de *alic* y autoría mediata. Las raíces subjetivistas y el criterio de la tentativa en los planteamientos de SANCINETTI y ROXIN deberían conducirlos a las mismas conclusiones en la tríada *alic*/autoría-mediata/intervención, al menos, en relación con el momento en que el agente infringe su norma de comportamiento (tentativa acabada de intervención), no obstante, ser diversos sus puntos de partida metodológicos.

Estas apreciaciones son relevantes para el análisis porque ponen de relieve dos cosas: la primera, que existe una vinculación entre una concepción normológica subjetivista y la pérdida de control del riesgo, criterio que debe ser interpretado como determinante en la relación del agente con la norma de comportamiento⁶⁶¹. La segunda, que ha de estarse alerta

hecho (teoría de la influencia, solución individualizadora); c) se distingue a) o b) en función de si el instrumento actúa con o sin dolo (teoría de la diferenciación); d) se decide cuando el autor mediato ha perdido la posibilidad del dominio responsable del desarrollo posterior del hecho (solución individualizadora modificada de la “salida del acontecimiento del ámbito de dominio del autor mediato”). Véase en detalle, y con referencias a la jurisprudencia alemana, VOGLER, *ZStW*, 98, 1996, pp. 340 ss. En términos generales, ROXIN, *AT*, 2006, §§ 29/226 ss.

⁶⁵⁹ SCHELLING, *Las edades del mundo: textos de 1811 a 1815*, 2002, pp. 164 s.

⁶⁶⁰ El criterio de la “salida de la propia esfera de dominio” fue propuesto inicialmente por ROXIN, *FS-Maurach*, 1972, pp. 213 ss. para resolver el comienzo de la ejecución en la tentativa acabada del autor directo unipersonal y seguido en lo esencial por JAKOBS, *AT*, 1991, 21/105; EL MISMO, *ZStW*, 97, 1985, pp. 762 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 62 IV 1; SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 75; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 705 s.; entre otros.

⁶⁶¹ “La búsqueda, como base de la responsabilidad penal, del momento en el que el sujeto infringe conscientemente una norma de cuidado, relacionada de manera más o menos próxima con el resultado disvalioso que se quiere evitar, no es más que la última consecuencia de dotar de contenido material al principio de culpabilidad, y a la vez es un requisito imprescindible para que la norma pueda actuar como directivo de conducta. Con ello se reafirma la necesaria presencia del elemento psicológico propio de la

frente a los resultados sistemáticos que alcanzan ROXIN —en la *alic* y la autoría mediata— y SANCINETTI —en la teoría de la intervención— al aplicar este criterio. Ambos están en lo correcto al apreciar una tentativa acabada cuando el agente pierde la posibilidad segura de revocar su intervención, sin embargo, al no advertir que, en un Derecho penal de la culpabilidad la tentativa también es una contradicción consumada de la norma identifican equivocadamente la acción individual de tentativa acabada de intervención con su resultado, en tanto peligro típico inmediato para la posición jurídica protegida.

ROXIN y SANCINETTI al no distinguir entre acción individual de inicio de tentativa y resultado su resultado, terminan postulando la aplicación de la norma de sanción en un momento en el que todavía no es necesario, esto es, antes de la ejecución: SANCINETTI debería asumir esta objeción para toda su teoría de la intervención, ROXIN, por su parte, solo para los casos de *alic* y autoría mediata, pues en la teoría de la intervención la fuga hacia la solución global —contradictoria en sí con el criterio que postula en el ámbito de la tentativa— lo lleva a castigar al partícipe solo después de que el autor da inicio a la ejecución del tipo. Únicamente si se opera con el criterio de la pérdida del control del riesgo para determinar la acción individual de inicio de tentativa acabada de intervención *à la* HERZBERG y a ello se le agrega la diferencia entre norma de conducta y norma de sanción, entonces se podrá alcanzar una solución armónica para los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo (intervención pre-ejecutiva, autoría mediata y *alic*).

En el instante en que el partícipe ha dejado pasar la última oportunidad de revocar con seguridad su intervención se coloca en una posición de garantía en relación con la futura actualización típica de su motivación o aportación. La realización omisiva se encuentra precisamente en este punto, en el que el partícipe se desprende de un curso causal peligroso orientado a integrarse en un proyecto colectivo. Es en esta fase en la que se puede hallar una conducta libre causante del resultado. Cuando comienza la ejecución no puede afirmarse que el sujeto omite lo típicamente indicado, sencillamente porque carece de capacidad de acción, esto es, de capacidad concreta de realizar la acción debida que consiste en retirar su ayuda o su influencia. El agente interviene y se desentiende de la situación provocando activamente su incapacidad de actuar en el lugar y momento precisos en que se detona el hecho delictivo. Su conducta en *fase uno* es distinta a la indicada para la protección de la posición jurídica: omite mantener dentro de su ámbito de control o deja a disposición del autor instrumentos y argumentos que lo ayudarán o motivarán para llevar adelante la ejecución.

La situación de peligro que las normas prohibitivas de la complicidad y la inducción intentan evitar ya aparece en esta primera fase, aunque el autor todavía no llegue a actualizarla de propia mano. Existe participación delictiva en el momento, por muy previo que sea, en el que el agente se representa que está dejando en manos de un tercero —perdiendo el control— un curso causal peligroso con la potencialidad concreta de insertarse en un

relación normativa y a la vez elemento central de la responsabilidad personal”, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 705.

proyecto delictivo. El desentenderse del devenir de su intervención, constituye la omisión de la conducta indicada por los preceptos de la participación para la protección de bienes jurídicos y, por ende, origina una verdadera omisión a la que corresponde reconducir el resultado lesivo ejecutado de propia mano por el autor en caso de que el proyecto delictivo alcance el estadio de la tentativa punible.

3.6. Delimitaciones

3.6.1. Intervención pre-ejecutiva normativamente concomitante

En lo que sigue se explican aquellos casos en los que el partícipe realiza la aportación o motivación antes de la ejecución y acompaña al autor al lugar del hecho o a la distancia mantiene la capacidad de revocar su intervención. Para representar estos supuestos se construyen dos ejemplos más.

[Caso 12] A le facilita un arma de fuego a B para matar a C y lo acompaña al lugar en el que dispara contra C. A supera físicamente a B y conserva la posibilidad de recuperar el arma de fuego hasta el momento de la ejecución del disparo.

[Caso 13] A es encargado de seguridad informática del Banco \$ y el día 1 de octubre entrega a B los códigos necesarios para realizar remotamente un fraude bancario. Los códigos serán válidos a partir del 1 de enero próximo, por lo tanto, A conserva hasta el día 31 de diciembre la posibilidad de reconfigurar el sistema informático y frustrar la maniobra. A reside en Barcelona, B operará desde un ordenador en Berlín.

Para resolver las particularidades de estas hipótesis en el marco de la tesis aquí defendida inicialmente se habrá de distinguir entre la *distancia de la ejecución* del hecho típico en *sentido normativo* y en *sentido naturalístico*. Por otro lado, es importante determinar en qué consiste la especial ventaja con la que cuenta quien interviene en un momento previo al comienzo de ejecución del hecho principal. Hasta ahora se brindó una explicación para las contribuciones previas al inicio de la tentativa punible basada en la teoría de la *alic* para supuestos en los que el partícipe infringe su norma de comportamiento antes de iniciarse la ejecución del hecho delictivo a manos del ejecutor. Este es el caso arquetípico identificado como intervención previa al comienzo de ejecución: el partícipe realiza su contribución en *fase uno*, se desvincula de ella y, en el momento en que el ejecutor detona de propia mano el hecho típico, no se encuentra en el lugar del delito o estando allí es incapaz de evitar que se produzca el resultado de su acción individual de tentativa. En consecuencia, normativamente el único caso que entiendo como intervención previa es aquel en que el partícipe pierde la posibilidad de revocar de forma segura su aportación o motivación antes de la realización del tipo. Por ejemplo, en el caso 10 el partícipe actúa a la distancia fenotípicamente (en tiempo y espacio), pero también —y esto es lo que en realidad importa— normativamente (perdiendo el control del riesgo antes de la ejecución). La distancia normativa de la omisión del agente en *fase uno* abre un intervalo entre la infracción individual de la norma de comportamiento y la producción colectiva de la lesión típica, implicando que para responsabilizarlo habrá que recurrirse a la figura de la *omissio libera in agendo*.

Esta perspectiva acentúa, a su vez, otro contraste: no debe confundirse la distancia en la actuación del agente a ser interpretada normativamente con la exclusión normativa de comportamientos de intervención causalmente vinculados con la lesión material a la posición jurídica protegida. La primera vincula al agente mediante la estructura de la *omissio libera in causa*, la segunda cancela la relevancia jurídico-penal de su actividad por medio de la estructura de la prohibición de regreso. Entonces, el supuesto del partícipe que acompaña al autor al lugar del hecho, únicamente se resolverá con la estructura de la *omissio libera in causa* buscando el contenido de injusto en la *actio* u *omissio praecedens*, cuando la motivación o el favorecimiento hayan salido de la esfera de control del partícipe en un momento anterior al del comienzo de la realización típica a manos del autor. La solución de la *alic* se aplica sin problemas, ya que, si bien el partícipe se encuentra presente en tiempo y espacio cuando el *iter criminis* avanza hacia el estadio ejecutivo, el haber perdido la posibilidad de revocación segura mucho tiempo antes lo distancia normativamente del momento en que debe actuar. Por lo tanto, ha de ser tratado como un incapaz de acción en orden a evitar que su tentativa acabada de intervención se actualice típicamente, es decir, que se produzca el resultado de su tentativa individual. La clave aquí consiste en no dejarnos engañar por la presencia del partícipe en el lugar y momento del hecho. A pesar de que *fenotípicamente* el partícipe *se encuentra allí*, esto no es lo decisivo; lo importante es que *normativamente* se desligó del devenir de su contribución y perdió su capacidad de evitar que su intervención se vuelva demasiado peligrosa a manos del autor en un momento previo al comienzo de ejecución. Los casos 11 y 12 son ejemplos de actuación a la distancia espacio-temporal en el plano naturalístico, pero normativamente han de considerarse intervenciones concomitantes, en tanto, la pérdida del control del riesgo de la intervención se produce en el momento mismo en el que se pone en peligro típico la posición jurídica protegida.

La distinción presentada entre la perspectiva fenotípica y normativa en el análisis de la intervención del partícipe es sencilla pero fundamental para mantener a la teoría de la *alic*, en la modalidad puntualizada, como estructura de atribución de responsabilidad a quien participa en el estadio previo. Esta categoría de análisis solo puede operar con base en la distinción desarrollada entre *acción de inicio* y *resultado* de tentativa, articulada a su vez con la distinción entre acción de inicio de tentativa acabada e inacabada. Los casos 12 y 13 en los que el partícipe realiza *fenotípicamente* su intervención en *fase uno*, pero mantiene plena capacidad de evitación hasta el estadio ejecutivo, ya sea porque acompaña al autor al lugar del hecho o porque conserva remotamente el control del riesgo de actualización de su intervención no son supuestos de intervenciones previas al comienzo de ejecución. Los casos del partícipe que (aparentemente) actúa en un momento anterior al comienzo de ejecución, pero no se desentiende del porvenir delictivo en manos del autor son intervenciones concomitantes a la ejecución del hecho típico. La apariencia engañosa que ha de evitarse es confundir la manifestación fenotípica de la acción individual de inicio de tentativa inacabada en un momento anterior a la ejecución con su relevancia normativa como acción individual de tentativa acabada: si bien usualmente ambos momentos coinciden, ello no siempre es así, tal como sucede en los casos que llaman la atención de esta investigación. Los protagonistas de los ejemplos 12 y 13 podrían ser designados “partícipes desconfiados”, pues mantienen hasta la infracción completa de la norma de la tentativa punible su capacidad de revocar de forma

segura su intervención. Esto implica que no realizan una acción individual de inicio de tentativa acabada (infracción completa de la norma de comportamiento) hasta el momento en que el autor se dispone inmediatamente a la realización del tipo.

Quien entrega el arma de fuego o los códigos de seguridad antes de la ejecución y mantiene consigo la posibilidad de inutilizarlos, todavía no realiza una acción de inicio tentativa acabada de intervención, pues conserva —inmediatamente en el lugar del hecho o remotamente— la posibilidad de revocar de forma segura su prestación. Por ende, este agente que no ha abandonado el curso causal de su intervención a manos del autor no ha infringido aún la norma de comportamiento individual. Esta solo se vulnera con la acción de tentativa acabada de intervención, es decir, cuando el suceso sale de la esfera de control del riesgo del interviniente, aunque todavía no se haya producido su resultado. Si el partícipe conserva una carta debajo de la manga para retirar su intervención, manteniendo bajo control su porvenir, entonces no ha violado la norma de comportamiento⁶⁶². Para que exista inicio de acción individual de tentativa acabada de participación en *fase uno* la intervención debe quedar anclada en el porvenir del hecho delictivo a manos del ejecutor. Recién allí se podrá afirmar la infracción de la norma de conducta personal y, por lo tanto, se apreciará una intervención previa —si todavía el autor no se ha dispuesto inmediatamente a realizar el tipo penal de la Parte especial— o una intervención concomitante —si la realización típica ya está en marcha—.

En los ejemplos 12 y 13 el agente no ha perdido el control del riesgo sobre su intervención ni la misma se ha transferido a manos del autor para que este la concrete en un peligro actual de lesión, por ende, se trata de una acción individual de tentativa inacabada de intervención. Esto significa que aún no se habrá infringido completamente la norma de comportamiento personal que prohíbe favorecer o determinar a otros para ejecutar un hecho delictivo. Quien el 1 de octubre pone a disposición de un tercero los códigos para realizar un fraude bancario a partir del 1 de enero próximo, hasta el 31 de diciembre si puede modificarlos o quitarles operatividad, ha realizado una acción individual de tentativa inacabada de intervención, pues la contribución no ha salido de su ámbito de control y la víctima se encuentra todavía fuera de toda posibilidad de verse menoscabada por el devenir autónomo de la intervención previa⁶⁶³. Solo a partir del 1 de enero existirá un inicio de acción individual de tentativa acabada de participación y, si efectivamente esos códigos son utilizados, se producirá el resultado colectivo de la acción individual de tentativa: una infracción completa de la norma de la tentativa. En el intervalo entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre se está frente a una

⁶⁶² “Siempre que la relación con el resultado de la situación pueda estar cubierta, según la representación del autor, de modo *socialmente normal*, sobre todo mediante la salvaguarda de derechos o el uso común, incluso si se incrementa el esfuerzo necesario para la revocación, no hay tentativa. Ejemplo: El autor fabrica en casa, con materiales propios, una bomba con un temporizador de varias horas, que pone en marcha. Esto por sí solo no es tentativa según los §§ 22, 311, párr. 1, StGB, ni siquiera cuando, en caso de ulterior espera, el esfuerzo para desactivarla será mayor” JAKOBS, *AT*, 1991, 25/73. Esta idea debe trasladarse a los casos de intervención.

⁶⁶³ Lo que no implica que pueda ser una violación de seguridad bancaria u otro ilícito, pero todavía no se estará en el ámbito del fraude.

tentativa inacabada de intervención, por encontrarse el curso causal de la aportación todavía bajo su esfera de control. Por el contrario, si los códigos tuviesen eficacia en el mismo momento en que son entregados a quien se encuentra en Berlín y no pudiesen ser reconfigurados antes del 1 de enero, entonces ya habría una acción individual de inicio de tentativa acabada de participación el 1 de octubre.

Igualmente, el agente que tiempo antes entrega el arma al autor y lo acompaña al lugar del hecho reservándose una posibilidad segura de revocación, porque, por ejemplo, tiene la certeza de que puede doblegarlo físicamente y quitarle la pistola o porque las municiones las mantiene consigo, no solo no ha perdido el control del riesgo sobre su contribución, sino que ni siquiera ha realizado una verdadera intervención previa. Es decir, tampoco ha realizado una acción individual de tentativa acabada de intervención por no haber perdido el control del riesgo sobre el devenir de su conducta. Recién cuando el ejecutor individualice a la víctima disponiéndose a darle muerte y el partícipe le entregue las municiones o no lo despoje de la pistola, mediante esta acción u omisión concomitante al comienzo de la tentativa punible de homicidio, estará interviniendo. La *fase uno* coincide entonces con la *fase dos* y no es necesaria una distinción: el partícipe realiza un favorecimiento simultáneo al comienzo de ejecución del homicidio. Los casos de “partícipe desconfiado” deben ser tratados normativamente *como si* el interviniente hubiese entregado el arma al ejecutor cuando ya tuviese maniatada a la víctima o *como si* hubiese esperado al 1 de enero para viajar a Berlín y entonces proporcionarle en persona al autor los códigos de seguridad para la realización del fraude bancario. En los ejemplos 12 y 13 el momento crucial de la relación de los agentes con la norma de conducta se decide una vez comenzada la realización del tipo. Estos casos, debido a la proximidad normativa entre la participación y la ejecución —el agente conserva el control de su intervención— deben ser considerados supuestos de intervenciones concomitantes al comienzo de la tentativa punible.

3.6.2 Autoría mediata: la *gracia* de la intervención a la distancia

No debe perderse de vista que una de las ventajas de realizar una intervención en la fase previa a la ejecución es precisamente el distanciamiento del momento en que se detona el hecho típico: el agente no quiere ensuciarse las manos, no desea aparecer en la puesta en escena⁶⁶⁴. En el caso 10, quien entrega el arma no realiza de propia mano el homicidio, se aleja del hecho. Precisamente en este *anonimato* en el momento de la lesión típica residen la mayoría de los problemas, los cuales también se encuentran presentes en la autoría mediata. En ella no se trata de la utilización de las personas como objetos inertes, sino de un autor que las instrumentaliza. A su vez, en esta forma de aparición del hecho punible siempre se podrá identificar una *fase uno* entre el defecto creado y su conexión en *fase dos* con la actuación del hombre de adelante. Esto es así, aun cuando autor mediato e instrumento se encuentran fenotípicamente en el mismo espacio. En la autoría mediata, quien usurpa la decisión al

⁶⁶⁴ Correctamente ROXIN, *AT*, 2006, § 26/255 observa que la mayoría de las acciones de cooperación caen en la fase preparatoria.

instrumento siempre se ubica temporalmente *atrás*. Tanto en las intervenciones pre-ejecutivas como en la autoría mediata existe un agente que actúa en *fase uno* desde atrás y le “suelta la mano al proceso”. En ambos casos, la *gracia* consiste en mantener las manos limpias. Claro que, a diferencia de los supuestos de complicidad o inducción, la responsabilidad por el hecho en la autoría mediata es exclusiva del hombre de atrás por la completa supresión de la autonomía del hombre de adelante. La diferencia entre el acontecimiento apropiador en la autoría mediata y en la participación es solo una cuestión de grado, mientras en aquella es exclusivo, en esta es compartido⁶⁶⁵. Para comprender este punto de contacto entre los supuestos de intervenciones en la fase previa al comienzo de ejecución y la estructura de la autoría mediata piénsese el caso de

[Caso 14] quien construye un artefacto explosivo para matar a la víctima, el cual es colocado debajo de la cama del hotel en el que ésta se hospedará. El alcance de la explosión es finamente calculado para no herir a otros huéspedes. La bomba es construida con materiales aportados previamente por un tercero. Producida la explosión, las cosas no salen según lo planeado. Si bien muere el destinatario del atentado, al mismo tiempo son alcanzadas otras personas que se encontraban en el hotel, a los cuáles no se pretendía alcanzar. El autor cree que su error de cálculo solo podría explicarse si el tercero hubiese entregado un material plástico mucho más potente que el solicitado. ¿El proveedor del explosivo fue un partícipe en relación con la primera muerte o también un autor mediato que pretendía sabotear el atentado aumentando su magnitud?

La particularidad de este caso no solo es apropiada para poner de relieve la delgada línea que separa estructuralmente a los casos de autoría mediata y a los casos de participación en la fase previa al comienzo de ejecución⁶⁶⁶, sino también para observar el contraste existente entre el partícipe que actúa en la trastienda y el que se expone en el momento del hecho. Paradójicamente, si bien es cierto que el partícipe que interviene en *fase uno* y se desliga de su aportación o motivación en *fase dos* queda a merced del uso que hará de ella quien dé comienzo a la ejecución del hecho principal, no es menos cierto que cuenta en su haber con la ventaja de actuar a la distancia: esa misma que al proveedor del explosivo le permite jugar con el autor, dejando abierta la pregunta sobre quién es verdaderamente él —un autor mediato o un partícipe—. Los casos de intervenciones en la fase previa al comienzo de ejecución son tan incompatibles con un partícipe *desconfiado* que no suelta las riendas de su contribución y se aproxima al momento del comienzo de la tentativa punible, como lo es en la autoría mediata un hombre de atrás que no se fía del proyecto delictivo en el que inserta a

⁶⁶⁵ i) Distancia normativa y responsabilidad plena del hombre de atrás: autoría mediata. ii) Distancia normativa y responsabilidad compartida del hombre de atrás: participación o coautoría pre-ejecutivas, según el grado de competencia por el hecho colectivo. iii) Proximidad normativa y responsabilidad compartida del hombre de atrás: participación o coautoría concomitante, según el grado de competencia por el hecho colectivo. iv) Exclusión normativa y, por lo tanto, ausencia de responsabilidad del hombre de atrás: prohibición de regreso.

⁶⁶⁶ “Desde el punto de vista del interviniente que no ejecuta, el ejecutor puede considerarse un instrumento, que puede gozar de un menor o mayor grado de libertad, en función del menor o mayor grado de configuración del injusto del hecho que provenga de la aportación del no ejecutor”, ROBLES PLANAS, *InDret*, 2/2012, p. 3. “Las diferencias prácticas entre autoría mediata y participación se reducirían a casos muy específicos y marginales”, SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 717.

su instrumento: en ambos casos el *plus* de la maniobra consiste en delegar la ejecución material (“soltarle la mano al proceso”) y para ello debe contarse con un pronóstico más o menos acertado de lo que sucederá con ella. En este sentido, piénsese que, así como “el partícipe desconfiado” debe ser tratado como un partícipe concomitante en la ejecución del hecho, el “autor mediato desconfiado” que vela porque su instrumento seleccione correctamente a su víctima, cargue adecuadamente el arma, apunte con precisión y apriete el gatillo en el momento justo, progresivamente deja de ser quien mueve los hilos del hecho desde atrás para asomarse sin advertirlo al primer plano de la ejecución⁶⁶⁷. Este es un argumento adicional al efecto de establecer un paralelismo constructivo entre la *alic* y la autoría mediata⁶⁶⁸, así como, entre estos dos supuestos y la intervención, específicamente en lo que respecta a la teoría de la tentativa.

Las intervenciones previas son aquellas que están fuera del tiempo de la ejecución, en tanto su pasado inmediato queda anclado al porvenir delictivo en manos del autor. Recapitulando, el problema inherente a las intervenciones previas al comienzo de ejecución se puede resumir en una frase: *el partícipe se ha ido y el autor no ha llegado*. El interviniente ha realizado su contribución y se ha desentendido de ella, pero todavía no ha sido utilizada por el autor para dar comienzo a la tentativa punible. Este intervalo plantea los mismos desafíos para la teoría de la imputación en los supuestos de autoría mediata. Aquí también existe una secuencia entre el comportamiento del autor que actúa en la trastienda y el inicio de la ejecución. Pero este segmento solo adquiere relevancia normativa cuando el partícipe/autor en *fase uno* pierde el control del riesgo de su contribución a manos del ejecutor. En la tríada intervención pre-ejecutiva/*alic*/autoría mediata justamente en esto reside la *gracia* de la actuación previa: distanciarse de la ejecución del hecho principal. Por ello, en los tres casos el instrumental teórico es equivalente y el contenido de injusto debe ser tomado de la fase precedente en la que el curso causal peligroso abandona la esfera de control del agente.

3.6.3. Los actos preparatorios: el perímetro de libertad primordial del ciudadano

El Derecho penal del hecho se construye como un baluarte jurídico estatal contra los ataques del Estado. Se encuentra, por lo tanto, entre medio del mandato de determinación y el pensamiento jurídico estatal derivado del principio de culpabilidad anclado en las constituciones de los Estados liberales⁶⁶⁹. El perímetro de libertad primordial del ciudadano

⁶⁶⁷ Según JAKOBS, *AT*, 1991, 21/65 sería posible que en ocasiones la autoría mediata se diluya en la coautoría (forzada o determinada mediante astucia).

⁶⁶⁸ Véase JAKOBS, *FS-Nishibara*, 1998, pp. 105 ss. La equiparación plena entre los supuestos de autoría mediata y los supuestos de *alic* como pone en relieve RIGGI, *Interpretación y ley penal*, 2010, pp. 224 ss. plantea problemas, sin embargo, sería incorrecto negar sus semejanzas estructurales, tanto como lo sería a su vez —y esto lo pasan por alto JAKOBS y FRISCH— negar el potencial dogmático de la articulación de estas herramientas para explicar los casos de intervenciones previas al comienzo de ejecución.

⁶⁶⁹ En profundidad HIRSCH, *FS-Lüderssen*, 2002, p. 254; JAKOBS, *ZStW* 97, 1985, pp. 762 ss. Según WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, § 8 I 1 b, los procesos mentales que solo tienen lugar en la mente del sujeto como el cálculo mental, la reflexión, imaginación o planeamiento del hecho también son acciones. Sin embargo, con base en el principio del hecho las mismas no están prohibidas si no se objetivan

comprende un ámbito interno de derechos que no puede ser restringido sin un motivo justificado. Los actos preparatorios abarcan, en primer lugar, los pensamientos, deseos e intenciones delictivas, la llamada etapa de la ideación. El proyecto delictivo que el agente garabatea en un borrador si no se proyecta fuera de su mente queda amparado por el principio *cogitationis poenam nemo patitur*⁶⁷⁰. Existe en la doctrina un acuerdo unánime en relación con su impunidad. En segundo lugar, los actos preparatorios incluyen las manifestaciones de esta subjetividad que se concretan en interacciones estereotipadas. Estos *outputs* son exteriorizaciones que todavía no significan una infracción de la norma de comportamiento. En este punto, sin embargo, la doctrina no es del todo clara. Según mi opinión, se trata de interacciones *permitidas* que deben valorarse análogamente a aquellas que se producen en el ámbito de las conductas neutrales (por ejemplo, comprar legalmente un arma de fuego). En los casos de codeinfluencia estas acciones no son intervenciones prohibidas, siempre que permanezcan dentro del ámbito de control del agente. En una hipótesis de autoría individual el comprar un arma de fuego no es una conducta antinormativa, incluso cuando en su fuero íntimo el agente piense en hacerse con ella para utilizarla contra su vecino. Ahora bien, si se trata de un proyecto colectivo, en el que

[caso 15] alguien compra un arma de fuego y la envía a casa del autor, quien se encargará de dispararle al vecino,

ya no se estará frente a un acto preparatorio, sino frente a una conducta antinormativa. El trazado de un perímetro de libertad primordial en el ámbito de los actos preparatorios es el anverso de asumir el criterio de la pérdida del control del riesgo para determinar el momento de la infracción de la norma de comportamiento⁶⁷¹. En el caso anterior, el partícipe inicialmente ha interactuado en el plano de las conductas neutrales, pero ha perdido el control del curso causal a manos de un tercero: comprar un arma de fuego no está prohibido, pero sí lo está ponerla a disposición del autor, desentendiéndose de lo que pueda ocurrir con ella. A esta regla general ha de realizársele un matiz. Si el agente no ha perdido el control material de la intervención, pero existen indicios de la utilización de la prestación con fines delictivos, entonces debe equipararse tal actuación con la de quien ha dejado pasar la última oportunidad

externamente. El principio del hecho como tal es una de las bases fundamentales del Derecho penal moderno, según el cual se responde por lo que se hace y no por lo que se piensa. “En su sentido más elemental se trata de un principio garantístico que trata de evitar la indagación en la esfera íntima del sujeto. Ello enlaza con el clásico aforismo de Ulpiano *cogitationis poenam nemo patitur*. Pero, además, el principio del hecho suele tener un contenido material que se relaciona con el principio de lesividad, y que adquirió especial protagonismo entre los autores de la ilustración. No se castigarán los pensamientos solo porque no pueden ser probados, sino porque desde la perspectiva jurídica solo son punibles los hechos que interfieren en la esfera de libertad ajena lesionando sus derechos. Aunque pudiera probarse la mala intención del autor, ella por sí misma no tendría trascendencia mientras no se traduzca en la comisión de hechos lesivos”, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 744.

⁶⁷⁰ Quizá después de todo él no quería mostrarle su caricatura a nadie, solo le servía como foco de sus fantasías.

⁶⁷¹ “El ámbito interno termina cuando lo abandona su titular, pues a partir de este momento ya no realiza la contraprestación (*Synallagma*) que ha de aportarse para que lo interno esté libre de controles: el cuidado por la no peligrosidad externa de la organización interna”, JAKOBS, *AT*, 1991, 25/1b. En la misma línea SANCINETTI, *Ilicito personal y participación*, 1997, p. 75.

de revocar en forma segura su intervención. Esto vale, desde luego, tanto para la autoría individual como para los supuestos de codeincuencia. Cuando

[caso 16] el marido se dirige a comprar un arma fantaseando con la muerte de su mujer, pero a ello le anteceden meses de cartas amenazantes que han llevado a la víctima y a la autoridad estatal a tomar determinadas medidas de precaución,

no puede apreciarse un acto preparatorio. Aquí es el sentido comunicativo delictivo de su conducta el que ha salido de su ámbito de control poniendo en peligro el bien jurídico protegido, a pesar de que el agente todavía tenga en sus manos el control material del curso causal⁶⁷². En rigor, el criterio continúa siendo el mismo, un *output* peligroso que sale de la esfera de control del partícipe/autor, en una hipótesis de manera material [caso 15], en otra de manera simbólico-comunicativa [caso 16]. El *output* que debe ser tenido en cuenta (como regla general) es sobre el devenir material del curso causal, aunque en determinados casos frente a conductas que parecen mantenerse dentro de un ámbito neutral de interacción, la intención delictiva objetivada le quitará su carácter ubicuo y le imprimirá un significado distinto, naciendo el derecho de impedir el avance del proyecto delictivo, esto es, la compra del arma de fuego a quien lleva meses amenazando de muerte a su pareja. Para que las fantasías permanezcan amparadas por el perímetro de libertad primordial del ciudadano no debe intervenir en absoluto la comunicación.

La relación entre ciudadano y orden jurídico se define en el momento del desafío individual a la directiva de comportamiento contenida en la norma. Es decir, cuando aquel se dispone inmediatamente a dar comienzo al tipo penal de la Parte especial (autoría individual), pero también cuando en un contexto de división de tareas deja salir fuera de su ámbito de organización un curso causal peligroso, desentendiéndose de él antes del inicio de la tentativa punible (participación o coautoría). En los párrafos precedentes se asumió la solución individual en lo que respecta al inicio de la acción de tentativa en el nivel de la norma de comportamiento y se mantuvo la solución global en el nivel de la norma de sanción. A esta formulación subyace un rechazo de la usual identificación de todo aquello que sucede antes de la infracción completa de la norma que reprime la tentativa punible con los actos preparatorios. Al analizar el pensamiento de ROXIN ya se puso de relieve que esta asimilación es incorrecta en el ámbito de la teoría de la intervención, del mismo modo que lo es para la teoría de la *alic*. Dicho proceder no solo genera confusión, sino que además presenta un bajo rendimiento dogmático, al mismo tiempo que no tiene base normológica alguna.

La equiparación de todo aquello que sucede antes de la ejecución con los actos preparatorios implica asumir, para explicar la participación en la fase previa, una antijuridicidad sometida a condición. PEÑARANDA RAMOS advierte con razón que la idea de que los actos preparatorios no estarían prohibidos y terminarían siéndolo en virtud del acto sucesivo de

⁶⁷² Se pronuncia de manera similar JAKOBS, «Täturvorstellung und objektive Zurechnung», *GS-Kaufmann*, 1989, p. 277, aunque refiriéndose a la tentativa acabada del autor individual.

otro agente “es simplemente insostenible”⁶⁷³. Aunque sería posible que la punibilidad de una conducta quede condicionada a que se produzca un acontecimiento posterior no tendría sentido una prohibición sometida a condición⁶⁷⁴. Es “inimaginable que una conducta jurídico-penalmente indiferente se convierta en punible por la posterior producción de un acontecimiento”⁶⁷⁵. Pero, al mismo tiempo, PEÑARANDA RAMOS rechaza que pueda prohibirse cualquier conducta que pueda presentarse como un estadio previo a la realización de un tipo penal⁶⁷⁶. Entonces, ¿cómo se resuelve esta aparente paradoja entre la pretensión dogmática de que el acto preparatorio deba estar prohibido para no caer en una antijuridicidad sometida a condición y la necesidad de evitar una prohibición agobiante que abarque cualquier conducta preparatoria?

En primer término, si bien es cierto que no puede valorarse del mismo modo la compra de un revolver para la práctica deportiva que su compra como un acto preparatorio para matar, el problema no reside exactamente en esto, sino en determinar a partir de qué momento la conducta pasa de estar permitida a estar prohibida, y si puede legitimarse la intromisión estatal o la acción defensiva de la víctima con el objetivo de evitar que el proyecto delictivo continúe avanzando. Comprar un arma de fuego para matar al vecino no es equivalente a comprarla para probar puntería en una silueta metálica, pero ¿conseguir el dinero para comprar el arma de fuego para matar? o antes todavía ¿iniciar los trámites para obtener el permiso o consultar precios en las armerías? Podríamos avanzar con más preguntas hasta llegar al momento mismo de la ideación, pero ya ha quedado claro el argumento. El común denominador entre los actos preparatorios y la intervención pre-ejecutiva no es su función, llevar adelante el hecho típico, sino la forma de la expresión, uno se mantiene dentro del perímetro de libertad primordial del ciudadano y otra lo desborda. Este es un malentendido del que hemos de guardarnos.

Lo que la doctrina dominante a menudo considera acto preparatorio prohibido, en este trabajo es entendido como una infracción de la norma de la participación, cuando el comportamiento, en tanto adaptación peligrosa a un hecho delictivo que se ejecutará por mano ajena, desborda el propio ámbito de control. Cuando el partícipe alcanza el estadio de la tentativa acabada de intervención, existe una resolución, un acto de decisión y desprecio por el orden jurídico que es insostenible. Esta carga simbólica no está presente en el acto

⁶⁷³ PEÑARANDA RAMOS, *El principio de accesoriidad*, 2015, p. 452. También lo aprecian así JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 19 s.; RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 50/24; SANCINETTI, *Ilícito personal y participación*, 1997, p. 80.

⁶⁷⁴ Así PEÑARANDA RAMOS, *El principio de accesoriidad*, 2015, p. 452. Esta idea dejaría espacio para suponer una disimulada simpatía de PEÑARANDA RAMOS por interpretar el comienzo de ejecución como una condición objetiva de punibilidad.

⁶⁷⁵ HÖPFNER, *ZStW* 26, 1906, p. 585.

⁶⁷⁶ “Ya que entonces no quedaría mucho espacio para las conductas humanas permitidas. Pero la acción del estadio previo si está prohibida en su cualidad precisamente de acto preparatorio. Comprar un revolver no está prohibido; pero lo está como preparación de un asesinato. Aunque la antijuridicidad de la acción preparatoria sea de un carácter secundario y no constituya, allí donde no se añade ninguna ejecución, una antijuridicidad que la ley penal tome en cuenta, se trata *en cualquier caso de una antijuridicidad*” PEÑARANDA RAMOS, *El principio de accesoriidad*, 2015, p. 452 con cita a BELING, *Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 346 s.

preparatorio que permanece normativamente dentro de la esfera de control del agente. Quien abandona el curso causal de su intervención a manos de un tercero le da un giro a la ruleta que el Derecho no puede tolerar; por el contrario, quien solo elige un número, se acerca a la rueda, la imagina girar, pero todavía no realiza su apuesta, no infringe la norma, no juega. Antes de la tentativa acabada de intervención hay una indiferencia abstracta, un abismo de libertad del que todavía nada puede predicarse. Se trata de una intención no objetivable que (normativamente) nada quiere y, en consecuencia, a la que el Derecho no puede acceder.

Este planteamiento no se ve conmovido por el surgimiento de asimetrías con los supuestos de autoría individual, ya que el partícipe infringiría la norma de comportamiento antes que en una hipótesis de actuación en solitario. Frente a ello cabe oponer que un mismo acto preparatorio como manifestación fenomenológica no debe interpretarse obligatoriamente de la misma manera en la autoría y en la participación. El ejecutor en solitario, a diferencia del interviniente, mantiene en su poder la posibilidad segura de frustrar el hecho, por lo tanto, es precisamente el criterio de la pérdida del control del riesgo el que resuelve de manera armónica los casos de *iter criminis* dilatados en el tiempo, tanto en procesos ejecutivos individuales como en los colectivos⁶⁷⁷. La doctrina mayoritaria a menudo identifica la preparación del delito en la codelincuencia con lo que hace el autor antes de la ejecución, y este es su error: equiparar el sentido de la actividad pre-ejecutiva en ambos supuestos. La permisón o prohibición de la preparación del delito según sea o no mantenida dentro de la propia esfera de control es relativa a cada interviniente. Por ello, en un proceso ejecutivo de varios, la actuación prohibida de quien en la trastienda impulsa o facilita la realización del delito es, para el ejecutor, un acto preparatorio permitido⁶⁷⁸.

Los actos preparatorios son interacciones que, si bien se encaminan hacia un proyecto delictivo, todavía no cuestionan de manera relevante la norma de comportamiento. Como tales, se circunscriben a la esfera íntima del individuo y están permitidos con base en el principio *cogitationem poenam nemo patitur*⁶⁷⁹. Desde luego, cualquier imagen del delito será de algún modo sintomática respecto a quien la produce⁶⁸⁰. Pero pensar en ella como una fotografía de la realidad típica *por-venir* es malentender la gradualidad de la construcción de

⁶⁷⁷ La prohibición se adelanta en los casos de participación porque, desde un punto de vista preventivo, el agente demuestra un déficit de lealtad al Derecho normativamente relevante debido a su peligrosidad.

⁶⁷⁸ Siempre que el control del riesgo de la aportación o motivación se transfiera del interviniente al ejecutor. Pues, en caso contrario, esa actuación, con base en la división de tareas que lo vincula, también sería prohibida para él. Todas estas consideraciones se articulan con la defensa de la solución individual de la tentativa en el nivel de la norma primaria (*supra*).

⁶⁷⁹ Digesto, XLVIII, 19, 18. “*Handlung ist willkürliches Verhalten zur Außenwelt: willkürliche Verursachung oder Nichtbinderung einer Veränderung (eines Erfolges) in der Außenwelt*”, VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1914, § 28.

⁶⁸⁰ Con todo, los pensamientos no son algo meramente subjetivo, sino que en sí mismo son objetivos al expresar la forma conceptual del objeto. La pistola a la venta es para fines deportivos; el veneno para combatir plagas y el hacha para hacer leña; la pistola para amenazar, el veneno para matar y el hacha para lesionar son desviaciones que el orden jurídico no promueve ni tolera. Ahora bien, esto no significa sin más que tales conductas estén prohibidas: una vida en una sociedad donde conductas estereotipadas *ab initio* fueran sustraídas del tráfico jurídico por el riesgo inherente de su desvío hacia el ámbito delictivo sería inviable.

sentido propia del proceso ejecutivo, las eventualidades a las que se encuentra expuesto y la necesidad de establecer un límite para la prohibición basado en razones político-criminales. Cuando alguien comienza a disponer su actuación delictiva futura ya está tomando el camino equivocado, sin embargo, los actos preparatorios en virtud del principio *cogitationen poenam nemo patitur* están excluidos del ámbito de la prohibición⁶⁸¹. Los actos preparatorios no se explican con una lógica binaria de ceros y unos porque, si bien no son antinormativos y están muy lejos de la conducta material prohibida, no se puede desconocer que el sujeto está *coqueteando* con un proyecto que irrita al orden jurídico.

En pocas palabras, no es correcto que todo acto preparatorio esté prohibido, solo algunos de ellos lo están: los peligrosos. Como tales, ya dejan de ser actos preparatorios, para convertirse en otra cosa: conductas prohibidas. Esta aproximación posibilita huir de una antijuridicidad sometida a condición, al mismo tiempo que protege la esfera de libertad del ciudadano de una reducción insoportable y respeta el principio de legalidad. Estrictamente, el acto preparatorio debe considerarse permitido porque este, por definición, no cruza el perímetro de libertad primordial que el Derecho le reconoce a cada persona. Se trata de una conducta interna que no exterioriza un sentido delictivo relevante, más allá de presentarse fenotípicamente como una interacción con una peligrosidad latente. El acto preparatorio ha de ser equiparado con una conducta neutral que puede ser anudada a un proyecto delictivo, pero que no es una infracción de la norma de conducta. Al igual que en la prohibición de regreso el fundamento se encuentra en que de otra manera la vida en sociedad sería imposible. Entonces, el verdadero problema consiste en determinar cuándo el agente ha exteriorizado peligrosamente un proyecto delictivo y, por ende, ha abandonado el perímetro de libertad primordial que abarca los actos preparatorios. El que la doctrina asocie la participación antes de la ejecución con los actos preparatorios se explica porque en los casos de autoría individual muchas veces la ejecución se encuentra precedida de actos preparatorios permitidos. Por ejemplo:

[caso 17] A se encuentra en el bar cuando inesperadamente entra su enemigo B, A entonces piensa que es una buena oportunidad para agredirlo [ideación, acto preparatorio permitido], inmediatamente lanza su vaso de cerveza contra el rostro de B [inicio y resultado de la acción de tentativa], lesionándolo gravemente [consumación]⁶⁸².

⁶⁸¹ “En el Derecho penal de un Estado de libertades no se trata del control de lo interno, sino de lo externo. *La pregunta sobre lo interno solo está permitida para la interpretación de lo externo que ya, en cualquier caso, es perturbador*”, cursiva en el original, JAKOBS, «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 97, 1985, p. 761; EL MISMO, *AT*, 1991, 25/1a ss.; VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1914, § 28; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, § 8 I 1 b; con más citas bibliográficas; MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 744; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 67.

⁶⁸² Se podría objetar que el ataque sería evitable ya en el momento en que A ve entrar a B al bar, pero ¿cómo determinarlo objetivamente? Supongamos que un tercero C se encuentra en el bar y tiene conocimiento de que A y B están enemistados y siempre que se encuentran “son dinamita”. ¿Está legitimado C para reducir al autor en el momento en que B entra al bar? Reconocerle esta facultad al tercero solo con esa información (enemistad de A y B + proximidad física de ambos = peligro de lesiones) sería ir demasiado lejos y hacerle cargar un alto coste al presunto autor por el eventual error de C al desplegar la acción defensiva —tal vez A y B se han reconciliado... Es más, ¿podría C ir y reducir al autor

Más allá de ello, existen numerosas excepciones a estos casos en los que no media intervalo problemático entre la preparación y la ejecución: supuestos de autoría individual, coautoría o autoría mediata en los que el *iter criminis* se extiende en el tiempo, supuestos de *actio libera in causa* y supuestos de intervenciones en la fase previa al comienzo de ejecución. En estas hipótesis no se está frente a una ejecución con una *prehistoria*⁶⁸³ de dos actos —preparación permitida y ejecución prohibida— sino frente a un proceso de tres actos: preparación (permitida), acción individual de inicio de tentativa acabada (aportación o motivación en el caso del partícipe, colocación en una situación defectuosa en la *alic*, o programación del instrumento en los casos de autoría mediata; conductas prohibidas, pero todavía no punibles) y resultado de la acción individual de tentativa (que coincide con el comienzo de ejecución; infracción completa de la norma de la tentativa punible).

3.6.3.1. Lo íntimo y lo éxtimo

Para hacer más clara mi posición en este tema, la distinción entre lo *íntimo* y lo *éxtimo* puede ser de ayuda⁶⁸⁴. Lo *éxtimo* hace referencia a aquello que está muy próximo a lo más interior del sujeto sin dejar de ser exterior. Este neologismo, desde luego, tiene implicaciones precisas en el dominio de la psicología que no me interesa desarrollar. Lo que pretendo poner de relieve es su potencia explicativa para advertir que un acto externalizado puede continuar dentro del perímetro de la libertad primordial por su localización todavía interna en lo que respecta a la relación del agente con la norma de comportamiento⁶⁸⁵. Sería una manifestación externa de lo que los escolásticos llamaban tentación. La contraposición entre lo interno y lo externo no es más que un naturalismo que nada nos dice si no lo interpretamos normativamente. Los actos preparatorios pueden ser *íntimos* [ideación] o *éxtimos* [conductas estereotipadas] y ambos están permitidos mientras no se externalicen normativamente de manera relevante. Esto es, mientras no se enfrenten a la norma de comportamiento, acontecimiento que se produce cuando el agente pierde la posibilidad de revocar de modo seguro su intervención. Lo *éxtimo* no se opone a lo íntimo, sino que debe asimilarse a ello y, a la inversa, lo *éxtimo* no debe identificarse automáticamente con un déficit de motivación jurídica relevante, si no existe una regla jurídica especial que así lo establezca, en tanto adaptación peligrosa. En la participación, cuando una conducta no puede referirse a un

mucho tiempo antes *por si acaso* se encuentra con B en el mismo lugar? Para no llegar a este absurdo debe establecerse un límite objetivo: una exteriorización peligrosa, esto es, una agresión actual. En este caso de estructura sencilla se pasa directamente de la preparación (ideación) a la ejecución. C solo podría intervenir en legítima defensa cuando A externalice el ataque hacia B. Cuando A ve entrar a B a la cantina, por ser un acto preparatorio carente de sentido delictivo, todavía es muy temprano para legitimar la intervención de C.

⁶⁸³ Véase JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, p. 9.

⁶⁸⁴ El término *extimidad* (del francés *extimité*) fue utilizado por LACÁN inicialmente en su *Seminario sobre la ética del psicoanálisis* modificando la palabra intimidad (*intimité*) a través del prefijo ex.

⁶⁸⁵ “El principio del hecho no debería conducir a la interpretación, ciertamente ‘naturalista’, de que la existencia de algo ‘externo’ al autor —traducido hasta el momento en el presupuesto mínimo de un ‘movimiento corporal’— sea una condición definitoria para la imputación penal”, SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, 1995, p. 13.

motivo en el mundo exterior que interesa al Derecho penal, entonces ha de suponerse que se trata de una representación de un motivo del agente en su mundo interior.

Los actos preparatorios, en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo —tanto en supuestos de codeincuencia como en supuestos de autoría individual— no están prohibidos. En los casos de intervenciones pre-ejecutivas, se prohíbe realizar Y cuando su valor se corresponde con una colaboración o una motivación que infringe las normas de la participación, aunque Y todavía no se integre en Z (un tipo de la Parte especial), no cumpliéndose, por lo tanto, todos los requisitos necesarios para sancionar⁶⁸⁶. Esto significa, a su vez, que no se prohíbe realizar X, aun cuando pueda apreciarse materialmente que el agente ya comienza a coquetear con el proyecto delictivo. X no es equivalente a Y, es decir, no es antinormativo (aún) y, por lo tanto, está permitido. El agente puede fantasear, idear [*intimidad*], incluso exteriorizar tramos iniciales de su plan delictivo en el ámbito de interacciones estereotipadas [*extimidad*] y, mientras no pierda el control sobre el devenir del curso causal, su actividad quedará amparada por el principio *cogitationen poenam nemo patitur*.

Que los actos de preparación permanezcan todavía en la esfera privada del individuo es un coste que ha de pagarse por vivir en un Estado liberal de derecho. Una sociedad de libertades debe asumir el riesgo de que sus ciudadanos coqueteen con proyectos delictivos. Reconocer tal *libertad* es incómodo, pero no existen mejores alternativas. Ningún Estado podría (ni debería intentar) perseguir materialmente cualquier embrión delictivo. En los casos particulares en los que esto se estime necesario, el legislador deberá crear la norma que suprima esa actividad del tráfico jurídico. El intento de negar tales libertades de los ciudadanos ya ha sido realizado sin éxito por diversos regímenes con consecuencias ampliamente conocidas frente a las que no son necesarias mayores precisiones.

⁶⁸⁶ Siempre que no existan reglas especiales como las del § 30 StGB.

4. Conclusiones

- i. En los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo la participación suele producirse en la fase previa a la ejecución. Hay dos razones prácticas para ello: primero, la división del trabajo suele retardar el proceso ejecutivo en el tiempo estirándolo hacia atrás; segundo, el actuar a la distancia brinda la ventaja de no ensuciarse las manos. A pesar de esto, la clasificación entre intervenciones anteriores y concomitantes a la ejecución no puede realizarse únicamente teniendo en cuenta la dimensión temporal-espacial: el criterio debe ser normativo. Las intervenciones pre-ejecutivas son aquellas en las que el inductor o cooperador se desentiende del *porvenir* de su actividad en manos del ejecutor antes de del estadio de la tentativa punible y, cuando este se alcanza por la mano del ejecutor, el partícipe se encuentra lejos del lugar del delito o estando allí es incapaz de evitar que se produzca el resultado de su acción de tentativa. Es decir, cuando se comprueba un intervalo de tiempo relevante entre el momento en el que el interviniente deja pasar la última posibilidad de revocar en forma segura su intervención y el momento del comienzo de la realización típica.
- ii. En las hipótesis de intervención concomitante, por el contrario, se superponen la acción y el resultado de las infracciones de las normas de comportamiento de todos los intervinientes. Coinciden en el tiempo la acción individual de tentativa acabada y la obra colectiva que alcanza el estadio ejecutivo. La infracción individual de la norma de comportamiento de la participación y su punto de referencia colectivo (como mínimo un *intento de*) se solapan. Este sobrevenir de la actividad individual del partícipe se ajusta al ataque actual al bien jurídico en manos del autor, que es también su ataque. El partícipe realiza su intervención en un contexto delictivo actual y se postula como tal, localizándose e insertándose de inmediato en el hecho típico. Por lo tanto, esta integración no requiere un esfuerzo adicional para interpretarla, a diferencia de lo que sucede con los casos de intervención previa a la ejecución. Cuando el agente interviene en un contexto inequívocamente delictivo no solo se postula de inmediato como parte de ello, sino que a la vez objetiva el límite entre la singularidad de su comportamiento y la faceta colectiva del proyecto común. Con todo, *el criterio determinante no es la presencia física del partícipe en el momento y lugar del hecho, sino si conserva o no la capacidad de retirar su aportación o motivación en el instante en que el autor se dispone inmediatamente a la realización del tipo delictivo.*
- iii. Cuando usualmente se habla de la *externalización de la intervención*, se pierde de vista que en realidad se está describiendo el proceso opuesto, el de la *internalización del hecho delictivo* que ejecutará de propia mano otro agente. Al partícipe la ejecución no le es indiferente porque su acto individual de renuncia al control sobre su intervención funciona a su vez como un acontecimiento apropiador de aquello que el autor realizará de propia mano. El espacio de incertidumbre inherente al desenlace del hecho en manos de un ejecutor autorresponsable, forma parte del contenido de injusto del interviniente y no es otra cosa que la consecuencia más evidente del momento omisivo en el que se desentiende del *porvenir* de su intervención. Así, en la participación lo que suele concebirse como la externalización de la cooperación al hecho delictivo o su motivación, en verdad se trata de la internalización del hecho colectivo futuro que ya encuentra su gestación inicial en esta fase individual.
- iv. Los supuestos de *omissio libera in causa* y los casos en los que el partícipe interviene en la fase previa al comienzo de ejecución son estructuralmente análogos. En ellos se advierten tres puntos de contacto. Primero, el problema relativo al eventual fraude de ley. Ha de explicarse por qué la conducta de quien se provoca a sí mismo su incapacidad de acción o le allana el camino al autor antes de la ejecución no ha de considerarse carente de significado delictivo.

Segundo, los problemas estructurales en el plano normológico, dogmático y político-criminal son equivalentes. Inicialmente se presentan para determinar cuál es el momento en el que el agente infringe la norma de conducta y si sería conveniente resolver estos casos recurriendo a reglas de imputación extraordinarias que excepcionen el principio de culpabilidad. Desde luego, estos interrogantes abiertos en el plano normológico se traducen en preguntas dogmáticas relativas a las reglas que rigen el comienzo de la tentativa, el desistimiento, la eventual exigencia de un doble dolo y si el Estado o la víctima pueden impedir que el proceso ejecutivo avance en esta primera fase de la actuación del agente. Por su parte, en el plano político-criminal, la doctrina se pregunta si existe necesidad y merecimiento de reaccionar con pena ya en el momento en que se interviene (al igual que sucede en la *alic* con la fase en la que se provoca la situación defectuosa), pero todavía no se produce la lesión material del bien jurídico. Por último, es posible trazar un estrecho paralelismo entre el fundamento del injusto del autor en el ámbito de la *alic* y el fundamento del injusto del partícipe en el ámbito de la intervención delictiva.

- v. Tanto en la teoría de la *alic* como en la intervención pre-ejecutiva se presentan dificultades para reprocharle al agente su comportamiento teniendo en cuenta exclusivamente el instante en que se produce la lesión material del bien jurídico, problema no reducible a una cuestión de dolo alternativo. En *fase uno* el partícipe *defrauda la norma de sanción*, puesto que con su intervención infringe la norma de conducta, pero esta es impune antes de la ejecución del hecho colectivo con base en las reglas de la accesoriadad externa. Y una vez que en *fase dos* el autor realiza el tipo, el partícipe estaría *protegido por la norma de cobertura* derivada del principio de coincidencia, si entonces fuera incapaz de cumplir con la acción debida —consistente en retirar su aportación o motivación— la que le corresponde por haberse colocado por injerencia en una situación de garantía. Mientras que en los casos de *alic* la acción ejecutiva consiste en, por ejemplo, eliminar la capacidad de acción —*liberarse a sí mismo del propio control*— en la participación la acción ejecutiva individual consiste en el realizar la intervención y desentenderse de ella —*liberar un curso causal peligroso fuera del propio ámbito de control*—. Paralelamente a lo que sucede con el autor que obra en estado defectuoso, el injusto del partícipe y, por lo tanto, los elementos del tipo subjetivo, deberán determinarse en el momento en que se favorece el hecho delictivo (la acción precedente como *causa libre*).
- vi. Cuando el partícipe actúa antes que el autor se disponga inmediatamente a la realización del tipo, se está en presencia de un proceso ejecutivo con división del trabajo extendido en el tiempo con dos fases: la acción precedente representada por la ayuda o motivación y el posterior ataque al bien jurídico a manos del autor, prueba de que el partícipe ha decidido dejar pasar la última oportunidad para revocar su intervención. Al igual que en las hipótesis comprendidas bajo la figura de la *alic*, en esta segunda fase el partícipe ha perdido el control del riesgo (porque está lejos del lugar del hecho, por ejemplo) y no puede evitar que se actualice el peligro de su intervención. A partir de aquí, la intervención pre-ejecutiva es pensada mediante la estructura de una *omissio libera in causa*: el partícipe con su intervención en *fase uno* se coloca por injerencia en una posición de garantía acotada a evitar que su cooperación o motivación se concrete en el proyecto delictivo colectivo y, llegado el momento, omite realizar la acción debida. Tanto en los casos de *alic* como en los casos de intervención en el estadio anterior a la tentativa existe un agente en posición de garantía. Sin embargo, esta responsabilidad por injerencia del partícipe, a diferencia de la situación del autor en los casos de *alic*, se encuentra acotada (antes del comienzo de ejecución) a retirar su intervención —o tolerar que el Estado lo haga por su cuenta— y no le obliga a frustrar el hecho delictivo en su totalidad. Únicamente después integrarse su aportación o motivación al proyecto colectivo que

al menos ha alcanzado el estadio de la tentativa, su posición de garantía se amplía y, si pretende evitar el castigo, entonces deberá frustrar el hecho delictivo, el cual ya le pertenece. El partícipe que actúa en la trastienda y se aleja del hecho presenta el mismo estatuto de un *incapaz de acción*, pues, si bien en abstracto posee capacidad de acción, su distanciamiento del proceso ejecutivo le impide cumplir en concreto con la acción debida que consiste en evitar el resultado típico de su intervención.

- vii.** El marco teórico en el que se encauza la búsqueda del contenido del injusto del autor que actúa en un estado defectuoso y del partícipe que interviene en la trastienda presentan, en la *omissio libera in causa* y la teoría de la intervención un estatuto similar. a) El legislador alemán con el § 30 StGB persigue la misma finalidad que con el precepto de la Parte especial del § 323a StGB: asegurar la imputación. El fundamento de la punición de la *Vollrausch* no reside en el hecho realizado en estado de embriaguez sino en el embriagarse. Esta conducta constituye un injusto por el peligro de que el autor debido a la ingesta excesiva de alcohol pierda sus frenos inhibitorios y se desligue de la norma de conducta. Del mismo modo, el fundamento de la punición de la tentativa de participación en un delito grave del § 30 StGB no es la ejecución del hecho principal en sí, sino el peligro inherente de inducirlo o declararse dispuesto a colaborar con él. b) Por otra parte, el modelo de la tipicidad se corresponde en gran medida con la argumentación y consecuencias sistemáticas de los partidarios del injusto autónomo de la participación. c) Finalmente, también se advierte un paralelismo entre la perspectiva de los defensores del injusto del partícipe como dependencia del injusto del autor y el modelo de la excepción. La proximidad de los modelos de *alic* con las actitudes teóricas de la opinión general en el ámbito de la participación delictiva es algo más que un curioso hallazgo, pues su adecuada interpretación brinda una pista fundamental para explicar la participación pre-ejecutiva sin desconocer el principio de culpabilidad ni adelantar la barrera de punibilidad a momentos muy lejanos a la afectación del bien jurídico.
- viii.** Tanto en los casos de *alic* como en los casos de intervención pre-ejecutiva el fundamento de la imputación ha de buscarse en la acción llevada a cabo en la primera fase: la producción de la situación defectuosa o la realización de la intervención. Es aquí donde se localiza el disvalor de acción propio de la participación, el cual no se compone únicamente de la creación de la voluntad delictiva ajena o de la cooperación en el delito, sino que, a su vez requiere el correspondiente disvalor omisivo de la pérdida de control sobre el curso causal peligroso. Sin embargo, el objeto de la imputación necesariamente habrá de completarse con la concreción de la actividad del agente en la segunda fase del *iter criminis*, esto es, con el disvalor de resultado de la participación. La posibilidad de articular ambos momentos, la *acción individual* de tentativa acabada de intervención y su *resultado colectivo* (al menos una infracción de un tipo penal en grado de tentativa) es posible a través de la figura de la *omissio libera in causa*, figura dogmática que acecha tras la accesoriedad externa de la participación cuando el interviniente ha perdido el control del riesgo antes del comienzo de la acción ejecutiva.
- ix.** Cuando lo interno es desbordado mediante una actuación prohibida *no-típica*, el partícipe se coloca en una situación de responsabilidad frente a la futura lesión típica con consecuencias precisas en el plano de los deberes de tolerancia. El anverso de la infracción de la norma que prohíbe participar en hechos delictivos es el deber de renunciar antes de la actualización típica de la intervención, o de desistir si ya ha alcanzado el estadio ejecutivo. Si no lo hace el propio interviniente, la autoridad estatal podrá hacerlo a su cuenta. Sobre la cuestión de cómo ha de concretarse la facultad de exclusión, la escasa literatura que se ocupa de esta cuestión en la teoría de la intervención, con argumentos dogmáticos y político-criminales de diversa índole, se inclina a favor de un estado de necesidad defensivo.

- x. Parte de la doctrina trata al autor que provoca su propio estado defectuoso como si fuera un autor mediato que se utiliza a sí mismo como mediador del hecho. Se afirma así que la *alic* dolosa y la autoría mediata son constructivamente semejantes. En el supuesto básico de autoría mediata el autor deja actuar al instrumento tras “haberlo preparado”, en los casos de *alic* el autor se sirve de sí mismo como instrumento luego de “haberse preparado” y, finalmente, estimo que en las hipótesis de intervención pre-ejecutiva, el partícipe coopera con el autor dejando en sus manos la ejecución del hecho delictivo “ya preparado”. La *gracia* en estas tres constelaciones de casos consiste en que el agente mantiene las manos limpias, esto es, desde la trastienda proyecta su actividad hacia adelante en la persona de otro. Esto sucede incluso en la *alic*, pues si bien el autor obra fenomenológicamente de propia mano, no lo hace así normativamente, ya que cuando se ha vuelto inimputable acaba siendo un *otro frente a sí mismo*. Así, en la intervención pre-ejecutiva también puede decirse que el partícipe “prepara” al ejecutor, haciendo nacer su voluntad delictiva o allanándole el camino y distanciándose del momento de la ejecución. Pero, a diferencia del supuesto de *alic* y autoría mediata, en la participación el agente comparte la responsabilidad con el ejecutor. Si esto es correcto, las soluciones dogmáticas en el plano de la tentativa, el desistimiento y el tipo subjetivo en las figuras de la *alic*, la autoría mediata y la intervención pre-ejecutiva han de tener un estatuto similar.
- xi. Debe fracturarse la oposición entre la solución individual y la solución global de la tentativa, asociadas usualmente con las teorías autónomas y las teorías derivadas del injusto de la participación, respectivamente. Así, considero que el principio de autorresponsabilidad, el principio de culpabilidad y una concepción normológica coherente imponen en el nivel de la norma de comportamiento la solución *individual*. La relación entre agente y norma se configura de manera bilateral entre él y la directiva de conducta, alcanzando su punto crítico con la tentativa acabada de intervención. Por su parte, la solución global de la tentativa opera en el nivel de la norma de sanción y puede no coincidir con aquel momento en el que se infringe la norma de comportamiento. Esto rige tanto para la teoría de la intervención, como para los casos de autoría mediata y *alic*. En estos casos, la norma de comportamiento se infringe en el nivel de la antijuridicidad cuando el agente pierde la posibilidad de revocar en forma segura su intervención, influencia sobre el instrumento o provocación de la situación defectuosa, respectivamente. Esta formulación ha de pensarse ligada a la distinción entre acción de tentativa [*Versuchsbandlung*], resultado de tentativa [*Versuchserfolg*] y delito de tentativa [*Versuchsdelikt*] —tal como en su hora propusiera HERZBERG para resolver los problemas de adelantamiento de la barrera de punibilidad a los que conducía en la *alic* el modelo de la tipicidad—, la cual evita caer en la trampa de confundir lo individual de la tentativa acabada de intervención con lo global del presupuesto de aplicación de la norma de sanción para todo el colectivo.
- xii. Quien no ejecuta el tipo de propia mano, pero ha aportado medios para la comisión del hecho que desbordan su esfera de control, realiza un comportamiento que no es un acto preparatorio, sino *su* acción de tentativa acabada de intervención, su propia afrenta a la norma de comportamiento en el nivel de la antijuridicidad. La misma requiere, en el nivel de la punibilidad, de un elemento adicional: el peligro directo para el bien jurídico que se produce en el momento de la ejecución del hecho colectivo, esto es, el resultado de *su* tentativa de intervención que coincidirá con la infracción completa de la norma de la tentativa a manos del autor para todos los miembros del colectivo. Cuando el autor *se dispone inmediatamente a la realización del tipo penal* cose todas las intervenciones individuales en una unidad de sentido y actualiza la acción individual de intervención en, al menos, una infracción punible de un tipo

penal de la Parte especial en grado de tentativa. Si el autor no alcanza el estadio ejecutivo, es decir, no actualiza típicamente la intervención pre-ejecutiva, esta igualmente deberá ser considerada antinormativa aunque no punible por ser una infracción imperfecta de la norma de la tentativa. La cooperación o motivación previa del partícipe es peligrosa y, por lo tanto, independientemente de lo que suceda con el autor, él debe evitar que se actualice típicamente, es decir, que se produzca el resultado de su acción de tentativa acabada de intervención.

- xiii.** Los casos denominados de “partícipe desconfiado” son aquellos en los que el interviniente comienza a realizar su aportación o motivación en un momento anterior al comienzo de ejecución, pero no se desentiende del porvenir delictivo en manos del autor —ya sea que se encuentre o no en el lugar de los hechos— hasta que se alcanza el estadio de la tentativa. Estos deben ser considerados supuestos de intervención concomitante a la ejecución del hecho típico y, por ende, no es necesario recurrir a la figura de la *omissio libera in causa* para explicarlos. La apariencia engañosa que ha de evitarse es confundir la manifestación fenotípica de la acción individual de inicio de tentativa inacabada en un momento anterior a la ejecución con su relevancia normativa como acción individual de tentativa acabada: si bien usualmente ambos momentos coinciden, ello no siempre es así, tal como sucede en los supuestos en los que el interviniente actúa antes del inicio de ejecución, pero mantiene consigo la posibilidad de revocar en forma segura su prestación.
- xiv.** Los actos preparatorios son acciones que, si bien se encaminan hacia un proyecto delictivo, todavía no cuestionan de manera relevante la norma de comportamiento. Como tales, se circunscriben a la esfera íntima del individuo y están permitidos. Los actos preparatorios abarcan, en primer lugar, la etapa de la ideación del delito [actos *íntimos*]. En segundo lugar, incluyen las manifestaciones de esta subjetividad que se concretan en interacciones estereotipadas [actos *éxtimos*]. El trazado de un perímetro de libertad primordial en el ámbito de los actos preparatorios es el anverso de asumir el criterio de la pérdida del control del riesgo para determinar el momento de la infracción de la norma de comportamiento. En algunos casos, el agente traspasará este límite aun cuando mantenga consigo el control sobre el curso causal en que consiste su intervención, pero lo haya perdido sobre el sentido de su conducta, en tanto intención delictiva objetivada. El común denominador entre los actos preparatorios y la intervención pre-ejecutiva no es su función, llevar adelante el hecho típico, sino la forma de la expresión, uno se mantiene dentro del perímetro de libertad primordial del ciudadano y otra lo desborda de modo prohibido. El acto preparatorio ha de ser equiparado con una conducta neutral que puede ser anudada a un proyecto delictivo, pero que no es una infracción de la norma de conducta.

CAPÍTULO IV

LA ACCESORIEDAD INTERNA

1. Introducción a la problemática

Existe un consenso prácticamente unánime en exigir la actualización típica de la intervención como presupuesto de su punibilidad. Las cosas son distintas, no obstante, cuando se discute sobre las características que debe presentar ese hecho principal. Así, la cuestión sobre el grado de accesoriad debatido bajo el rótulo de la accesoriad interna permanece abierta. El asumir uno u otro modelo, tanto en el plano de *lege lata* como en el plano de *lege ferenda*, tiene consecuencias fundamentales en toda la teoría de la intervención. Las implicaciones de exigir un hecho principal de distinta envergadura son múltiples y se refieren fundamentalmente a la posibilidad de admitir la participación en hechos ejecutados, por ejemplo, en error de tipo, justificadamente o sin capacidad de culpabilidad.

El disminuir o aumentar la extensión del hecho principal es una modificación sustancial de los elementos sistemáticos que integran el soporte jurídico sobre el que se erige la responsabilidad del partícipe. Esto puede repercutir en el surgimiento de lagunas de punibilidad o, a la inversa, en la validación tácita de una reacción contra el infractor a canalizarse mediante la figura de la autoría mediata. A su vez, el asumir uno u otro modelo afecta las soluciones que se brindan a la cuestión sobre la intervención en los delitos especiales y en los delitos imprudentes. No debe perderse de vista, por último, que en este tema el legislador no le ha dado al jurista plena libertad para interpretar el sistema de intervención, haciendo mención expresa en algunos ordenamientos positivos a su preferencia por un modelo de accesoriad determinado.

La clave para resolver estos problemas ya ha sido revelada: un principio de accesoriad normológicamente diseñado. Inicialmente, en el nivel de la norma primaria, la accesoriad ha de servir para orientar la actividad de los partícipes en tanto destinatarios de la prohibición y así prevenir afectaciones indeseadas de las posiciones jurídicas protegidas. Cumplir con esta tarea de manera efectiva impone valorar el hecho principal en tanto proyección objetiva de su lesividad con efectos intersubjetivos para limitar la libertad de acción del eventual infractor. Operación que es completamente independiente del real acaecimiento de aquel. En el ámbito de la norma secundaria, no obstante, para evitar atomizar la teoría de la intervención estará vedado pensar exclusivamente con una lógica imperativista, pues en el nivel de la punibilidad ya no se trata de evitar proyectos delictivos, sino de imputarlos en tanto obra común que alcanza un determinado grado de desarrollo. Pero esto solo es posible si se trabaja con un mayor grado de accesoriad que posibilite aprehender el sentido social de la intervención.

En este último capítulo, mi punto de partida es la revisión de la clasificación general de los modelos de accesoriad que maneja la doctrina dominante para desarrollar un principio de accesoriad que defina su estructura interna con base en la distinción normológica

apuntada. En efecto, las preguntas planteadas intentan socavar la adscripción *in totum* a cualquier modelo de accesoriidad. La clave no consiste en cancelar la accesoriidad como nervio principal de la teoríia de la intervenci3n, sino en denunciarla como categoríia monolíticá dando un paso crucial para la exposici3n y explicaci3n de sus antagonismos. Este desplazamiento conceptual permite reconocer la doble funci3n del principio de accesoriidad y demostrar que las tensiones entre sus modelos son en realidad producto de enfatizar una u otra operaci3n de la norma juríidica en el dominio de la participaci3n delictiva.

2. La dimensi3n interna de la accesoriidad

Las dimensiones interna y externa de la accesoriidad son complementarias. Esto es así, pues aquella se refiere a las cualidades que ha de presentar un hecho principal al menos intentado⁶⁸⁷. De allí, que también se la denomine accesoriidad cualitativa. Normativamente, solo puede predicarse que existe accesoriidad en relaci3n con un hecho que, al comprobarse que posee determinadas características, expresa un determinado significado. Por lo tanto, es incorrecto apreciar, por ejemplo, la existencia de accesoriidad externa en tanto lesi3n objetivamente tíipica que ha alcanzado el estadio ejecutivo, pero la ausencia de accesoriidad interna en tanto comportamiento justificado. En esta hipótesis, lo adecuado es —en el marco del modelo de la accesoriidad limitada— rechazar directamente la existencia de un hecho principal que habilita la participaci3n. A la inversa, también es errado predicar la existencia de accesoriidad interna —supongamos ahora máxíima— si el partícíipe realiz3 una actividad dirigida a insertarse en un injusto culpable, pero la ausencia de accesoriidad externa por no haber alcanzado el estadio ejecutivo. Nuevamente, lo que falta es, conforme este último marco teórico, un hecho principal relevante.

La relaci3n de implicaci3n de ambas dimensiones es producto de la sntesis entre las funciones políticó-criminales y las funciones dogmáticas que se le atribuyen al principio de accesoriidad de la participaci3n. El contenido material de la dimensi3n externa repercute en su sistemática interna; la accesoriidad es una sola y su diseño depende de cómo se resuelva aquella sntesis. Por ejemplo, si se presenta el hecho principal como una relaci3n fáctica de afectaci3n del bien juríidico protegido, bastaría una actividad humana tíipica o incluso, como sugería entre líneas LÜDERSEN, podría pensarse en participaciones en hechos de la naturaleza. En el marco de una accesoriidad fáctica, inicialmente el hecho principal quedaría reducido al tipo. En otro orden de ideas, si el paso del estadio pre-ejecutivo al estadio ejecutivo se concibe como un punto nodal que vincula a todo el colectivo que lo hace posible, la dimensi3n interna de la accesoriidad forzosamente habría de reflejar que aquella es una obra común producida por sujetos con capacidad de expresarse de manera juríidico-penalmente relevante (accesoriidad máxíima como injusto culpable).

⁶⁸⁷ Véase por todos WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, § 16 I ss., seguido por la doctrina mayoritaria.

La distinción dual entre los aspectos interno y externo de la accesoriedad, por lo tanto, no puede ser postulada a modo de un ensamble teórico de dos cuestiones que corren por carriles independientes. En un sistema de intervención el principio de accesoriedad impone contestar dos preguntas —*cuál es el grado de realización* que ha de alcanzar el hecho principal y *cuáles son sus características*— referidas a una misma cuestión —cuándo existe un injusto de participación que amerite una reacción formal mediante pena—⁶⁸⁸. Si bien es cierto que “el lado ‘interno’ de la accesoriedad determina cuáles son las condiciones que debe reunir el hecho principal al que se adapta el partícipe, más allá de si se exige posteriormente el comienzo de ese hecho principal”⁶⁸⁹, no es menos cierto que esto no alcanza para afirmar la independencia absoluta de ambas dimensiones. En efecto, como se ampliará, de lo que se trata es de la existencia de un único hecho principal con un doble registro. Uno prospectivo, en el que un hecho principal con ciertas características aparece proyectado para prohibir un determinado comportamiento, y otro retrospectivo, en el que se requiere la comprobación material de ese hecho en tanto expresión de sentido para proceder a la imposición de una pena.

3. Modelos teóricos

Para determinar *cómo ha de ser* el hecho al que se refiere la actividad del partícipe, la manualística contemporánea en general continúa replicando los modelos forjados por MAYER hace más de un siglo⁶⁹⁰. Sin embargo, esta panorámica puede ampliarse conforme se incorporen exigencias distintas que se deriven de la presencia de elementos subjetivos, objetivos y procesales⁶⁹¹. Esta graduación parte desde la identificación llana del hecho principal con una producción de un resultado disvalioso como acontecimiento natural o humano [accesoriedad *fáctica*]; pasando por un hecho típico [accesoriedad mínima]; típico y doloso [accesoriedad mínima *subjetiva*]; típico y antijurídico [accesoriedad *objetiva*]; típico, doloso y antijurídico [accesoriedad limitada]; típico, doloso, antijurídico y culpable [accesoriedad máxima]; típico, doloso, antijurídico, culpable y sin causas que excluyan la punibilidad [hiperaccesoriedad]; hasta comprender finalmente un hecho típico, doloso, antijurídico, culpable, sin causas que excluyan la punibilidad y en el que concurran los presupuestos procesales de la persecución penal [hiperaccesoriedad *integral*].

⁶⁸⁸ No se trata de combinar caprichosamente las posibles variantes que existen en una y otra dimensión: accesoriedad externa, no-accesoriedad externa / accesoriedad interna mínima, limitada, máxima, etc. El juego entre estas posibilidades debe ser rigurosamente argumentado.

⁶⁸⁹ Así SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 760 (negrita en el original).

⁶⁹⁰ M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915, p. 391: “Die Bestrafung der Teilnahme ist: a) bloß davon abhängig, dass der Täter einen gesetzlichen Tatbestand verwirklicht hat (minimal akzessorische Form) [...] b) davon abhängig, dass der Täter einen gesetzlichen Tatbestand rechtswidrig erfüllt hat (limitiert-akzessorische Form) [...] c) davon abhängig, dass der Täter einen gesetzlichen Tatbestand rechtswidrig und schuldhaft erfüllt hat, also abhängig vom vollen Verbrechenscharakter der Haupttat (extrem-akzessorische Form) [...] d) abhängig auch von den persönlichen Eigenschaften des Täters, sodass strafferhöbende und strafmindernde Umstände, die seiner Person anhaften, den Teilnehmer belasten und entlasten (hyperakzessorische Form)”.

⁶⁹¹ Véase POPPE, *Die Akzessorietät der Teilnahme*, 2011, pp. 28 ss.; HAMDORF *Beteiligungsmodele im Strafrecht*, 2002, p. 18.

Rechazado *ab initio* el rendimiento dogmático de una hiperaccesoriedad en cualquiera de sus variantes, el debate se ha trabado entre los modelos limitado y máximo, este último después de la reforma del StGB de 1975 pugnando por emerger nuevamente como alternativa teórica plausible. Asimismo, la accesoriedad mínima ha sido defendida por una doctrina muy minoritaria y discutida con pretensiones de Derecho positivo en el Proyecto alternativo alemán de 1966. Esta panorámica de modelos de accesoriedad supone la adopción de una estructura tripartita del delito que implica la ubicación sistemática del dolo en el tipo. A su vez, cada modelo responde a una concepción específica de la función de la norma y la pena. Como se analiza a continuación, las teorías imperativistas más refinadas se pronuncian por un modelo de accesoriedad mínimo u objetivo, mientras que los planteamientos forjados con base en la teoría de sistemas asumen un modelo de accesoriedad máxima.

3.1. La accesoriedad mínima

3.1.1. Concepto, delimitación e implicaciones inmediatas

En un sistema de intervención con accesoriedad mínima los juicios de antinormatividad y sancionabilidad de la actividad del partícipe son realizados con base en un hecho principal objetivamente típico. Basta una lesión que coincida con la descripción contenida en el tipo para que se abra la posibilidad de apreciar participación. Este modelo rompe con la acción típica como unidad de factores subjetivos y objetivos, siendo admisible, por ejemplo, la participación en un hecho ejecutado en error de tipo. Asimismo, al dejarse de lado la valoración de la actividad típica como injusto se abre la puerta a la intervención en un hecho justificado, así como en un hecho realizado por inimputable⁶⁹².

La accesoriedad mínima admite la participación en supuestos problemáticos para la doctrina mayoritaria que a menudo son difíciles de resolver por medio del recurso a la figura de la autoría mediata, pero tampoco toleran una de laguna de punibilidad —por ejemplo, en los casos en los que el partícipe supone erróneamente el dolo del autor—. No obstante, este brillo inicial se ve rápidamente opacado por la cancelación analítica de los momentos subjetivos de la imputación, así como de la relación de sentido existente entre el autor y su actividad, lo que acaba conduciendo a identificar la afectación de la posición jurídica de la *víctima* con un mero menoscabo naturalístico. Asignar al objeto de referencia de la participación una posición sistemática de tan reducidas dimensiones —sin ulteriores matizaciones— se presenta como una opción a medio camino entre la convicción de afirmar

⁶⁹² A favor de una accesoriedad mínima VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht* (1930), t. II, 2001, p. 448, quien la postulaba de *lege lata* incluso para la regulación del StGB anterior a 1943. Para el autor citado, el § 48 StGB con la expresión “*begangene strafbare Handlung*” solo hacía referencia a la ejecución del tipo objetivo de un delito. Simpatizaba con la redacción del AE 1966 KAUFMANN, «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», *ZStW*, 80, 1968, pp. 36 s.: “*Deshalb hat der AE recht, wenn er —im Gegensatz zum E 62— den Tatvorsatz nicht ausdrücklich unter den Akzessorietätsvoraussetzungen aufzählt*”. En el Derecho español BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, p. 149.

la total autonomía del injusto de la participación y la necesidad de recurrir a *algo* que permita construir la participación como una expresión de sentido merecedora de pena.

Por otro lado, este modelo de accesoriadad encuentra dificultades cuando se trata de tipos delictivos cuya figura requiere especiales elementos subjetivos (intención, tendencia, expresión, etc.)⁶⁹³. Por ejemplo, quien al salir de la discoteca se coloca un abrigo ajeno, desapodera a su propietario, pero todavía no hurta, si no ha actuado con ánimo de apropiación. Por lo tanto, se produce la siguiente paradoja: o se castiga a quien favorece dolosamente aquella apropiación —supongamos, el encargado del guardarropa— como partícipe en un hurto que no es tal en tanto el autor no actúa con la intención exigida por el tipo o se amplía el objeto de referencia de la participación hasta abarcar sus elementos subjetivos, modificándose así la estructura de la accesoriadad mínima.

El problema de la accesoriadad mínima no es su potencial para erigirse como regla intersubjetiva que defina la norma de conducta dirigida al partícipe *ex ante* —esta sería más bien su principal prestación si se realizan los ajustes teóricos necesarios— sino su incapacidad para valorar *ex post* la participación como un “tomar parte” en algo que se presenta como una unidad de sentido. En otras palabras, el modelo mínimo de la accesoriadad atomiza la intervención. El hecho principal en tanto realización típica objetiva no cumple acabadamente con su función de punto nodal en el nivel de la norma de sanción, ya sea que se pretenda tomar de él parte del injusto de la participación o se le atribuya una función extra-muros a modo de condición objetiva de punibilidad.

3.1.2. Referencia al Proyecto alternativo alemán de 1966

La accesoriadad mínima no ha sido un modelo por el que el legislador haya demostrado especial interés. No obstante, sí lo tuvo el legislador alemán del *Alternativ-Entwurf* de 1966 (AE a partir de ahora), quien en la redacción de los §§ 28 y 29 AE expresó una clara preferencia por este modelo, derivada tanto de su gramática elemental, como de su fundamentación⁶⁹⁴. El § 28 AE definía al inductor como quien hubiera determinado dolosamente a otro al hecho [*wer vorsätzlich einen anderen zu dessen Tat bestimmt*], equiparando su pena con la del autor. El § 29 AE, por su parte, prescribía que sería castigado como cómplice quien dolosamente hubiera prestado ayuda a otro para la comisión del hecho [*wer vorsätzlich einem anderen zu dessen Tat Hilfe leistet*]. Con esta redacción si bien el AE no establecía necesariamente un sistema de accesoriadad mínima, dejaba abierta la puerta a su construcción, posibilitando la intervención en un hecho no doloso⁶⁹⁵.

⁶⁹³ Desde luego, se subsana esta crítica si se admite una *accesoriadad mínima subjetiva*.

⁶⁹⁴ Véase en detalle *Alternativ-Entwurf, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 67, citado por KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung*, escrito de habilitación, (inédito), 1998, pp. 49 ss., quien realiza un comentario pormenorizado de estos preceptos.

⁶⁹⁵ *Alternativ-Entwurf, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 67, citado por KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung*, escrito de habilitación, (inédito), 1998, p. 51.

En la fundamentación del AE uno de los problemas principales que preocupaba al legislador alemán era el de la intervención de un no cualificado en un delito especial. Se discutía, por ejemplo, el caso del médico inducido, bajo pretexto de que se trata de una información técnica, a revelar un secreto profesional. La accesoriad mínima, se decía, permitía castigar al hombre de atrás con base en los §§ 203, párr. 1, núm. 1, 26 StGB, sin necesidad de admitir una laguna de punibilidad o forzar la autoría mediata de un sujeto no cualificado. Más allá de ello, asumir un hecho típico como referencia de la participación no alcanza para contestar todas las preguntas que plantea la intervención en los delitos especiales⁶⁹⁶. Aquí debería explicarse mejor por qué es suficiente una actuación típica no dolosa para transmitirle al partícipe las cualidades personales del autor cuando aquel de manera individual no puede atacar típicamente el bien jurídico protegido. Nada de esto se hizo en el AE, del mismo modo que se dejaron abiertas diversas preguntas en relación con el fundamento del castigo de la inducción intentada, así como las consecuencias sistemáticas a las que conducía la admisión de una accesoriad mínima en relación con la determinación del comienzo de la tentativa del hecho principal y sus repercusiones en el ámbito de la legítima defensa⁶⁹⁷.

3.1.3. Perforación de la accesoriad mínima en los modelos normológicos imperativistas

La mayor preocupación de los autores que asumen una perspectiva imperativista de la norma de comportamiento es postularla como un instrumento de modificación de la realidad que oriente la actividad de sus destinatarios. Con este fin, se intenta dirigir los mandatos y las prohibiciones a los ciudadanos según sus circunstancias subjetivas —conocimiento de la realización del tipo o de la infracción del deber de cuidado, conocimiento de la prohibición o permisión, imputabilidad, etc.— las cuales se vuelven decisivas para el juicio de injusto, a pesar de que algunas de ellas suelen ser ubicadas en el nivel de la culpabilidad. Se subraya entonces que los deberes de hacer o no hacer solo pueden imponerse si se tienen en cuenta las capacidades y conocimientos del obligado. Expresado de manera sucinta, una visión imperativista de la norma de comportamiento acaba volviéndose incompatible con el concepto de injusto no culpable y, por lo tanto, decanta en la asunción de una antijuridicidad culpable como columna vertebral del sistema dogmático del delito.

Pero de esto me ocuparé en detalle más adelante. Lo que ahora me interesa poner de relieve son las repercusiones de un planteamiento imperativista en la teoría de la intervención, las cuales, naturalmente, derivan en la asunción de un modelo de accesoriad determinado. Frente a lo que se podría pensar inicialmente, el imperativismo no conduce a una accesoriad máxima, por el contrario, se acerca más al paradigma de la accesoriad mínima, aunque superando su molde original. Cuando MOLINA FERNÁNDEZ, por ejemplo, se

⁶⁹⁶ Véase KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung*, escrito de habilitación, (inédito), 1998, pp. 49 ss., con más ejemplos y referencias; EL MISMO, «Die Grundformen beteiligungsdogmatischer Systembildung», *FS-Puppe*, 2011, pp. 622 ss.

⁶⁹⁷ Véase KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung*, escrito de habilitación, (inédito), 1998, pp. 56 ss.

pregunta cómo alcanzar un nivel de evaluación jurídica del hecho que actúe a modo de regla intersubjetiva para los partícipes, no solo abandona la posibilidad de un injusto no culpable y con él la accesoriadad limitada, sino también reduce el hecho principal a su mínima expresión. Para ello tiene en cuenta únicamente su lesividad desde la perspectiva de los bienes jurídicos⁶⁹⁸. Así, distingue entre las circunstancias que permiten afirmar la infracción de una obligación jurídica personal, que es el contenido de la norma directiva de conducta, y las circunstancias que definen la lesividad objetiva del hecho desde la perspectiva de los bienes jurídicos, y que puede tener trascendencia de cara a la intervención de terceros⁶⁹⁹.

Esto implica que el hecho vinculante para los partícipes no es (necesariamente) un hecho antijurídico y doloso en el sentido de la accesoriadad limitada, sino la valoración objetiva de un hecho en tanto norma promulgada en condiciones ideales. Pero dicha idea no coincide con el hecho principal objetivamente típico que postula el modelo de la accesoriadad mínima, ya que el hecho que actúa como regla intersubjetiva y frente al que el partícipe tiene el deber de no adaptarse puede ser tanto de un hecho antijurídico en el sentido habitual de la expresión, como un hecho neutral o incluso un comportamiento jurídicamente correcto o debido, siempre que sea valorado subjetivamente por el interviniente como lesivo para una posición jurídica ajena⁷⁰⁰. Hasta donde alcanzo, el hecho principal que en el plano de la antijuridicidad aparece plasmado en la norma promulgada, en el plano de la sancionabilidad —aunque MOLINA FERNÁNDEZ no se pronuncie sobre ello— acabaría siendo bastante parecido a una condición objetiva de punibilidad *à la* RENZIKOWSKI o, si se prescindiera de él, se alcanzarían resultados muy similares a los propuestos por SANCINETTI, quien también construye su sistema, salvando las distancias, a partir de una norma de conducta subjetivizada. Estos dos últimos autores, lógicamente, también se encuentran enrolados en la corriente imperativista.

No ignorar una perspectiva imperativista es fundamental para avanzar en una normativización de la teoría de la intervención que no descuide la relación individual entre destinatario y norma. Sin embargo, es necesario, a su vez, evitar atomizar la teoría de la intervención. Sobre esta idea ya me he explayado suficientemente: *la participación siempre es en algo mayor*. Que se puede tomar parte en un hecho neutral, permitido o inevitable es correcto solo si se independiza completamente el comportamiento de participación del hecho principal como unidad de sentido. Si el injusto de la participación se identifica con la infracción individual de un deber, entonces desaparece la posibilidad de intervención en el delito. Por esto, si bien se asume esta accesoriadad *menos que mínima* como regla intersubjetiva idónea para orientar la actividad de los ciudadanos, no se deja de lado que, en el momento de la sancionabilidad de la infracción personal de la norma de conducta de la participación,

⁶⁹⁸ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 605 s. Con matices, pero en la misma línea, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 221, véase particularmente nota 106.

⁶⁹⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 494.

⁷⁰⁰ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 27.

el umbral de lesividad necesario para castigar solo se alcanzará si aquella se concreta como un hecho con un determinado significado jurídico-penal.

En este orden de ideas, es imprescindible completar el análisis individual de la antijuridicidad de la participación en el plano de la norma primaria con un análisis especular-colectivo en el plano de la norma secundaria para distribuir responsabilidades de manera justa. Según entiendo, la gran aportación del imperativísimo para la interpretación del principio de accesoriidad es sugerir que *lo mínimo* de la accesoriidad no consiste en su reducción al ámbito objetivo del tipo penal, sino en su identificación desde una perspectiva *ex ante* con la norma promulgada en tanto regla intersubjetiva de lesividad jurídica frente a los terceros. Solo así es posible construir un deber personal de no adaptarse a una configuración actual o potencial de un proyecto delictivo lesivo para las posiciones jurídicas ajenas, y explicar la dinámica de la renuncia del partícipe, la legitimidad de las acciones defensivas que pueden emprenderse contra él, las intervenciones pre-ejecutivas y los preceptos de participación que anticipan la barrera de punibilidad a la tentativa de intervención. No obstante, esto será correcto exclusivamente si se trabaja en el marco del registro prospectivo de la accesoriidad, ya que en el registro retrospectivo habrá de operarse con una perspectiva *ex post* que demandará más accesoriidad.

3.2. Accesoriidad máxima

3.2.1. Concepto, delimitación e implicaciones inmediatas

La accesoriidad máxima postula un hecho principal que para ser *participable* ha de ser culpable. Las bases sobre las que este modelo fue construido se han modificado de manera profunda en el debate actual. En su origen, el legislador alemán tomó como punto de partida el estado de la Ciencia criminal de su tiempo (en la que las categorías de la teoría del delito se encontraban todavía en pleno desarrollo) según el cual al Derecho penal por su elementalidad sistemática solo podía interesarle una acción culpable⁷⁰¹. En consecuencia, a fines del siglo XIX se forjó un sistema de participación —no sin importantes excepciones— que requería una *acción punible* como objeto de referencia idóneo para la actividad de los terceros intervinientes. Esta *hiperaccesoriidad* en la redacción de los preceptos del RStGB fue recortada rápidamente por la doctrina y los tribunales en el sentido de que bastase una acción culpable para apreciar participación.

⁷⁰¹ En el sistema de participación del RStGB se reflejan dos aspectos del Estado de derecho que en aquel entonces impulsaba la burguesía. Por un lado, la tipificación de las conductas prohibidas bajo pena que como manifestación del principio de legalidad permitió delimitar el concepto de autor. Por otro lado, el modelo de accesoriidad máxima subyacente a la idea de que una acción propia solo podía ser apreciada como un acto de autodeterminación individual. Ello implicó tanto asociar al autor con la ejecución del tipo penal, como que el Derecho penal solo se interesara en quienes se expresaran en sus actos como personas libres. Sobre esto, véase KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung*, escrito de habilitación, (inédito), 1998, pp. 59, 60, en especial nota 145; también haciendo referencia a los cambios que experimentó la Ciencia penal alemana en esta época, KÖHLER, *AT*, 1997, pp. 180 ss.; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 72 ss.

Para el modelo de la accesoriedad máxima no solo falta un hecho principal al que pueda acceder el partícipe cuando su ejecución aún no se ha comenzado, sino también cuando este se encuentra justificado o exculpado. No obstante, la causación de un hecho típico justificado o exculpado no permanecía, en general, impune. La figura utilizada para resolver estos supuestos era la de la autoría mediata, la cual liberaba al ejecutor y hacía caer toda la responsabilidad sobre el hombre de atrás que ya no podía ser tratado como partícipe. La figura de la autoría mediata, si bien era un instrumento adecuado para resolver las hipótesis en las que el “hombre de atrás” persuadía o motivaba a un incapaz de culpabilidad, era problemática cuando se trataba de actos de complicidad. Asimismo, se producían dificultades cuando se trataba de delitos de propia mano o delitos especiales ejecutados por un incapaz de culpabilidad en el que intervenía un tercero que no poseía la calidad exigida por la figura penal.

A pesar de estas críticas, en los últimos 30 años la posibilidad de construir un sistema de participación con accesoriedad máxima ha vuelto a colocarse en el centro del debate. Lógicamente, sus defensores utilizan argumentos muy distintos a aquellos que fundamentaron su interpretación hace 150 años. Se trata actualmente de una corriente representada por los partidarios del funcionalismo sistémico con raíces en el pensamiento hegeliano.

3.2.2. Referencia al sistema del RStGB de 1871

Un ejemplo paradigmático de sistema de intervención con accesoriedad máxima fue el atribuido a la regulación positiva del RStGB [*Reichsstrafgesetzbuch*] de 1871⁷⁰². En Alemania hasta 1943 la doctrina interpretó que el Derecho positivo consagraba un principio de accesoriedad máxima⁷⁰³, según el cual el autor debía haber cometido una acción que presentara todos los elementos de la punibilidad prescindiendo de las causas personales de exclusión de la pena y de los presupuestos procesales⁷⁰⁴. Así, por ejemplo, en los círculos

⁷⁰² § 48 StGB (1871)

I. Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Missbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrthums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat. [...]

§ 49 StGB (1871)

I. Als Gehülfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rath oder That wesentlich Hülfe geleistet hat. [...]

⁷⁰³ Véase KÖHLER, *AT*, 1997, p. 502; FRISTER, *AT*, 2015, 25/24 s.; RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, §§ 53/5 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, §§ 61 VII 1 ss.; ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/32 ss.

⁷⁰⁴ Le asiste la razón a RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 53/6 cuando observa que una acción es punible en concreto cuando conduce al castigo, es decir, cuando no concurren causas de exclusión de la pena o impedimentos procesales. En rigor, la letra de los antiguos §§ 48 y 49 StGB conducía a una *hiperaccesoriedad*, para la que no había motivo alguno, siendo la accesoriedad máxima una interpretación más razonable de la letra de aquellos preceptos, pero no forzosa. Por su parte, KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung*, escrito de habilitación, (inédito), 1998, p. 59, notas 140 y 141 explica que los §§ 48 ss. RStGB de 1871 receptan los arts. 59 ss. del Code penale de 1810 a través de los §§ 34 ss. del prStGB de 1851 y que los motivos del legislador plasmados en el borrador del

académicos se rechazaba que un interviniente en el hecho de un menor de edad o un enajenado mental pudiera ser castigado como inductor o cómplice. Esta solución, sin embargo, era apreciada como teóricamente insatisfactoria. El problema, según se pensaba, consistía en que se criminalizaba más de lo deseado, pues la extensión de la accesoriadad máxima significaba proporcionalmente una ampliación del campo de aplicación de la autoría mediata. A la inversa, existían supuestos —por ejemplo, si el agente había realizado solo actos de favorecimiento o si se trataba de un delito especial y no poseía la calidad requerida por el tipo— en los que la ausencia de un injusto culpable dificultaba construir una autoría mediata, siendo inviable una participación, pues faltaba un hecho principal que fuera una *acción punible*⁷⁰⁵.

En consecuencia, de la mano de distintos autores que defendían un modelo limitado de accesoriadad, en el año 1943 un decreto de armonización⁷⁰⁶ del StGB [*Strafrechtsangleichungsverordnung*] reemplazó la expresión *acción punible* [*strafbaren Handlung*] por la de *acción amenazada con pena* [*mit Strafe bedrohten Handlung*], dejando el camino abierto a la construcción de una participación en un hecho típico y antijurídico. Esta interpretación — que en 1975 se confirmaría en la redacción más precisa de “hecho antijurídico” [*rechtswidrige Tat*]— fue articulada con el § 50 I StGB (§ 29 StGB en su formulación actual), según el cual cada interviniente debía ser castigado de acuerdo con su propia culpabilidad sin consideración a la culpabilidad de los otros. Ciertamente, la redacción de 1871 era poco afortunada, sin embargo, estos problemas en la práctica no presentaban la envergadura que la doctrina les atribuía. En rigor, el RG había reconocido que en ciertos casos la minoría de edad era una causal de exclusión de la pena, pero no de la culpabilidad, siendo perfectamente posible, según este correctivo, la participación en el hecho de un menor⁷⁰⁷.

3.2.3. Su defensa por las teorías expresivas de la pena

La distinción entre injusto y culpabilidad no solo se difumina para la teoría de la intervención desde una perspectiva imperativista. En efecto, desde el punto de vista inverso, el de las teorías expresivas de la pena, al desplazarse el foco de atención de la lesividad del comportamiento para los bienes jurídicos hacia el mantenimiento de la norma como modelo de orientación de conductas, la posibilidad de un injusto no culpable también pierde su razón de ser. En un sistema así, interesan aquellas infracciones culpables en tanto manifestaciones de sentido relevantes para poner en tela de juicio la configuración normativa de la sociedad. La antijuridicidad se presenta, entonces, como una instancia que significa una

RStGB, no permiten afirmar sin lugar a dudas que se haya votado un modelo de intervención con accesoriadad máxima.

⁷⁰⁵ Distintos eran los casos de inducción, en tanto la autoría mediata había sido entendida tradicionalmente como un sustituto idóneo para estos casos.

⁷⁰⁶ Sobre cómo influyó en la reforma la necesidad de acercar al Derecho penal del *Reich* el sistema jurídico entonces vigente en la recientemente “anexada” Austria, véase KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung*, escrito de habilitación, (inédito), 1998, pp. 71 s. con más referencias.

⁷⁰⁷ Sobre ello véase con más referencias bibliográficas y citas de jurisprudencia JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 61 VII 1; BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 1975, § 35 III 3 b.

desautorización culpable de la norma. “Toda sistematización previa al escalón del juicio de culpabilidad está configurada sobre la base de conceptos auxiliares cuyo cometido consiste exclusivamente en hacer el concepto de culpabilidad más manejable. Dichas categorías penales no tienen, por consiguiente, más que una función didáctica”⁷⁰⁸. En el marco de este planteamiento, el injusto no culpable acaba siendo una construcción auxiliar.

La intensa normativización del sistema de JAKOBS y sus discípulos los ha conducido a defender un concepto de acción culpable con repercusiones diversas en toda la teoría de la imputación⁷⁰⁹. “No existe impedimento lógico alguno en llamar acción solo al hecho enteramente imputable, es decir, culpable [...] La existencia de una acción de relevancia jurídica sigue dependiendo, en esta solución, de los presupuestos jurídicos de la imputación; la acción se convierte en un concepto que es relativo al sistema de imputación relevante en cada caso”⁷¹⁰. Desde luego, la idea de corte hegeliano que subyace a este planteamiento presenta la ventaja de una acción que no se determina por sus aspectos externos sino por su relación de sentido con la norma, permitiendo una normativización que personaliza al infractor⁷¹¹.

En un Derecho penal de orientación funcional la culpabilidad no ha constituir un cuerpo extraño ni siquiera en los supuestos de pluralidad de intervinientes. Por ello, este enfoque en la teoría de la intervención se traduce en la adscripción al modelo de la accesoriedad máxima. El hecho puede ser ejecutado por un agente que obra en solitario o por un colectivo de personas, pero en ambos casos debe tratarse de personas capaces de expresar un sentido jurídico-penalmente relevante. Solo entonces se apreciará una verdadera intervención, permaneciendo los supuestos de manipulación o adaptación a la naturaleza como casos de propia ejecución. Dicho de otro modo, la participación presupone una acción principal culpable, en contra de lo que sucede cuando se trata de un proceso natural⁷¹². Así, únicamente quien se comporta culpablemente manifiesta un sentido jurídico-penalmente relevante.

Las repercusiones de asumir un concepto de acción culpable son centrales para la teoría de la intervención, al generar una categorización binaria, actuación culpable/no culpable – sentido/naturaleza. La intervención en la conducta de quien obra sin culpabilidad es manipulación de un “fragmento” de naturaleza y, por ende, ejecución del propio hecho⁷¹³.

⁷⁰⁸ JAKOBS, *Sociedad, Norma y persona*, 1996, p. 43.

⁷⁰⁹ Véase JAKOBS, *GA*, 1996, pp. 253 ss. EL MISMO, «Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem», *FS-Welzel*, 1974, pp. 307 ss.; EL MISMO, «El concepto jurídico-penal de acción» en *Revista peruana de Ciencias penales*, 1994, pp. 94 ss.; EL MISMO, *AT*, 1991, 6/1.

⁷¹⁰ JAKOBS, *AT*, 1991, 6/2.

⁷¹¹ Con citas a KANT y HEGEL, JAKOBS, *Sociedad, Norma y persona*, 1996, p. 60, pone de relieve que la comunicación personal solo es posible entre sujetos con capacidad de culpabilidad. Esta es una idea central que se encuentra presente en toda su obra. Sobre los cimientos hegelianos de esta teoría jurídico-penal, véase también LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, 1995, pp. 27 ss.; EL MISMO, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 103 ss., 135 ss.

⁷¹² Véase JAKOBS, *GA*, 1996, p. 254; EL MISMO, *FS-Yamanaka*, 2017, pp. 108 s.

⁷¹³ Véase JAKOBS, «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma» en *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 96.

Conforme con ello, se explica con facilidad que los defensores de la teoría expresiva de la pena defiendan en la intervención delictiva el modelo de la accesoriedad máxima. La “protección de la vigencia de la norma es incompatible con la accesoriedad limitada, puesto que la limitación recorta aquello, que constituye el hecho punible: la lesión de la vigencia de la norma”⁷¹⁴. O sea, la accesoriedad limitada atrofia la culpabilidad reduciéndola a un aditamento externo a la teoría.

En la misma línea, PAWLIK advierte que un fenómeno se puede ver como un acontecimiento de la naturaleza, sujeto a la ley de la causalidad, o como una acción que se origina en la libertad, siendo contradictorio querer tomar varios puntos de vista al mismo tiempo⁷¹⁵. Concluyéndose de manera totalmente coherente, que todos los hechos no libres del ejecutor deberían ser tratados como acciones punibles del que ejerce la influencia, mientras que de inducción solo se podría hablar bajo los presupuestos de una acción culpable e imputable del inducido. De este modo, la participación solo sería posible en la acción real de otro. En otras palabras, el hecho punible, al cual la acción de participación se refiere, debería haberse comenzado culpablemente y donde ello faltara, la contribución del hombre de atrás habría de ser considerada sobre la figura de la autoría mediata⁷¹⁶.

Desde un punto de vista normológico, la propuesta jakobsiana es correcta en el nivel de la norma de sanción; esto ya se advirtió al analizar la dimensión externa de la accesoriedad. La lesión solo puede imputársele al colectivo cuando este actúa como tal, es decir, cuando se autopostula a través de una expresión de sentido relevante. Con otras palabras, la accesoriedad máxima es la opción correcta en el nivel de la norma secundaria. Sin embargo, los defensores de las teorías expresivas de la pena al interesarse únicamente en detectar quienes han de ser castigados para estabilizar la norma infringida, pierden de vista que la accesoriedad interna también cumple una función en el nivel de la norma primaria de la participación. En el registro prospectivo de la accesoriedad, ya no se trata de una expresión de sentido en tanto colectivo que arrolla la posición jurídica de la víctima, sino de una expresión de sentido en tanto individuo que se autopostula como parte de algo *por-venir*.

Que esta actividad individual en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo permanece disociada del colectivo como unidad de sentido es fácilmente comprobable si se hace operativo el principio de autorresponsabilidad y se toma el contenido de injusto de la *fase uno* de la actividad del agente, la cual, puede o no actualizarse típicamente en una actuación culpable del autor. Por lo tanto, el mensaje también debe ser individual, de manera independiente de la producción o no el hecho principal. Tal directiva de conducta solo podrá construirse mediante una accesoriedad que le imprima a la actividad del partícipe un sentido

⁷¹⁴ JAKOBS en *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, p. 96.

⁷¹⁵ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 273 ss.

⁷¹⁶ Lógicamente emparentada con las consideraciones de PAWLIK y JAKOBS se encontraba el pensamiento plasmado en la edición de 1989 del manual de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, quienes al defender un modelo de accesoriedad máxima entendían que, mientras la inducción se presentaba como la *corrupción* del hombre *libre*, la autoría mediata se caracterizaba esencialmente por el *abuso* del hombre *no libre* (MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 7ª ed., 1989, §§ 48/11, 53/100).

de continuación delictiva prohibido proyectado a la actividad de un tercero (el autor) como hipótesis contenida en una norma promulgada. Cuando se ignora que el principio de accesoriadad tiene un papel central en la construcción de la antijuridicidad del partícipe, al mismo tiempo se anula la función de la norma de comportamiento como instrumento preventivo. Desde luego, evitar este error implica trabajar con un doble registro del principio de accesoriadad, el cual no solo ha de diseñarse en su dimensión externa, sino también nutrirse de contenido en su dimensión interna.

3.2.4. Observación

Llegados a este punto surge una contraargumentación obvia, ¿no queda preso este planteamiento del principio de culpabilidad? Si este último impone que cada interviniente ha de responder por su propia culpabilidad, entonces el modelo de accesoriadad máxima sería *ab initio* inviable. La culpabilidad del autor en tanto elemento que no puede ser tomado prestado por el partícipe impediría erigir al injusto culpable como objeto de referencia de la participación. En el ámbito del Derecho positivo alemán se alega a su vez lo prescripto por el § 29 StGB. Con todo, esta objeción es una apariencia y ya fue contestada en su hora por MAYER cuando se le formuló en contra de su teoría del fundamento del injusto de la participación⁷¹⁷. En efecto, “siempre el partícipe fue castigado según su propia culpabilidad y no la del autor”, por lo que la reforma de 1943 confirmó algo que ya era sabido, dejando *en su oscura redacción* abierta la pregunta sobre el verdadero fundamento de la culpabilidad del partícipe⁷¹⁸. “No se trata de responsabilizar al partícipe por una culpabilidad ajena; la culpabilidad del ejecutor solo permite producir un sentido en el que pueda participarse, y no naturaleza, en la cual nadie puede participar, como mucho se puede controlar”⁷¹⁹. Nadie participa en la culpabilidad de otro, la culpabilidad es personal, *leitmotiv* que no pertenece al modelo de la accesoriadad limitada, sino al más amplio entendimiento de la intervención delictiva en tanto instituto dogmático compatible con los principios constitucionales.

Exigir un hecho principal culpable como condición de posibilidad de la participación no contradice el principio de culpabilidad en tanto nadie participa en la culpabilidad de otro. El punto crucial no radica en que el partícipe *acceda* a la culpabilidad del autor, sino en que pueda expresarse junto con él en tanto colectivo. Es impensable poner en duda este razonamiento, por ejemplo, en el ámbito de la coautoría, en donde sería un error hablar de coautores culpables y no culpables, en todo caso se trataría de ejecutores, algunos (co)autores (mediatos) y otros instrumentos. De igual manera ha de procederse en la participación delictiva. Desde el surgimiento del Derecho penal de orientación liberal —y hoy por mandato constitucional— la culpabilidad se concibe de manera personal. Por lo tanto, si bien es cierto que el legislador alemán en 1943 tiene en mente orientar la labor dogmática hacia el modelo

⁷¹⁷ Aunque su tesis sobre la participación en la culpabilidad pueda ser incorrecta debido a otros problemas, véase capítulo I.

⁷¹⁸ Así H. MAYER, *AT*, 1967, p. 156.

⁷¹⁹ JAKOBS, *GA*, 1996, p. 268.

limitado de la accesoriedad, no es menos cierto que la normativa en aquella redacción vigente hasta hoy no excluye un modelo de accesoriedad máxima. En relación con esto último, agregan JAKOBS y PAWLIK que la exigencia de un hecho principal culpable no contradice la letra de los §§ 26 y 27 StGB ya que la intervención en un hecho culpable también es, lógicamente, antijurídica⁷²⁰. La cuestión es todavía más sencilla en otros Códigos penales de la misma tradición jurídica en la que no existe una redacción con tal especificidad.

3.3. Accesoriedad limitada

3.3.1. Concepto, delimitación e implicaciones inmediatas

El objeto de referencia idóneo de la participación punible es, en el marco de la accesoriedad limitada, un hecho típico, doloso y antijurídico. Este edificio teórico, aceptado por la doctrina mayoritaria, descarta tanto los elementos relativos a la culpabilidad del agente como todos los elementos que hacen referencia a las causas de exclusión y levantamiento de la pena o sus presupuestos procesales de aplicación⁷²¹. Si el hecho fue llevado adelante por un ejecutor sin capacidad de culpabilidad, inimputable o al que le era exigible una conducta conforme a Derecho y si concurrieron causales de exclusión de la punibilidad, son cuestiones irrelevantes para el partícipe⁷²². No obstante, la accesoriedad limitada al presuponer, adicionalmente al modelo de la accesoriedad mínima, la antijuridicidad del hecho principal, el autor no puede actuar amparado por una causa de justificación.

Señalan los defensores del sistema de intervención con accesoriedad limitada que con él se resuelve el dilema al que conduciría la exigencia de un hecho principal culpable, consistente en aceptar ciertas lagunas de punibilidad o forzar la aplicación de la figura de la autoría mediata. Esto último se evitaría abstrayendo del hecho principal su *lado interno*, es decir, separando el conocimiento del tipo del conocimiento del injusto. Lo común y accesible sería el injusto, mientras que lo diverso y personal sería la culpabilidad. Considerar la finalidad del agente en orden a la realización del tipo independientemente de si ella fue resultado o no de la libertad actuación del agente fue la idea crucial que caracterizó los esfuerzos de WELZEL por construir un injusto personal en el ámbito de la teoría de la intervención⁷²³. “*Menschliche Handlung ist Ausübung der Zwecktätigkeit. Handlung ist darum ‘finales’, nicht lediglich ‘kausales’*”

⁷²⁰ Véase PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 275, n. 114; JAKOBS, *GA*, 1996, p. 253 ss., 257 ss.; EL MISMO, *AT*, 1991, 23/7.

⁷²¹ La manualística contemporánea es coincidente en este sentido. Entre muchos otros RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, §§ 53/3 ss.; 53/9 ss.; ROXIN, *AT*, 2006, §§ 26/4 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1991, §§ 61 VII 1 ss.

⁷²² Desde luego, la discusión sobre los elementos especiales que fundamentan o modifican la culpabilidad en el ámbito de los delitos especiales es objeto de una viva controversia.

⁷²³ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, §§ 8, 11, 15, 18.

Geschehen”⁷²⁴. Esquema que después sería apuntalado por ARMIN KAUFMANN en la teoría de las normas mediante la distinción entre norma de valoración y norma de determinación⁷²⁵.

Que el hecho típico y antijurídico ha de ser doloso implica el conocimiento de la realización del tipo objetivo y de todos aquellos elementos subjetivos del tipo penal, en caso de existir (intención, tendencia, expresión, etc.). Así pues, no solo cancela el hecho principal como condición de posibilidad de la participación quien actúa en error de tipo⁷²⁶, sino también quien obra sin el específico elemento subjetivo que eventualmente caracteriza a la figura típica. Esta consecuencia sistemática no es menor, pues genera en algunos casos —como el de la errónea suposición del dolo del autor principal— indeseadas lagunas de punibilidad, las que se agudizan al no admitirse la participación en un hecho imprudente. Es objeto de controversia, por otra parte, cómo se resuelve la hipótesis en la que el autor desconoce que se encuentra amparado por una causa de justificación. No solo el StGB descuida estas cuestiones en su pretensión de máxima exhaustividad gramatical, sino que también lo hacen el resto de los ordenamientos jurídico penales y, desde luego, la doctrina que se apresura a asumir este modelo de accesoriedad.

Se subraya que el injusto doloso es el denominador común de la accesoriedad limitada y, a la inversa, que su inexistencia hace decaer la posibilidad de participación. Sin embargo, no está fuera de toda discusión que la comprobación de un injusto doloso permita afirmar la participación punible de los terceros que se adaptan a él, ni que la existencia de un hecho principal justificado resulte suficiente para eximir de pena a todos los intervinientes. El *punto de vista positivo* de la accesoriedad limitada, según el cual la comisión de un hecho principal típico, doloso y antijurídico sería suficiente para responsabilizar al partícipe tambalea, por ejemplo, cuando el autor ignora la concurrencia de una causa de justificación. Este último podría ser castigado por tentativa de delito, pero ello no debería obstar para afirmar la impunidad del partícipe auxiliador que actúa conociendo el contexto permisivo. Dificultades similares se producen cuando el autor realiza un injusto doloso, pero actúa apremiado por una situación de peligro que impide exigirle una conducta conforme a derecho (casos de inexigibilidad). ¿Cuál sería la necesidad de castigar a quien motiva a uno de los naufragos de la tabla de Carnéades para que salve su vida a costa del otro?

Por otro lado, el aparentemente indiscutido *punto de vista negativo* de la accesoriedad limitada, conforme el cual el decaimiento de la antijuridicidad en la persona del autor principal cancelaría la participación de terceros, tampoco se encuentra a salvo de objeciones. Deberían

⁷²⁴ WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, § 8.

⁷²⁵ “Und es läßt sich der Satz aufstellen: Der Gegenstand der Norm ist identisch mit dem Gegenstande eines zugehörigen Werturteils. Diese Identität erkennt auch Binding an: Es ist dieselbe Verhaltensweise, die sowohl ‘rechtsunerträglich’ als auch ‘verboten’ ist oder die einerseits ‘rechtsnotwendig’, anderseits ‘geboten’ ist. Ähnlich formuliert Welzel: ‘in bezug auf die Handlung fallen Bestimmungs- und Bewertungsnorm ‘zusammen’”, KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 75.

⁷²⁶ El resultado sistemático que arroja la fórmula limitada de la accesoriedad es el mismo si el autor actúa en error de tipo invencible o en error de tipo vencible, pues, en este último caso, si existiese una figura imprudente, esta como tal no sería un hecho principal *participable* en tanto no doloso.

proporcionarse razones adicionales para eximir de pena al tercero que le facilita a quien se defiende legítimamente un medio de defensa más lesivo de entre aquellos que tiene a su disposición. De manera correcta, se apreciaría la necesidad racional del medio empleado por el agredido para defenderse y, por ende, la justificación de su conducta, pero no así en el caso del partícipe. En este orden de ideas, al mismo tiempo habría de pensarse en aquella hipótesis en la que el autor se encuentra justificado en tanto le atañe una calidad o función específica que le falta al partícipe, cuestión que nos acerca finalmente al ámbito de los delitos de infracción de un deber. En este ámbito no solo existen problemas para explicar la transmisibilidad de la permisión que se origina en el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho, sino que, a la inversa, existen dificultades para explicar la actuación del *extraneus*.

3.3.2. ¿Convicción dogmática o exigencia de Derecho positivo?

En Alemania la exigencia expresa de un hecho principal típico, doloso y antijurídico en las disposiciones sobre participación del StGB ha conducido a un sistema de intervención con accesoriedad limitada. Tal resultado —ciertamente no forzoso en el plano hermenéutico— estuvo presente en la mente del legislador alemán desde la reforma de 1943, con la que modificó la letra de los §§ 48 I, 49 StGB y sancionó el § 29 StGB. “De modo precipitado, sin tener claras cuáles eran las consecuencias que de ello se derivaban”⁷²⁷ y con “una manifiesta preferencia por fórmulas gráficas”⁷²⁸, se alteró la redacción de los preceptos de la participación “en favor de la no comprobada y muy lábil dependencia limitada”⁷²⁹. El arrojamiento de tal actividad legislativa, sin embargo, no fue suficiente para consolidar el modelo⁷³⁰. Fue así, que recién en 1975 se zanjó la discusión sobre la posibilidad de la participación en un hecho imprudente y se *aclaró* que el hecho principal había de ser antijurídico y doloso [*vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat*]. Al mismo tiempo, se circunscribió el castigo exclusivamente para el cómplice y el inductor que obraran dolosamente.

En el ínterin entre 1943 y 1975 la controversia giró principalmente alrededor de la admisión de la participación en un hecho imprudente. Dado que en esta época dolo e imprudencia no eran concebidos como elementos del tipo, sino como formas de culpabilidad, la jurisprudencia entendió que cada interviniente debía ser penado independientemente del dolo del otro, siendo posible participar en un hecho no doloso.⁷³¹ El pensamiento neokantiano, no obstante, comenzaba a introducir la idea del sentido social de la acción no determinable al margen del dolo o la imprudencia del agente. Las bases para la acogida de un injusto personal se afirmaban y, de la mano de los autores finalistas, su éxito en la Ciencia

⁷²⁷ Así JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 61 VII 1.

⁷²⁸ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 1989, § 53/102.

⁷²⁹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 1989, § 53/92.

⁷³⁰ En esta línea ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, 1973, pp. 306 ss.; VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht* (1930), t. II, 2001, p. 448.

⁷³¹ Con referencias a la jurisprudencia del BGH, FRISTER, *AT*, 2015, 25/25, nota 42; ROXIN, *AT*, 2006, §26/35 nota 39.

penal alemana era inevitable. En este contexto, se subrayó que el renunciar al requisito de un hecho principal doloso iría contra la esencia de la participación y conduciría a diluir los límites de los tipos⁷³². La subordinación a la voluntad del autor principal, que caracterizaba a la participación, solo podría apreciarse cuando este actuase dolosamente. El finalismo se había impuesto, el dolo se había desplazado a la tipicidad y, atento al devenir de su tiempo, el legislador alemán se pronunciaba expresamente sobre la necesidad de requerir el dolo del autor para castigar al partícipe.

El injusto personal impulsado por el desarrollo del neokantismo y concretado por los autores finalistas, no solo influyó en la concepción de la participación que asumió la comisión modificadora del StGB, sino también en el pensamiento de distintos autores extranjeros que decidieron seguir esta tendencia. Así, la accesoriedad limitada como modelo teórico condicionó fuertemente las reflexiones de la doctrina en los países europeos y de América Latina, aunque, en la mayoría de estos casos, no alcanzó a cristalizarse en sus ordenamientos positivos⁷³³. Debido a la influencia de la Ciencia dogmática germana en los sistemas jurídico-penales de la misma tradición jurídica, esta forma de construir la participación se incorporó de manera ligera, sin considerarse suficientemente sus ventajas y desventajas o si era compatible con la legislación en vigor.

Por tomar un ejemplo de Europa y otro de América, el Código penal español (arts. 28 y 29 CP) y el Código penal argentino (arts. 45 y 46 CP), a diferencia del ordenamiento alemán, no hacen una referencia explícita a los requisitos del hecho principal que deben concurrir para que exista participación punible y, sin embargo, en ambos países la accesoriedad limitada es compartida por la opinión mayoritaria. En efecto, en estos cuerpos legales se habla de “hecho” como referencia de la inducción y la complicidad, pero en ningún lugar se detalla cuáles deben ser los presupuestos de aquel. A pesar del esfuerzo de algunos autores para realizar sofisticadas construcciones teóricas para apuntalar gramaticalmente uno u otro modelo⁷³⁴, en rigor, es escaso el valor que puede atribuírseles a la expresión “hecho”⁷³⁵.

Pues bien, a esta altura de la investigación, una conclusión, cuya novedad me interesa menos que su verdad, es que la accesoriedad limitada no es un modelo teórico de adscripción forzosa para ningún ordenamiento jurídico que adopte un sistema de intervención. Por un lado, en Alemania se deja la puerta abierta al modelo de accesoriedad máxima, al mismo tiempo que

⁷³² Crítico FRISTER, *AT*, 2015, 25/25.

⁷³³ Un detallado estudio de Derecho comparado entre los sistemas de participación y los sistemas unitarios de autor en los países escandinavos, Austria y Alemania, con especial referencia al problema del principio de accesoriedad de la participación, en HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht*, 2002, pp. 17 ss., 66 ss.

⁷³⁴ Así MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 15, nm. 36; EL MISMO, «Los términos “delito” y “falta”», *ADPCP*, 1973, pp. 324 ss., 354 ss. En relación con el sistema de accesoriedad en la gramática del Código penal argentino y otros ordenamientos americanos, véase SANCINETTI, «Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte general de los Códigos penales» en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año 7, n° 11, 2001, pp. 113 ss.

⁷³⁵ Así lo entienden también DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, pp. 248 ss., 738 ss.; BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, p. 154.

cláusulas como las del § 30 I StGB permanecen inexploradas en orden a su (poco plausible) compatibilidad con la accesoriadad al injusto doloso. Por otro lado, en el resto de Europa y América Latina, en general los códigos penales suelen hablar de hecho o delito, dejando un amplio margen de interpretación a los juristas. Ser conscientes de este espacio de juego hermenéutico permite apreciar que la accesoriadad limitada, en tanto derivación sistemática del injusto personal welzeliano, fue más un producto de la fe dogmática de la época que de la inevitabilidad de un sistema positivo determinado.

Con todo, esto no significa que el fundamento de una determinada propuesta doctrinal deba derivarse completamente de la actividad político-criminal del legislador que, como ya se ha visto, en nuestro tema puede ser especialmente errática. En un sistema de intervención el principio de accesoriadad no se construye atendiendo exclusivamente a las consideraciones de practicabilidad real o aparente del legislador. La labor dogmática sobre el principio de accesoriadad, aunque no puede renunciar a la letra de la ley, tampoco puede subordinarse completamente a ella. La matriz de las operaciones de interpretación y sistematización debe enraizarse en auténticos parámetros de racionalidad científica, asumiéndose un método que permita alcanzar soluciones comprobables y coherentes dentro de un sistema determinado. El ordenamiento positivo solo ha de servir de frontera al trabajo de nuestra disciplina. En relación con el objeto de esta investigación, se trabaja con las categorías conceptuales propias del método dogmático a la luz de una lectura propia de las funciones atribuidas a la norma jurídica, las cuales se reflejan en la forma y contenido del principio de accesoriadad que se postula.

A continuación, se explica por qué la accesoriadad limitada no convence como instrumento teórico para resolver las cuestiones materiales y sistemáticas que plantea la teoría de la intervención. Mi estrategia argumentativa es doble. Comienzo cuestionando *desde abajo* el concepto de injusto doloso que se erige como bisagra de la teoría del delito, confrontando su rendimiento con las funciones a él atribuidas. Acto seguido, señalo *desde arriba* las soluciones poco satisfactorias que el injusto doloso como objeto de referencia de la participación arroja frente a un grupo de casos adversos. Mi empeño, sin embargo, no es sencillamente cuestionar la accesoriadad limitada demostrando que esta no alcanza sus objetivos, sino proponer un modelo parcialmente divergente que supere la tradicional panorámica de alternativas que maneja la doctrina dominante. La premisa que subyace a mi planteamiento es, ante todo, que la clave para postular un principio de accesoriadad sólido y eficaz se oculta en la distinción entre las funciones atribuidas a la norma jurídica. Pero previo a avanzar en estas cuestiones, me interesa detenerme un momento en un modelo de accesoriadad omitido en la discusión trabada alrededor de nuestro tema.

3.3.3. La accesoriadad al injusto objetivo

Durante el período comprendido entre 1943 y 1975, parte de la doctrina alemana apreció en la regulación del StGB la plausibilidad un modelo de accesoriadad objetiva. En aquel año, al reemplazarse el término *acción punible* [*strafbaren Handlung*] por *acción amenazada con pena* [*mit Strafe bedrohten Handlung*], nada se dijo del aspecto subjetivo del hecho principal o del hecho del partícipe, por lo que se afirmó que bastaba un hecho típico y antijurídico, el que podía

ser imprudente y frente al que también podía construirse una participación imprudente. Favorecía esta interpretación el entonces pensamiento sistemático del dolo y la imprudencia como formas de la culpabilidad, la cual, por disposición del § 50 I StGB era propia de cada interviniente. Este razonamiento condujo a algunos doctrinarios a defender una accesoriadad objetiva, la cual fue relegada al plano de *lege ferenda* después de la reforma de 1975 que requirió un hecho principal antijurídico y doloso en el que solo habría de ser castigado el cómplice o inductor que actuase también dolosamente.

Con todo, una parte de la doctrina reivindica las ventajas del modelo de accesoriadad al injusto objetivo⁷³⁶. Señala que “desde el punto de vista político-criminal y dogmáticamente, lo adecuado sería exigir para la participación solo un hecho principal antijurídico, objetivamente típico. Mediante una regulación tal los límites del tipo quedarían de todos modos preservados”⁷³⁷. En consecuencia, la relación entre la propia conducta del partícipe y el hecho principal habría de reducirse a su aspecto objetivo, consistiendo la dimensión cualitativa de la accesoriadad en una relación objetiva entre conducta y hecho antijurídico⁷³⁸. Una de las ventajas de este planteamiento consiste en expresar sistemáticamente que el aspecto subjetivo del hecho es algo que los intervinientes no pueden tomar prestado. Si la parte subjetiva del ilícito es de carácter personal y, por lo tanto, no accesoria para el interviniente, es lógico que el error tanto sobre la justificación, como sobre la tipicidad objetiva sea una cuestión individual. De allí que se admita la participación en hechos ejecutados en error de tipo, hechos objetivamente antijurídicos, pero justificados desde el punto de vista subjetivo y delitos imprudentes⁷³⁹.

Dicho planteamiento, en contra de lo manifestado por sus representantes, ciertamente puede caracterizarse como una versión refinada de la accesoriadad mínima. Se trata aquí de un perfeccionamiento de la materia de la prohibición a la que se refiere la participación como un tipo total de injusto objetivo desde el punto de vista de la teoría de los elementos negativos del tipo. Si se asume que los elementos del tipo, fundamentadores del injusto, y los elementos de las causas de justificación, excluyentes del injusto, tienen la misma función en tanto solo un análisis complementario de unos y otros permite un juicio definitivo sobre la antijuridicidad del hecho, entonces este tipo global como objeto de referencia de la participación desemboca en una accesoriadad mínima: *la accesoriadad mínima de la teoría de los elementos negativos del tipo*. Esta versión del modelo mínimo de accesoriadad es superadora de

⁷³⁶ En el Derecho penal alemán la suscriben FREUND, *AT*, 2009, §§ 10/14 ss.; FRISTER, *Strafrecht AT*, cap. 25/26. Se muestra favorable a este modelo de *lege ferenda* ROXIN, *AT*, 2006, § 26/35, véase también sus consideraciones en §§ 7/41 ss. En el Derecho penal español lo asume abiertamente ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 220 ss.

⁷³⁷ FRISTER, *AT*, 2015, 25/26.

⁷³⁸ Así ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 221.

⁷³⁹ Véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 223 s. especialmente nota 112, p. 225 nota 116, quien además explica que si el error es objetivamente invencible faltará entonces la tipicidad y no será posible la participación, pero si el error es personalmente invencible este no determina la ausencia de tipo objetivo sino solo de tipo subjetivo, siendo posible, por ende, la participación.

su versión tradicional, puesto que así el tipo deja de funcionar como regla intersubjetiva provisional para pasar a ser definitiva.

Este modelo de accesoriidad frente al modelo de accesoriidad limitada, rinde más en el ámbito de la norma primaria en tanto regla objetiva que permite dotar de contenido a la norma de la participación en el registro prospectivo⁷⁴⁰. En efecto, las normas dirigidas a los partícipes solo pueden ser directivas de conducta efectivas si se tiene en cuenta la lesividad jurídica del comportamiento de los terceros⁷⁴¹. La cercanía entre el modelo de la accesoriidad mínima y el modelo de la accesoriidad objetiva, naturalmente también permite trazar un paralelismo con la accesoriidad sugerida en el marco de las tesis imperativistas. El *tertium comparationis* de estos modelos consiste en erigir la lesividad objetiva proyectada del comportamiento de un tercero en razón para la acción (u omisión) del partícipe.

Es lógico, a su vez, que estos planteamientos compartan el mismo punto débil en el nivel de la norma de sanción, donde no basta un injusto objetivo para captar la lesividad social del hecho que justifica (y determina el *quantum* de) la reacción formal contra el partícipe. En efecto, la dañosidad del hecho principal que en parte le compete al cómplice o al inductor —y que se les imputará como propio— es una mezcla de elementos objetivo-sociales y subjetivo-individuales difíciles de describir y aún más de desentrañar⁷⁴². Es dudoso que sea igualmente lesivo participar de un injusto objetivo que, de un injusto culpable, pues aquel difícilmente puede captar completamente el significado social del comportamiento en cuestión⁷⁴³. Si existe un tramo del hecho que es en parte naturaleza, este podrá ser *apropiado* (autoría mediata) o *desafortunado* (imputación a la desgracia), pero nunca *participado*. No debe ser tratado de modo equivalente quien favorece un hecho realizado en error de prohibición invencible que quien favorece un hecho realizado con pleno conocimiento de la antijuridicidad, en este último caso se tratará de la intervención en un hecho cuya dañosidad social es diferente.

4. Planteamiento general de la discusión sobre el concepto de injusto en el sistema dogmático contemporáneo

Las cuestiones que siguen requieren acotamiento. Por ello, teniendo en cuenta el objetivo de esta investigación, me limitaré a proporcionar algunas razones que explican la fisonomía actual del concepto de delito y sus contradicciones, las que, en una instancia posterior, permitirá abordar con más claridad la crítica al modelo de accesoriidad dominante. Paralelamente iré subrayando ciertas ideas básicas que justifican el propio enfoque.

⁷⁴⁰ Prueba de ello son, por ejemplo, los puntos de contacto que existen entre la postura de ROBLES PLANAS y el planteamiento de MOLINA FERNÁNDEZ. Véase ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 221, nota 106; EL MISMO, «Réplica», *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 358, n. 6.

⁷⁴¹ Aunque en este trabajo se postula que la lesividad no solo ha de ser un hecho objetivamente típico, sino también culpable.

⁷⁴² Así SILVA SÁNCHEZ, «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret*, 3/2014, pp. 3 ss.

⁷⁴³ Así PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 274 nota 106; SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 3/2014, p. 3.

4.1. El modelo tripartito del delito

A fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX, periodo de intensa sistematización dogmática de la teoría del delito, se enfrentaron dos paradigmas. Por un lado, uno de carácter analítico, diseñado en lo esencial por FEUERBACH⁷⁴⁴ y luego desarrollado principalmente por VON LISZT⁷⁴⁵, que postulaba distinguir antijuridicidad y culpabilidad como dos niveles de enjuiciamiento sucesivos para determinar el carácter delictivo de un comportamiento. Por otro lado, uno de carácter sintético, representado por MERKEL⁷⁴⁶ y BINDING⁷⁴⁷, que proponía entender la culpabilidad como un elemento más del injusto⁷⁴⁸. En la tradición de pensamiento romano-germánica, como es sabido, fue el primero de estos modelos el que se impuso como forma de entender el delito. Se crearon así estratos ordenados con diverso contenido material que permitían identificar cuál comportamiento era merecedor de pena y cuál no. El sentido de la tripartición del concepto de delito fue dividir teóricamente la acción punible por medio de categorías formales con el fin de que el juez consiguiera aprehenderlo jurídicamente de modo fidedigno y así comprobar los elementos generales de la punibilidad en el caso individual.

Pero la verdadera bisagra de la teoría del delito residía en la distinción entre injusto y culpabilidad⁷⁴⁹. Tanto en la academia como en la práctica judicial se impuso como modelo de orientación teórico-práctico que el examen de la antijuridicidad debía preceder al de la culpabilidad⁷⁵⁰. El juicio de antijuridicidad formalmente expresaba la ilicitud de un comportamiento que contradecía el ordenamiento jurídico, mientras que materialmente se ocupaba de determinar el grado de lesividad para la posición jurídica protegida; el juicio de culpabilidad, por su parte, hacía posible imputar personalmente el injusto al autor⁷⁵¹. Sobre la necesidad de mantener este par de conceptos como centro del sistema jurídico-penal puede advertirse actualmente un consenso prácticamente unánime. El binomio categorial injusto-

⁷⁴⁴ VON FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, vol. I (1799) y II (1800), citado por MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad y sistema del delito*, 2001, pp. 127 ss., con más referencias.

⁷⁴⁵ VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1914, §§ 26 ss.

⁷⁴⁶ MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, t. I, pp. 42 ss.; EL MISMO, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, §§ 26 ss.

⁷⁴⁷ BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung* (1872), t. I, 1991, pp. 243 ss.

⁷⁴⁸ Sobre los antecedentes históricos de este contrapunto teórico, en profundidad MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 117 ss., 290 ss.

⁷⁴⁹ Con cita a DAHM, «Verbrechen und Tatbestand» en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, 1935, p. 90, explica PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, 2016, pp. 105 s. que “el divorcio entre el tipo y la antijuridicidad puede ‘ser válido como expresión de un saber práctico’. Ahora bien, más allá de esto no tienen ningún significado genuinamente sistemático en la teoría del delito”.

⁷⁵⁰ Véase JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 39 I 1; EL MISMO «Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada», *ADPCP*, 1986, pp. 12 ss.

⁷⁵¹ Así, y sin pretensión de exhaustividad, VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1914, § 36; RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, t. I, 2014, § 24/14 ss.; ROXIN, 2006, *AT*, §§ 7/6 s., 7/23 ss.; MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 20, nm. 1 s.; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 39 II 1; SCHÜNEMANN, «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld» en *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra Symposium für Claus Roxin*, 1995, pp. 149 ss.

culpabilidad se presenta, en consecuencia, como una estructura analítica mínima a la que parece impensable renunciar.

Cuando se habla de antijuridicidad se utiliza este concepto en tres sentidos diversos⁷⁵². Desde una perspectiva puramente formal, se hace referencia a la contradicción del comportamiento del agente con el orden jurídico. En este sentido, antijuridicidad significa infracción de una norma de comportamiento. Ello explica que diversos autores utilicen los términos antijuridicidad y antinormatividad como sinónimos. Desde una perspectiva material, el juicio de antijuridicidad se ocupa de comprobar la lesividad del hecho para las posiciones jurídicas protegidas. Actualmente ya no se examina la lesividad del hecho en un sentido sociológico y pre-jurídico, sino que para su determinación se consideran las concretas disposiciones que integran el ordenamiento jurídico. Un hecho puede ser materialmente antijurídico porque impide el uso y goce del derecho por parte de su titular o porque lo pone en peligro. Por último, es la perspectiva práctica la que ha coadyuvado a la supervivencia de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, principalmente por las funciones que cumple tal distinción en la explicación y análisis del Derecho.

El resultado más útil del modelo tradicional —incluso en la forma bipartita de la teoría de los elementos negativos del tipo— ha sido producto del escalonamiento de los presupuestos de la imputación⁷⁵³. La distinción entre injusto y culpabilidad permitió realizar un tratamiento separado de la cuestión relativa a la contravención de la norma y la sucesiva capacidad de intelección del injusto y de comportarse de acuerdo con ella. Ahora, si bien una estratificación del desarrollo de los presupuestos del delito puede ser de gran ayuda en la *enseñanza del Derecho penal*, lo más trascendente son las consecuencias sistemáticas que se han derivado de ella, permitiendo la supervivencia de la teoría en su forma tripartita como algo más que un mero instrumento didáctico. Desde un punto de vista *metodológico*, antes que todo, la tripartición de la teoría del delito presenta una potencia innegable al momento de problematizar el caso y ofrecer posibilidades de resolverlo de manera generalizada. La traducción de las intuiciones en resultados comprobables científicamente a la luz del Derecho positivo es su capital teórico más valioso. Este significa más seguridad jurídica para el ciudadano-víctima y más garantías para el ciudadano-infractor⁷⁵⁴. Plusvalía que coloca a la teoría del delito en una posición privilegiada frente a la *black box* del modelo anglosajón, que astutamente ha ido asumiendo sus herramientas metodológicas.

Desde un punto de vista *sistemático*, las ventajas del pensamiento analítico se atribuyen principalmente a la distinción entre injusto y culpabilidad, la cual fija un nivel de (dis)valoración previa al juicio de responsabilidad, derivando de él diversas consecuencias

⁷⁵² En lo fundamental sigo el análisis de MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 41 ss., 59 ss.

⁷⁵³ Véase KAUFMANN, «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», *FS-Welzel*, 1974, pp. 391 ss.

⁷⁵⁴ “En el procedimiento penal, el concepto tripartito de delito reside en que los niveles tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se suceden unos a otros en el proceso de obtención de la resolución, con lo cual se posibilita, o al menos se facilita, una jurisprudencia ponderada y contrastable, que garantiza la seguridad jurídica”, JESCHECK, *ADPCP*, 1986, p. 14.

jurídicas. Primero, se afirma que una conducta antijurídica haría nacer un deber de tolerancia frente a las acciones defensivas del Estado o la víctima y terceros en su representación. Por ende, no podría reaccionarse en legítima defensa contra quien actúa justificadamente, aunque sí, por ejemplo, contra un inimputable. Segundo, estrictamente vinculado con esto último, en el ámbito de la responsabilidad por injerencia se subraya que bastaría un comportamiento contrario a Derecho para generar una posición de garantía. Tercero, se atribuye al injusto no culpable la capacidad de desencadenar la imposición de una medida de seguridad. El agente que actúa sin culpabilidad, pero realiza una conducta típica y antijurídica, podría, junto con otros requisitos relativos a la peligrosidad de reiteración delictiva, ser pasible de aquella medida. Cuarto, cabría frente a un injusto no culpable articular un reclamo de responsabilidad civil para indemnizar el daño realizado por el agente, aun cuando este no fuera reprochable jurídico-penalmente. Quinto, la distinción también repercute en los casos de error, resolviéndose de manera diversa la situación de quien desconoce la realización del tipo y la de quien desconoce que la realización del tipo está prohibida. Por último, y en lo que más nos interesa, la conducta antijurídica del autor generaría por diferenciación el modelo limitado de la accesoriedad, derivándose la impunidad de quien interviene en un hecho justificado o atípico⁷⁵⁵.

4.2. Cuestionamiento del injusto no culpable

Frente al acuerdo inicial rápidamente comprobable en la literatura y jurisprudencia mayoritaria en torno a la distinción entre injusto y culpabilidad, existe un sector minoritario pero muy calificado de la doctrina que pone en duda la conveniencia de mantener esta distinción. Expresado de una forma muy sucinta, se señala que, metodológicamente, las bases teóricas sobre las que se erige el injusto personal de corte welzeliano no serían lo suficientemente sólidas⁷⁵⁶, al mismo tiempo que, en el plano sistemático se presentaría como una categoría inidónea para alcanzar aquello que se propone. Esto es, servir como regla de valoración objetiva previo al examen de la culpabilidad para derivar consecuencias jurídicas distintas a la imposición de una pena. Así, la victoria del injusto no culpable en la construcción moderna del concepto de delito ha ido cediendo gradualmente ante lo que algunos autores diagnostican como una incorporación en el injusto de elementos inicialmente ubicados en el plano de la culpabilidad.

Por razones evidentes no me es posible ofrecer una visión completa de la sigilosa revancha del pensamiento sintético por sobre el pensamiento analítico, la cual se precipitó de forma

⁷⁵⁵ Además, se subraya que el pensamiento sistemático penetra en el contexto interno de las diversas normas jurídicas y en su fundamento teleológico, presentándose, a su vez, como guía para la elaboración y desarrollo del Derecho. Sería esta una función político-criminal derivada de la sistemática de la teoría del delito. Así ROXIN, *AT*, 2006, § 7/35.

⁷⁵⁶ Véase FREUND, *AT*, 2009, §§ 3/39, 4/20; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 257 ss.; EL MISMO, «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht» *FS-Otto*, 2007, pp. 133 ss.; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 16 nota 13, 23 s., 60; EL MISMO, *ZStW* 107, 1995, p. 864.

inevitable a partir del desplazamiento del dolo como forma de la culpabilidad [*dolus malus*] al tipo como elemento subjetivo [*dolus naturalis*]. Extendiéndose después a otras circunstancias como la infracción del deber de cuidado en la imprudencia, el conocimiento de la prohibición, la exigibilidad o, incluso según algunos autores la propia imputabilidad⁷⁵⁷. Los primeros argumentos dados en esta línea ya han sido presentados al momento de explicitar la relación existente de las teorías imperativistas con el modelo mínimo de accesoriedad y las teorías expresivas de la pena con el modelo máximo de accesoriedad, respectivamente. Hasta donde alcanzo, ambos puntos de vista coinciden en que no es posible dotar de una base normológica sólida al injusto no culpable, aunque ello no implique abandonar un sistema analítico de exposición, ni perder las ventajas didácticas que se derivan de él.

La resignación frente a la elaboración de una antijuridicidad al margen de la culpabilidad en buena parte se debe a tres razones. La primera razón (1), de carácter metodológico, es proporcionada por los autores imperativistas, quienes advierten que el mantenimiento del injusto no culpable como el centro de la teoría del delito atenta contra la eficacia instrumental de la norma jurídica. Este injusto sería poco personal, pues al ignorar los elementos subjetivos que se ubican en la culpabilidad haría incierta la aprehensión del sentido de la prescripción por su destinatario. La segunda razón (2), también metodológica, es subrayada por los autores cercanos a una concepción expresiva de la pena. Pues, en un sistema funcional únicamente interesa el autor que expresa con su hecho un sentido jurídico-penalmente relevante (culpable). Por ende, el tratamiento del injusto no culpable sería una tarea que excedería a lo estrictamente penal. La tercera razón (3), de carácter sistemático, es compartida en términos generales por ambos puntos de vista: el injusto no culpable no sería apto como criterio previo al examen de la culpabilidad para valorar la situación del autor y de los terceros, en orden a la aplicación de normas y consecuencias jurídicas. Veamos.

1) El primer ataque contra la posibilidad de una antijuridicidad no culpable consiste en que las normas, en tanto instrumentos de modificación de la realidad habrían de contener todos presupuestos que determinan la capacidad de los destinatarios de aprehender y cumplir con lo prescripto. Esta objeción es, en términos generales, una derivación del “argumento del destinatario”. Bajo este título MERKEL formuló una paradoja sumamente perturbadora para la tradicional concepción de la antijuridicidad: los inimputables no podrían cometer hechos antijurídicos en tanto *destinatarios* incapaces de aprehender la directiva de comportamiento contenida en la norma primaria⁷⁵⁸. La norma no tendría un contenido objetivo fijado por quien la emite con independencia de las circunstancias singulares del destinatario. Por lo

⁷⁵⁷ En detalle MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 419 ss.

⁷⁵⁸ “Das Recht lässt sich bezeichnen als ein Inbegriff von Geboten und Verboten rechtlichen Characters, das Unrecht also als eine Verletzung solcher Gebote oder Verbote. Diese Gebote nun wenden sich an den Willen des zurechnungsfähigen Menschen. Folglich kann von einer Verletzung dieser Gebote, d. i. vom Unrechte, nur mit Bezug auf diesen Willen gesprochen werden”, MERKEL, *Kriminalistische Abhandlungen*, 1867, t. I, p. 44. En la misma línea, el primer BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung* (1872), t. I, 1999, p. 243: “Ein rechtliches Verbot oder Gebot als Forderung des vernünftigen Gemeinwillens an der vernünftigen Einzelwillen kann sich nur an solche richten, die jeweilen die Fähigkeit haben ihm zu entsprechen”.

tanto, los deberes de hacer o no hacer solo podrían imponerse si se tienen en cuenta las capacidades y conocimientos del obligado, lo que conduciría a diluir la frontera entre el injusto en tanto contrariedad a la norma y la culpabilidad en tanto imputación personal. La atribución de una función instrumental a la norma de comportamiento sería entonces el primer obstáculo para la construcción de un injusto no culpable.

2) Por otro lado, los partidarios del funcionalismo radical ven la cuestión desde una perspectiva distinta, pero llegan a idéntica conclusión. Aquí no se pone el centro de atención en la lesividad de la acción para los bienes jurídicos protegidos, sino en la capacidad del agente para desautorizar la norma en el plano comunicativo. Al constituir la mayor preocupación la función de la pena como estabilización de las expectativas normativas defraudadas, la dualidad entre antijuridicidad y culpabilidad se licúa: la vigencia de la norma solo puede ser cuestionada por quien se comporta de manera culpable, único agente capaz de desautorizar la norma en tanto modelo de orientación general y reemplazarlo por el suyo propio. En suma, frente a lo dicho hasta aquí puede concluirse que una antijuridicidad no culpable neutralizaría la eficacia instrumental de la norma primaria, al mismo tiempo que desvincularía al comportamiento de su verdadero significado jurídico-penal en la norma secundaria.

3) Por último, en el plano sistemático el injusto no culpable no sería lo suficientemente convincente como nivel objetivo de desvaloración del hecho para extraer consecuencias distintas a la pena. A pesar de que suele subrayarse el potencial de la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad en el dominio práctico, en verdad, el injusto no culpable no es una condición necesaria en la aplicación de normas jurídicas para el autor y los terceros. En relación con las consecuencias individuales que pueden recaer sobre el agente, la situación de incertidumbre sistemática puede apreciarse en diferentes dominios. Por ejemplo, en el plano de la responsabilidad civil, no solo está obligado a compensar las consecuencias de sus actos quien comete un hecho antijurídico, sino también eventualmente quien comete un hecho justificado —piénsese en el perjuicio que puede causar una acción de salvaguarda realizada en estado de necesidad— o quien comete un hecho atípico —responsabilidad objetiva—. Asimismo, últimamente se señala cada vez con mayor énfasis que las medidas de seguridad jurídico-penales podrían abarcar hipótesis de actuación defectuosa que excluyen el dolo o incluso la acción. Por otra parte, la distinción parece pasar a un segundo plano en los casos de error si se trabaja con la teoría estricta del dolo, del mismo modo que se vuelve irrelevante en la responsabilidad por injerencia si se piensa que hoy parte de la literatura sostiene que comportamientos permitidos pueden implicar un riesgo especial generador de una posición de garantía.

Con todo, se señala que es crucial para determinar la existencia de deberes de tolerancia que la situación de necesidad se encuentre justificada o exculpada. Sin embargo, en este dominio el eventual carácter axiológico de la distinción entre injusto y culpabilidad tampoco se afirma

fuera de toda duda⁷⁵⁹. No solo existen contextos de justificación que generan deberes de tolerancia en los que la víctima de la intervención se comporta de acuerdo a Derecho, tales como las diversas hipótesis que pueden enmarcarse en la figura del estado de necesidad, sino que además son objeto de una viva controversia las características que debe presentar el comportamiento que habilita al agredido a reaccionar en legítima defensa⁷⁶⁰. En consecuencia, la antijuridicidad no culpable sería un presupuesto incierto tanto en la aplicación de normas prohibitivas frente a los partícipes –tal como veremos al criticar el modelo de la accesoriedad limitada–, como también en la aplicación de normas permisivas para el autor y los terceros auxiliadores.

De lo anterior resulta que un entendimiento imperativista de la norma de comportamiento y una concepción funcional de la norma de sanción no solo conducen a la misma crítica de la antijuridicidad no culpable, sino que además son articulables en un único planteamiento normológico en el que la culpabilidad acaba emergiendo como auténtico núcleo del injusto. Norma primaria y norma secundaria tienen diversas funciones en la teoría del delito, pero un único fin: evitar menoscabos de las posiciones jurídicas de los ciudadanos. No basta únicamente con prevención, pues la norma puede fallar en tanto directiva de comportamiento, pero tampoco basta solo con sancionar, pues la negación del delito mediante sanción debe repercutir en su observancia fáctica. Con otras palabras, las normas primarias se encargan en lo inmediato de evitar afectaciones indeseadas de las posiciones jurídicas de los ciudadanos, mientras que las normas secundarias lo hacen mediatamente a través de la reafirmación de su vigencia.

Hasta donde alcanzo, la triple línea argumentativa anteriormente expuesta avanza, tanto en el plano metodológico como en el sistemático, en la dirección correcta. Naturalmente, en un tema altamente complejo como es el de la antijuridicidad en el sistema penal, lo único que pretendo señalar es la fragilidad inherente al injusto que subyace a la accesoriedad limitada. Sin perjuicio de examinar más tarde con detenimiento las soluciones a las que conduce este modelo y contrastarlo con el elaborado en esta investigación, ahora solo me gustaría insistir en una sencilla idea: el injusto no culpable es insuficiente tanto para cumplir con las funciones atribuidas a la norma primaria en el momento de orientar el comportamiento de sus destinatarios, así como en el momento de atribuir responsabilidades en la norma secundaria.

4.3. Derivaciones para la teoría de la intervención

⁷⁵⁹ Sobre si puede atribuírsele carácter axiológico a la distinción entre injusto y culpabilidad en este dominio, por razones evidentes no puedo entrar aquí. Otorga una respuesta afirmativa a esta cuestión, SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 1007 ss.; EL MISMO, *InDret*, 3/2014, pp. 2 ss. Sobre el tema, véase también PALERMO, «Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: las tesis del Profesor Silva Sánchez», *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 125 ss.

⁷⁶⁰ No es pacífico que baste una agresión antijurídica para reaccionar en legítima defensa. Modernamente la doctrina tributaria de las premisas jakobsianas se muestra a favor de acotar esta causa de justificación al ámbito de las agresiones culpables. Véase por todos PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 327 ss. (en particular nota 1345).

Tanto quienes asumen una concepción normológica imperativista de la norma de comportamiento como quienes identifican a la norma con una expectativa de comportamiento institucionalizada se pronuncian a favor de una antijuridicidad culpable como centro de gravedad de la teoría de la imputación. Las considerables divergencias que se producen entre ambos puntos de vista, no obstante, residen precisamente en el lugar en el que se pretende concretar el injusto culpable como síntesis metodológica-sistemática. Así, o se lo piensa casi exclusivamente en el nivel de la norma primaria, en tanto directiva de conducta eficaz, o bien, se lo subsume en el nivel de la norma secundaria, en tanto concepto subordinado a la teoría de la imputación y condición de posibilidad de la responsabilidad. ¿Significa esto que ya está todo dicho y al trasladar esta discusión a la teoría de la intervención hay que pronunciarse por alguna de estas alternativas a libro cerrado?

Determinar cómo ha de ser el objeto de referencia de la participación nos enfrenta al problema del grado de realización del hecho principal en el nivel de la norma primaria y en el nivel de la norma secundaria. Esto implica asumir que, si la operación y los presupuestos de la norma de comportamiento y de la norma de sanción son distintos, entonces la fisonomía del hecho principal no habrá de poseer necesariamente las mismas características como criterio rector para regular la actividad de los destinatarios de las normas de la participación, que como criterio de atribución de responsabilidad. En consecuencia, la respuesta a la pregunta formulada en el párrafo anterior es negativa.

Los límites de los esfuerzos realizados para definir una regla de valoración jurídica que establezca los umbrales de antijuridicidad y sancionabilidad de la conducta del partícipe nos colocan en una situación delicada. Si se trata del recurso a la accesoriedad mínima o a la accesoriedad objetiva, se acaba perdiendo de vista que en la norma de sanción es necesario articular las intervenciones de todos los agentes como una unidad de sentido. En la norma secundaria no podrá advertirse completamente el sentido social del hecho si todos los intervinientes no se expresan como un todo capaz de cuestionar la norma. El injusto es una obra colectiva que desborda una accesoriedad que ignora determinados elementos subjetivos que significan ver que el delito le pertenece al actuar libre de quienes integran un colectivo.

Pero, desde otra perspectiva, al recurrir a la accesoriedad máxima *in totum*, si bien se solucionan aquellos problemas en la norma de sanción, se producen problemas en la norma de comportamiento. Si lo único que interesa es el injusto culpable como unidad de sentido entonces la mitad de los problemas de la teoría de la intervención no pueden explicarse satisfactoriamente y así los momentos individuales del *iter criminis* permanecen en la oscuridad. Con esto me refiero a las intervenciones previas a la ejecución y a aquellos preceptos que castigan la participación en grado de tentativa de manera independiente a la realización de un injusto culpable como hecho principal. Lógicamente, a esta altura de la investigación, de más está decir que la accesoriedad limitada no es una salida a esta encrucijada, sino que su eclecticismo la conduce a acumular los defectos de ambos modelos.

Lo que hace de esta situación una cuestión muy problemática es la aparente incompatibilidad metodológica de ambas perspectivas, pues como se ha explicado, las soluciones sistemáticas que se alcanzan con ambos puntos de vista son correctas en la norma primaria y en la norma

secundaria según se trabaje con uno u otro modelo de accesoriadad. Sin embargo, frente a este panorama también se comprobó en el capítulo anterior que es posible la articulación de ambos paradigmas si el problema se afronta haciendo pie en la teoría de las normas. A mi juicio, un avance de gran potencial explicativo es el cuestionar un concepto de antijuridicidad unitario y la invitación a pensar en ella de manera disyuntiva⁷⁶¹. Pero no solo se trata de rechazar un único concepto multifuncional de injusto y así advertir que el injusto que da lugar a una medida de seguridad puede tener una fisonomía diversa al que otorga un derecho de defensa, sino de plantear que, inclusive en un mismo dominio —el de la participación— este injusto puede variar conforme se trate de cumplir con una u otra función.

La doctrina contemporánea, con sus marcadas diferencias, al repensar la teoría del delito en su formulación tradicional se aproxima a un sistema dogmático bipartito asentado en las categorías de la antinormatividad y la sancionabilidad, el cual desborda ampliamente a la tradicional distinción entre injusto y culpabilidad. Respecto a la primera categoría, se trata de comprobar la infracción de una norma de comportamiento. Sin embargo, ello solo sucederá al constatarse una capacidad de motivación mínima en su destinatario. En otras palabras, este ha de poder recibir el mensaje de la norma⁷⁶². En la categoría de la sancionabilidad, por otro lado, se trata de resolver dos cuestiones. La culpabilidad del agente y su punibilidad. Sobre los problemas específicos que se plantean para el principio de culpabilidad en el dominio de la teoría de la intervención ya me pronuncié extensamente en el capítulo anterior. Por su parte, las reflexiones sobre la específica cuestión de la punibilidad de la participación se encontrarán guiadas por la idea de que solo es posible *tomar parte* en un colectivo que se presenta como un actuar libre de todos y cada uno de aquellos que lo integran.

En el siguiente tramo de la investigación se termina de desarrollar el doble registro de la accesoriadad propuesto en el capítulo segundo, ahora en relación con su dimensión interna. Esto significará en el registro prospectivo acentuar la perspectiva normológica *ex ante* para construir una directiva de comportamiento dirigida al partícipe que sea efectiva como instrumento de modificación de la realidad. Empresa que solo podrá realizarse si se asume un concepto de norma individual, pero objetivamente delimitada. La accesoriadad aquí funcionará como una regla de valoración al injusto culpable en tanto proyección de la norma promulgada en el tipo penal. Por otro lado, en el plano de la norma secundaria se terminará de perfilar la dimensión interna del registro retrospectivo de la accesoriadad desde un punto de vista *ex post*. La accesoriadad en este plano operará como regla de valoración del sentido del hecho en tanto infracción (colectiva) real de la norma de conducta.

⁷⁶¹ Con más referencias, véase SILVA SÁNCHEZ, *InDret*, 3/2014, pp. 4 s., en especial notas 16, 20.

⁷⁶² “Por ello, la antinormatividad decae no solo cuando al sujeto le falta la acción, o el dolo y la imprudencia subjetiva, sino también cuando le es psíquicamente imposible conocer el desvalor de su hecho (*ignorantia iuris* psicológicamente invencible) de modo que no puede motivarse por el valor, así como cuando le es imposible psíquicamente sustraerse al impulso delictivo (por falta de madurez, por enfermedad mental, o por el instinto de autoconservación)”, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 683 s.

4.4. Obsolescencia de la accesoriad limitada

Para redimir el modelo limitado de la accesoriad debería contarse con las cartas más altas en el dominio práctico. Es decir, en sus prestaciones sistemáticas como regla de valoración jurídica sustentada en una fundamentación que la dote de una mínima capacidad de generalización y no-contradicción, presentándose a la vez como una opción metodológicamente plausible. Sobre que la accesoriad limitada sea un modelo capaz de cumplir con estas expectativas, ya se han brindado argumentos suficientes que deberían hacer que el lector, al menos, sospechara de ello. Por otro lado, también podría plantearse la pregunta más profunda de si la accesoriad limitada no es víctima de un juego de espejos que impide apreciar su verdadero potencial en la teoría de la intervención. Tal vez de la mano de un audaz giro hermenéutico, podría rescatarse al injusto doloso de su crisis sistemática. Esto, sin embargo, también es poco plausible. Ella no solo ha sido testada durante más de un siglo en la teoría de la intervención, sino que se encuentra desfasada en relación con los avances que ha experimentado la teoría del delito —principalmente en el plano normológico— en los últimos 40 años. En suma, según creo, la supervivencia actual de la accesoriad limitada encuentra su anclaje en un paradigma teórico que tuvo su apogeo en el pasado y que, por su fuerte impronta en el sistema dogmático del delito y en algunos ordenamientos positivos de referencia, aún hoy repercute en su utilización.

La accesoriad limitada es la concreción del injusto personal welzeliano en la teoría de la intervención y su blindaje normológico se corresponde en términos generales con el pacto teórico propuesto por ARMIN KAUFMANN. La norma describe y luego prescribe una conducta delimitada objetivamente que se erige como directiva para sus destinatarios. La antijuridicidad se presenta, en consecuencia, como la contrariedad de la actividad del agente al contenido objetivo de lo prescripto por la norma, mientras que la culpabilidad alude a la desobediencia individual a la norma⁷⁶³. Por ello, el ocaso de este planteamiento se precipitó rápidamente a medida que se descubrían cada vez más fisuras metodológicas y sistemáticas en la distinción entre norma de valoración y norma de determinación.

La crisis del modelo limitado de la accesoriad no solo puede explicarse *desde abajo*, en lo que respecta a la insolvencia del injusto no culpable como bisagra de la teoría del delito, sino también *desde arriba*, en relación con las soluciones poco satisfactorias que arroja frente a un grupo de casos adversos. Estos atraviesan toda la teoría del delito y ponen en duda tanto el indiscutido *punto de vista negativo*, según el cual el decaimiento de la antijuridicidad en la persona del autor principal cancela la eventual participación de terceros, como el *punto de vista positivo* que arroja la conclusión inversa de que la comisión de un hecho principal típico, doloso y antijurídico sería suficiente para afirmar la responsabilidad por participación⁷⁶⁴.

⁷⁶³ Véase en detalle MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 59 ss.

⁷⁶⁴ Y aunque se objetara a esta crítica que, si bien la ausencia de culpabilidad del autor principal no excluye la participación, pero tampoco fuerza su aceptación, entonces ¿cuál es el rendimiento de la accesoriad limitada como concepto práctico para la resolución de los problemas que plantea la intervención delictiva?

No hace falta pensar en hipótesis extravagantes para advertir que no puede asumirse de modo automático una intervención punible en quien se adapta a un injusto doloso ejecutado por un tercero. Ello podría atentar contra la teleología de la participación, por ejemplo, cuando alguien motiva o ayuda a una persona que se encuentra en un estado de necesidad exculpante. A la inversa, no está fuera de discusión que la ausencia de un injusto doloso anule toda posibilidad de participación. Aquí no solo podríamos imaginarnos la situación —*participable* para los defensores radicales de la autonomía del injusto de la participación— del tercero auxiliador que se excede en la defensa frente a un autor que permanece amparado por una causa de justificación, sino también en los casos de suposición errónea del dolo del ejecutor o de tentativa de participación punible en las que no existe injusto doloso principal alguno. A la comprobación de las cuestiones que permanecen abiertas en el modelo limitado de la accesoriedad, a su vez, han de sumarse aquellos vendajes artificiales que se realizan en el ámbito de los delitos de infracción de un deber con el fin de evitar que acabe siendo un principio testimonial.

Así, un manto de incertidumbre cubre estos y otros casos que se analizarán a continuación, en los que se acaba operando intuitivamente, postulando soluciones *ad-hoc*, contradiciendo las premisas previamente asumidas, admitiendo excepciones o, sencillamente, tolerando lagunas de punibilidad. Por ende, el injusto doloso —más allá de la discusión metodológica y sistemática que lo atraviesa en términos generales— en tanto objeto de referencia de la participación es demasiado estrecho, concediéndole al partícipe una ventaja injusta, o demasiado amplio, otorgándole una injusta desventaja. La manta siempre parece quedar corta. Esto, según creo, se debe a que sigue habiendo cosas por decir en el diseño un principio de accesoriedad que haga efectiva la capacidad instrumental de la norma de conducta sin desconocer las particularidades de la punibilidad de la participación en la norma de sanción.

En esta misión el repensar la categoría de la culpabilidad en la teoría de las normas juega un papel fundamental. Por un lado, para indicarle al partícipe cuál es la materia de la prohibición tomando en cuenta sus circunstancias personales, en las que habrán de incluirse tanto el conocimiento de la antijuridicidad como su imputabilidad. Por otro lado, para interpretar cuál es el verdadero sentido de la intervención al momento de aplicar una pena por participación. La intervención ha de concretarse como un efectivo *tomar parte* en algo que emerge como una expresión de sentido aprehensible (no naturalística). Solo un injusto culpable puede dar cuenta del significado social del hecho y con ello valorar completamente su dañosidad social. Esto ha de ser así tanto en los casos de actuación en solitario como en los casos de codelincuencia. Comprobación que fuerza una concepción de la intervención como un injusto colectivo.

Brevemente, el progresivo abandono de un concepto de injusto unitario y no-culpable como columna vertebral del sistema dogmático del delito junto con la acumulación de inconsistencias imposibles de resolver en el seno de su paradigma, ha precipitado la obsolescencia de la accesoriedad limitada. Esta no encuentra su lugar en un sistema del delito que parece inclinarse hacia una bipartición basada en las categorías normológicas de la antinormatividad y la sancionabilidad del comportamiento. En relación con aquella, el injusto doloso es problemático por exceso y por defecto para erigirse como regla de valoración de

la antijuridicidad del comportamiento de los terceros intervinientes; en relación con esta última, es inidónea como criterio general para la aplicación de una pena justa de participación.

5. Fundamentos metodológicos de la propia concepción

5.1. El doble registro de la accesoriadad interna

A esta altura de la investigación queda en claro que la codelincuencia en tanto específica forma de aparición del hecho punible presenta momentos individuales y momentos colectivos. La red teórica desarrollada intenta capturar la función específica del Derecho penal en estos momentos del *iter criminis* a través del principio de accesoriadad. En mi opinión la clave reside precisamente en “no disolver” los antagonismos de la accesoriadad, sino en escenificar un desplazamiento conceptual para percibirlos como tales, y así, reconocerlos en su función a través de la teoría de las normas. Si esto es correcto, quizá estemos en condiciones de cruzar una frontera que suele considerarse como cerrada y descartar la adscripción a un modelo de accesoriadad *in totum*, tal como ha sido planteado el problema hasta ahora.

Pues bien, lo que pretendo es evitar la confusión a la que conduce la atribución de funciones diversas al principio de accesoriadad, trazando una distinción entre ellas y al mismo tiempo relacionándolas unas con otras. La tensión entre la accesoriadad en la norma de comportamiento y la accesoriadad en la norma de sanción es inherente al contenido complejo que la participación intenta designar, ya que su ambigüedad señala tanto un deber de no adaptación a una lesión actual o futura (prescripción) como la existencia de una división del trabajo que fundamenta la pena (imputación). El doble registro de la accesoriadad, en consecuencia, lejos de revelar los límites del concepto propuesto, señala la verdad más íntima de la participación en tanto norma jurídico-penal: prevenir y castigar.

Si se pretende construir un principio de accesoriadad útil para resolver los problemas que plantea la participación como injusto punible, entonces habrá de renunciarse a la unidad de su fisonomía —en cualquiera de sus modelos— tal como ha sido concebida hasta ahora. Tanto el aspecto interno como el aspecto externo del principio de accesoriadad dependen de los presupuestos jurídicos que se exijan en los niveles de la antijuridicidad y la punibilidad de la participación, respectivamente. Tales presupuestos no pueden concebirse como una amalgama inarticulada. Una accesoriadad que permita diseñar el injusto de la participación a partir del principio de autonomía habrá de enfocarse, en primer término, en la relación personal del infractor con la norma como directiva de comportamiento individual. Pero esto no es suficiente. La accesoriadad, en segundo término, también habrá de ser una guía útil para señalar a qué persona ha de castigarse y por cuál título, debiendo entonces centrarse en la obra colectiva como menoscabo de la posición jurídica de la víctima.

Esta doble función del principio de accesoriadad, basada en la distinción normológica apuntada, implica necesariamente que su dimensión interna varíe conforme se encuentre operando como guía para la acción del partícipe o como guía para la imputación. En el primer caso, se trata de proyectar el injusto culpable del hecho principal en la actividad del partícipe

para impedir que esta se concrete en la afectación de una posición jurídica protegida. La accesoriadad, en consecuencia, opera como regla intersubjetiva de abstención individual en tanto comportamiento peligroso. En el segundo caso, debido a que ya no se trata de aseguramiento ante peligros, sino de atribuir responsabilidades, la accesoriadad opera como fundamento de la imputación. Esto es, una regla que posibilita determinar cuándo el partícipe se ha expresado en el colectivo [*e pluribus unum*].

En lo que sigue, se concretan estas ideas —basada en el doble registro ya introducido en el capítulo II— en la dimensión interna del principio de accesoriadad, con el objetivo de presentarlo como una estructura dogmática idónea para cumplir con las funciones de prevención y sanción asignadas al Derecho penal.

5.2. Contracción de la accesoriadad en el registro prospectivo

La base del planteamiento imperativista que se adopta en lo sucesivo distingue, por un lado, el desvalor material del hecho reflejado en el contenido de la norma emitida en condiciones ideales de cara a terceros y, por otro lado, la infracción real de la norma de conducta⁷⁶⁵. Si se pone atención en esta idea, se advierte un estricto paralelismo con cada uno de los registros que constituyen el principio de accesoriadad de la participación. En lo que ahora interesa, el registro prospectivo —especialmente idóneo para captar la teleología de la participación en las intervenciones pre-ejecutivas y las cláusulas que castigan la participación en grado de tentativa— el hecho principal existe, pero se presenta como una valoración jurídica traducida en la norma promulgada con efectos generales e intersubjetivos.

La dimensión interna de la accesoriadad en su registro prospectivo equivale a la realidad recortada del injusto culpable como valoración proyectada. Este injusto se configura según los conocimientos personales del partícipe y en él se manifiesta la desautorización de una norma de conducta —“aquel ‘otro’ ejecuta(rá) un homicidio, no te conciertes”— o, dicho en jakobsiano, la defraudación de una expectativa de conducta institucionalizada. Como tal es un límite a la libertad del agente prescribiéndole omitir o realizar una conducta determinada, de manera completamente independiente a la comprobación *ex post* de la infracción real de la norma de comportamiento dirigida al autor. Aquí se trata de identificar al hecho en función de su lesividad para las posiciones jurídicas de los ciudadanos y orientar la actividad del destinatario de la norma de la participación hacia la abstención.

En el plano *ex ante* de la norma primaria de la participación, el desvalor material del hecho principal no ha de corresponderse con una relación normativa completa del ejecutor con la norma jurídica (accesoriadad máxima). Que esto sea así en el nivel de la norma de sanción, no prejuzga sobre cómo ha de configurarse en el nivel de la norma de comportamiento. Así, en el registro prospectivo se trata de una accesoriadad al contenido de una norma emitida en condiciones ideales de cara a terceros. Este planteamiento considera el desvalor material de un hecho desde la perspectiva del ordenamiento jurídico que prohíbe a los intervinientes

⁷⁶⁵ En profundidad MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 27, 609.

adaptarse a él. Se opone así la lesividad del hecho proyectado como guía para la acción del partícipe (nivel de la antijuridicidad) a la infracción culpable de la norma real en el marco de una relación normativa completa (nivel de la punibilidad)⁷⁶⁶.

De este modo, en nada cambia la antijuridicidad del comportamiento del interviniente que el hecho principal *ex ante* subjetivamente lesivo para él en tanto destinatario de la norma primaria, *ex post* acabe siendo un comportamiento antijurídico en el sentido habitual de la expresión, un hecho neutral o incluso un comportamiento jurídicamente correcto o debido. Imagínese a quien facilita un arma de fuego a un tercero que se dispone a atracar a su enemigo. En el momento en el que realiza esta conducta infringe la norma de la participación adaptándose al hecho principal, siendo intrascendente que después se compruebe que en realidad se trataba de un agente encubierto decidido a evitar el robo o sencillamente de una actuación de *performance art*. Desde luego, según el punto de vista que se asume en este trabajo, en el nivel de la punibilidad no bastará para castigar al partícipe con comprobar que el agente le facilitó (en error) el arma a un policía o un artista. Si bien ello en nada modificará la antijuridicidad de la conducta del partícipe, si influirá en la existencia o no de necesidad de recurrir a una pena de la participación⁷⁶⁷.

La infracción de la norma de la participación se produce cuando el inductor o el cómplice pierde el control sobre su motivación/aportación, la cual, según sus conocimientos personales, se dirige a aumentar el riesgo de lesión de una posición jurídica protegida. Se trata de una *norma de conducta individual objetivamente delimitada*⁷⁶⁸. Como tal, orienta al agente conforme sus conocimientos personales definidos por su específico rol social. La accesoriadad a la norma promulgada como regla intersubjetiva individual solo puede operar como instrumento de prevención si se construye tomando en consideración los conocimientos particulares del agente. Esto tendrá importantes consecuencias sistemáticas, pues un mismo hecho podrá ser para un interviniente un objeto de referencia idóneo de la participación y para otro interviniente no.

Dicho de otro modo, en el registro prospectivo la accesoriadad es *menos que mínima*⁷⁶⁹ y se presenta como un nivel de valoración objetiva del hecho principal proyectado de cara a los partícipes. El objeto de referencia de la participación es un injusto culpable en tanto infracción de una norma promulgada en condiciones ideales a la que el partícipe tiene el deber de no acoplarse. Esta idea casa perfectamente con una fundamentación autónoma del injusto de la participación, en tanto no es necesario esperar al comienzo de la ejecución para

⁷⁶⁶ Así MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 27.

⁷⁶⁷ Naturalmente, puede entrar en consideración otra figura delictiva autónoma a título de autoría individual.

⁷⁶⁸ Individual, en tanto dirigida al destinatario conforme sus circunstancias; objetivizada, en tanto diseñada según el específico rol social.

⁷⁶⁹ Con ello me refiero a que, si bien el hecho al que proyecta su actividad el interviniente ha de ser un injusto culpable en el nivel de la norma primaria, posteriormente, en el nivel de la norma secundaria si se comprobara que en verdad se trataba de un hecho atípico, ello no repercutiría en la valoración del comportamiento que continuaría siendo antijurídico. Así, una accesoriadad de esta índole es *menos que mínima*, si se la compara con el modelo accesoriadad mínima.

afirmar que el agente tiene (e infringe) el deber de no participar, con consecuencias precisas diferentes a la pena. En el nivel de la norma primaria el juicio de antijuridicidad es estrictamente individual. Lógicamente, las cosas son distintas en el nivel de la norma de sanción cuando se trata de determinar si una conducta antijurídica ha de ser refutada mediante pena. Allí habrá de operarse con una perspectiva *ex post*: solo podrá responsabilizarse a quienes *hicieron* posible el hecho, es decir, a quienes les pertenece el delito como expresión de sentido relevante. Por ende, será necesaria una accesoriadad máxima.

5.3. *E pluribus unum*: la accesoriadad máxima en el registro retrospectivo

Cuando un niño construye una casa con bloques de plástico y luego la desarma colocando las piezas nuevamente en la caja, es probable que al preguntarle “dónde está la casa”, él responda “dentro de la caja”. Sin embargo, esta respuesta es errónea. En la caja solo hay piezas mezcladas, ellas podrían convertirse en una nave espacial o en un tren. La casa era una construcción de sentido, un acuerdo. Y este acuerdo cuando se deshace no permanece en la caja ni va a ningún lugar, simplemente desaparece. Con la participación sucede algo similar. Aunque la actividad del partícipe considerada en su momento individual tiene un significado recortado respecto a un objeto de referencia potencial, la suma inarticulada de esos “actuares” no equivale al concepto perfecto con el que se asimila su unidad, en tanto construcción de sentido. Esta idea ya fue anticipada al advertir que las teorías radicales del fundamento autónomo de la participación nos acercan peligrosamente a la falacia de composición: el todo no es igual a la suma de las partes⁷⁷⁰. Si no se quiere caer en esta trampa, en la norma de sanción, donde se trata de imputar y distribuir responsabilidades, se habrá de trabajar con una accesoriadad máxima.

Si el sentido del hecho colectivo no es igual al resultado de la adición aritmética de las intervenciones individuales, del mismo modo que la casa construida con bloques de plástico no es equivalente a la suma de ellos en la caja, entonces no es posible *responsabilizar* como partícipe al agente tomando como única referencia lo que hace y deja de hacer de propia mano. En otras palabras, no puede reaccionarse frente a su comportamiento teniendo exclusivamente en cuenta su relación individual con la norma de comportamiento, en tanto allí no hay nada en común (aún) con el resto de las prestaciones individualmente consideradas. La intervención se desintegraría, pasando a ser algo similar a una autoría paralela. Pero tampoco alcanza en la norma de sanción con una accesoriadad objetiva, ella no permite afirmar que existe una obra colectiva como expresión de sentido. No basta con compartir el lado objetivo del hecho, sino que se hace imprescindible además compartir el hecho en tanto comunicación hostil al modelo de conducta institucionalizado. Por ello, en el

⁷⁷⁰ En efecto, detrás de esta idea se esconde una concepción *cubista* de la participación, en la que se pasa de la reflexión sobre el objeto representado como totalidad (el referente) a una reflexión sobre el soporte mismo de la representación (las partes), lo que implica resignar el hecho principal a favor de las aportaciones individualmente consideradas.

nivel de la punibilidad, donde se procura enlazar la actividad de los distintos intervinientes en una unidad de sentido con significado social, la accesoriedad no podrá ser, sino máxima.

Pero a esta conclusión no solo conduce una fundamentación del injusto de la participación como obra común, sino también el entendimiento de la diferencia entre autoría y participación como no determinable de manera cualitativa en tanto estricta manifestación fenomenológica. Ella acaba siendo, en rigor, una tarea de calificación *ex post* que pondera la cuota-parte de cada interviniente en el injusto colectivo. Por lo tanto, esta distribución de competencias solo podrá llevarse a cabo entre personas con capacidad de culpabilidad, esto es, de *hacerse responsables por una parte del hecho*. En el nivel de la norma de sanción solo se revelan merecedoras de pena aquellas conductas que significan *tomar parte* en un proyecto que tiene el significado de un cuestionamiento de la norma con división de tareas como unidad de sentido.

Pueden expresar un sentido relevante —y dividirse el trabajo!— exclusivamente quienes obran con capacidad de culpabilidad. Cuando esto suceda entre agentes que actúan en un plano de desigualdad hablaremos de participación y cuando suceda entre agentes que actúan en un plano de igualdad hablaremos de coautoría. Si en un colectivo de intervinientes existe un déficit de responsabilidad de alguno de ellos —imaginemos a un enfermo mental, un niño o a quien actúa coaccionado— su obrar podrá ser reconducido a un tercero mediante la figura de la autoría mediata, pero nunca formar parte de “lo común” en tanto expresión de sentido jurídico-penal. La incapacidad de culpabilidad del autor en el registro retrospectivo pone en evidencia que la aparente defraudación de una expectativa normativa consistió, en rigor, en la defraudación de una expectativa cognitiva⁷⁷¹. En el nivel de la norma de sanción, por ende, no puede explicarse la actividad del agente incapaz de culpabilidad como un tomar parte, pues no se trata de “un igual”.

En los casos de división del trabajo con ejecución del hecho fraccionada, en la norma de sanción interesa que las aportaciones individuales se integren unas con otras y sean comunicadas como un suceso perfecto. Mientras que el objeto de referencia de la antijuridicidad de la participación es la propia intervención proyectada al hecho principal, en la norma de sanción ya no se trata de la cuota individual en el hecho, sino de su real concreción mancomunada. Solo será necesaria una reacción formal mediante pena (de participación) cuando todos los intervinientes sean competentes en tanto colectivo, pero a algunos les corresponda una cuota de responsabilidad menor. Del mismo modo que no se puede concebir una coautoría si algunos de los ejecutores actúan culpablemente y otros no, tampoco puede hacerse con la participación.

Un agente únicamente puede *tomar parte* de algo que se encuentra a su disposición como actuar de otro agente libre. No existe división de tareas posible con la naturaleza. Esta no puede ser compartida ni el agente puede expresarse junto con ella. La naturaleza se domina (autoría, coautoría y autoría mediata) o domina (fuerza física irresistible, error de tipo

⁷⁷¹ JAKOBS, «El principio de culpabilidad», *ADPCP*, 1992, pp. 371 ss.

invencible, estado de necesidad, etc.)⁷⁷². Esta premisa de corte hegeliano, explicitada con precisión por los representantes del funcionalismo sistémico, ya ha quedado clara. Me interesa más la comprobación ordenada de su verdad y justicia en la resolución de casos concretos que su novedad en el nivel de la sancionabilidad. El verdadero giro de mi planteamiento consiste en su articulación con el registro prospectivo de la accesoriidad a la norma como promulgación en el nivel de la antinormatividad.

Este análisis más detenido del principio de accesoriidad enseña que ha de distinguirse el injusto culpable que proyecta la norma primaria del injusto culpable que comprueba la norma secundaria. Si bien aquel injusto es suficiente como razón para la acción no lo es como razón para la imputación. De esta distinción se derivan consecuencias centrales: una accesoriidad al injusto culpable como desvalor material del hecho de cara a terceros permite explicar sin esfuerzos la intervención pre-ejecutiva, la participación en cadena y las normas que adelantan la barrera de punibilidad antes de la realización típica; mientras que la accesoriidad máxima en la norma de sanción abre el camino para la aplicación de una pena de participación justa, esto es, únicamente en aquellos casos en los que el cómplice o el inductor hayan *tomado parte* en una expresión de sentido relevante. Esta formulación, que puede parecer extraña a primera vista, pierde todo lo que de extraño presenta cuando se piensa que se trata de concretar —en este tema— algo que ya es sabido: no existe un concepto unitario y multifuncional de injusto para toda la teoría del delito. En el registro retrospectivo no se trata de un hecho principal proyectado que desde delante le indica al partícipe por dónde ha de transitar, sino que se presenta desde una perspectiva *ex post* como una comprobación de la modificación real de la posición jurídica del ciudadano. Por ende, en el plano de la norma de sanción la accesoriidad es máxima, requiriéndose un hecho culpable en el que la naturaleza como factor explicativo del acontecimiento nada tenga que decir.

5.4. Rendimiento práctico de la distinción en casos de asimetría

Ambos registros prospectivo y retrospectivo, en su unidad indivisa, comprueban que la infracción culpable de la norma primaria ha alcanzado un umbral de lesividad que requiere ser refutado, en tanto expresión de sentido relevante, a través de una pena. Pues bien, ¿qué sucede cuando se produce una asimetría en la operatoria de ambos registros? En el capítulo anterior se advirtió que una de las consecuencias sistemáticas más importante que se deriva del injusto de la participación, antes de alcanzar el umbral de lesividad necesario requerido en la norma de sanción, es el deber de tolerar la frustración del proceso ejecutivo. Aquí reside

⁷⁷² En el registro retrospectivo la comprobación de que el autor actuó neutralmente, en error de tipo, justificadamente, en una situación de inexigibilidad, inimputabilidad, etc. no basta para afirmar que el interviniente —con su conducta antijurídica— tomó parte del hecho como unidad de sentido. En estos casos, si el hecho se explica por un error o contexto permisivo atribuible a la desgracia o el azar, no se podrá “tomar parte”. Pues la actuación del agente se explica *en parte* debido a algo que está fuera del control del agente, algo que no es *participable*. Si ese defecto, por el contrario, fuera competencia de un tercero, podrá participarse en su hecho, en tanto sujeto que obra con capacidad de culpabilidad, pero no del hecho del instrumento.

uno de los puntos cruciales de la investigación: determinar cómo ha de valorarse un injusto todavía no punible por no haberse actualizado típicamente en la actuación culpable del ejecutor.

Los casos de asimetría entre ambos registros son fáciles de resolver y posibilitan realizar atribuciones de responsabilidad en los casos más difíciles. Siempre que se infrinja la norma de comportamiento de la participación en tanto prohibición de adaptación a una actividad que se presenta como realización actual o futura de una norma promulgada, el partícipe habrá realizado —conforme los criterios expuestos— una conducta antijurídica en el nivel de la norma primaria. Ello le implicará no solo colocarse por injerencia en una posición de garantía acotada a evitar la actualización típica de su intervención, sino también deberes de tolerancia frente a la intervención del Estado o de la víctima en su representación y, eventualmente, una pena en aquellos casos en los que se trate de *participación en grado de tentativa*⁷⁷³ en delitos graves. Asimismo, podrá concurrir idealmente un reproche a título de autoría imprudente en relación con el resultado no abarcado por el dolo de participación en tanto no activación evitable de un conocimiento relevante.

Esto sucede, aunque el injusto de la participación no se actualice típicamente, lo que puede deberse a múltiples circunstancias. En primer lugar, debido a la inactividad del autor en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo. El partícipe hizo todo lo que estaba a su cargo, pero quien debía impulsar el hecho hacia el estadio ejecutivo no sale a escena. En segundo lugar, puede ocurrir que el ejecutor sí salga a escena —o sencillamente se trate de un contexto delictivo actual en el que ya se encuentra actuando— pero que al hacerlo no se exprese como un agente libre. Esto es, actúe sin capacidad de culpabilidad, padezca un error invencible de tipo o de prohibición, se encuentre apremiado por una situación de necesidad, etc. que no es reconducible al interviniente. Sobre esta panorámica de posibilidades, se entra en detalle en el siguiente tramo de la investigación. Cuando el agente se autopostule como partícipe expresándose individualmente, pero como tal no alcance a articularse con el resto del colectivo que ha sido artífice de la lesión de la posición jurídica protegida, entonces se tratará de una participación en grado de tentativa⁷⁷⁴. Solo la perfecta unidad de la expresión de la voluntad individual en la expresión de la voluntad general amerita una pena de participación —o coautoría—. Pues solo en estos casos de completa congruencia entre lo individual y lo colectivo es posible afirmar que el hecho *ex ante apropiable, ex post ha sido apropiado*. Naturalmente, debe explorarse con especial atención las consecuencias del juego de ambos registros del principio de accesoriadad en los delitos de infracción de un deber, pues no está

⁷⁷³ Entiendo que la expresión *participación en grado de tentativa* es más que un matiz, pues da cuenta de que el injusto del partícipe nace en el momento en el que el agente exterioriza de modo relevante una actividad peligrosa y hostil al Derecho, aunque luego esta no se refleje en el resultado.

⁷⁷⁴ “La tentativa de intervención se define entonces como la infracción de una norma de conducta personal derivada de la norma de valoración común de un hecho proyectado”, ROBLES PLANAS, *InDret*, 2/2012, p. 5. Proyección que, según la perspectiva defendida en este trabajo, ha de consistir en la realización de un injusto culpable.

fuera de toda discusión que en este ámbito los *extranei* puedan junto con los *intranei* convertirse “en uno”.

6. Consecuencias sistemáticas

A continuación, se despliega *desde arriba* el segundo tramo de la argumentación propuesta, examinando de qué modo el modelo limitado de la accesoriedad es insatisfactorio para resolver un grupo de casos especialmente problemáticos. A la par, de manera transversal a la teoría del delito, pondré a prueba mi tesis de un doble registro de la accesoriedad como modelo analítico dual de la antijuridicidad y la punibilidad de la participación respectivamente.

6.1. Nivel de la tipicidad objetiva

6.1.1. El tipo objetivo de la participación

De las premisas asumidas en el curso de esta investigación se desprenden los siguientes elementos del tipo objetivo de la participación: 1) *un partícipe* que idóneo para menoscabar la posición jurídica de la víctima⁷⁷⁵; 2) *una acción/omisión de inducción o cooperación* que exceda el riesgo permitido y se dirija a hacer nacer, modificar o reforzar la resolución delictiva del autor o a crear las condiciones materiales para la ejecución; 3) *un objeto de referencia la participación* que en el nivel de la antijuridicidad es un injusto culpable proyectado que infringe la norma promulgada en condiciones ideales y en el nivel de la sancionabilidad es un injusto culpable en tanto relación comunicativa completa de todos los intervinientes; 4) *una relación de imputación objetiva* entre el comportamiento de participación y su actualización típica a manos del ejecutor⁷⁷⁶.

6.1.2. La denominada “participación sin autor”

No contribuye al daño que causa una sequía a la cosecha del vecino, quien coloca en el terreno lindante docenas de deshumidificadores eléctricos. Tampoco participa en el ahogamiento provocado por una inundación quien vacía un tanque de agua en la naciente del río. Se trata sencillamente de conductas carentes de significado delictivo por no producir

⁷⁷⁵ Así, el heredero verdadero que sin sospechar serlo interviene auxiliando en un hurto contra los presuntos herederos, podrá a lo sumo infringir en el nivel de la antijuridicidad la norma individual que le impide adaptarse a un proyecto delictivo, pero no se necesitará una pena en el nivel de la punibilidad para refutar su hecho. Este es un caso de error (que fundamenta la participación en grado de tentativa); el heredero objetivamente no es idóneo para atentar contra su propiedad. El mismo escenario, *mutatis mutandis*, se aprecia en la intervención del *extraneus* en los delitos de infracción de un deber.

⁷⁷⁶ La literatura exige una relación de causalidad entre la acción del partícipe y la actualización típica a manos del autor. Sin embargo, la jurisprudencia, orientada por razones prácticas, entiende que es suficiente con que el hecho principal haya sido favorecido de cualquier manera, aún cuando la aportación o motivación no haya sido causal respecto del resultado. Un tema altamente discutido en el que aquí no puede entrarse.

un aumento relevante del riesgo jurídico-penalmente prohibido. Sin embargo, al modificar estos ejemplos y superar el umbral de lo absurdo, emergen hipótesis con especial interés. Imagínese ahora a quien

[Caso 18] riega con aceite las llamas generadas por una catástrofe natural que incendian una casa⁷⁷⁷.

En supuestos como este, el agente se relaciona directamente con la naturaleza, pero no configura del todo su curva destructora y, al mismo tiempo, tampoco permanece neutral frente a ella. Se trata de contribuciones materiales a hechos no originados por el hombre que no alcanzan a determinarlos completamente en cuanto tales. Lo que hace de estos casos algo problemático es que, por un lado, la imputación a título de autoría inicialmente parece ser demasiado, pues la desgracia fenomenológicamente no es redireccionable al agente como su propia obra. Por otro lado, la construcción de una participación, basada en el efectivo aumento del riesgo de lesión que produce la acción de favorecimiento, se refiere a un hecho de la naturaleza. La automaticidad de la autoría, la imposibilidad de la participación y la aceptación de la impunidad⁷⁷⁸, todas, son opciones que exigen una explicación adicional.

Reflexionando sobre estas cuestiones, LÜDERSSEN rechazaba que todos los casos de actuación única debieran ser considerados casos de autoría individual⁷⁷⁹. Así, en el ámbito de los delitos de omisión, objetaba el tradicional entendimiento de que una posición de garante de un rango inferior, cuando faltaba un sujeto actuante, condujera a la autoría. Esta solución de autor unitaria en los delitos de omisión —hoy ampliamente superada por la doctrina— era diagnosticada como incorrecta, pues, si bien frecuentemente estos casos eran hipótesis de autoría, podía suceder que la posición de garante fuera de rango menor, correspondiéndose la omisión del agente con una participación, y siendo la pena de la autoría inmerecida⁷⁸⁰. Así, este omitente debía ser considerado partícipe, incluso cuando no existiera autor principal. Esta idea llevó a LÜDERSSEN a explorar una constelación de casos que denominó “intervención sin autor”⁷⁸¹. Pero para entender mejor esta constelación de casos, volvamos al dominio de los delitos de comisión.

El protagonista del caso 18 realiza una aportación para la realización del resultado, el incendio de la casa, aumentando el riesgo para la posición jurídica protegida. Sin embargo, como el

⁷⁷⁷ Ejemplo propuesto por LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 189.

⁷⁷⁸ En la doctrina española LUZÓN PEÑA, *Estudios penales*, 1991, pp. 222 s. a partir del criterio del dominio del hecho rechaza tanto la autoría como la participación de aquel sujeto que, contemplando como un tercero está atacado por un perro que lo muerde en la pierna, no solo no lo socorre sino que le sube el pantalón para que el animal pueda herirlo más fácilmente: “A pesar de su intervención de propia mano en el curso del suceso A no es, en mi opinión, autor de la lesión de B (pues A no determina ni domina, sino que solo facilita el ataque del animal autónomo y determinante del resultado), y tampoco existe participación en un hecho punible”.

⁷⁷⁹ LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 189 ss.

⁷⁸⁰ LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 191 le reprochaba a ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2015, § 38 IV 5 —quien pretendía resolver este problema en el plano de la omisión recurriendo a la autoría y haciendo uso de la posibilidad de aminoramiento general que contempla el StGB para la realización de los tipos a través de omisión—, que este proceder era una analogía *in malam partem*.

⁷⁸¹ LÜDERSSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, pp. 189 ss.

agente no provocó el fuego —acaso originado por un rayo— no es disparatado pensar que su responsabilidad es objetivamente menos intensa que si hubiese hecho nacer las llamas con una caja de cerillas. Teniendo presente esto, la pregunta consiste en si dicho matiz ha de traducirse en un tratamiento diferenciado del título de la intervención, es decir, si ha de ser considerado partícipe a pesar de no existir un hecho principal de autor o, si se trata de una autoría que amerita en el mejor de los casos una reacción menos drástica en el ámbito de la determinación de la pena.

Acreditado que el fuego fue encendido por un tercero con el fin de destruir la casa, llevaría a la doctrina mayoritaria a valorar como participación la conducta de quien pasa por el lugar y, al advertir que es la casa de su enemigo, arroja a las llamas el bidón de aceite que lleva consigo. Pero en el caso bajo análisis *el artífice* del incendio es la naturaleza, por ende, a la inversa, la opinión general se pronunciaría por castigar a aquel como autor. Expresado más gráficamente: A impulsa X [ejecutado por B], entonces A es partícipe; A impulsa X [catástrofe natural], entonces A es autor. La aportación de A inicialmente parece ser equivalente en ambas hipótesis, del mismo modo que lo es el hecho principal en tanto menoscabo naturalístico del bien. ¿Cuál es la solución correcta para el caso 18 conforme las premisas que orientan esta investigación?

En primer lugar, ha de rechazarse una participación punible. En efecto, en estos casos no se está frente a una “intervención sin autor” sino, más bien, frente a una “intervención sin hecho” en tanto objeto de referencia idóneo de la participación. Que se haya escogido este lugar del trabajo para desarrollar estos casos se debe precisamente a dicha confusión: parece no estar claro si lo que falta es el autor o el hecho principal participable. Pero en verdad, en el caso 18 lo que falta es esto último. En consecuencia, no es posible una participación punible. El hecho objeto de referencia de la participación no puede ser identificado con el menoscabo naturalístico de un bien. Lo que es así para las actuaciones no culpables, con más razón ha de mantenerse en los casos en los que el término naturaleza recibe todo su peso.

El perjuicio naturalístico de una posición jurídica no es una referencia normativa idónea de la participación. No es posible intervenir en hechos de la naturaleza. Estos son dominados por el agente o el agente es dominado por ellos. En el primer caso, se trata de una organización defectuosa reconducible a un comportamiento humano individual o colectivo que, de modo prohibido, manipula y conduce los elementos hacia una lesión. En el segundo caso, se está frente a una catástrofe inevitable o un desastre imprevisible, que impide formular un juicio de responsabilidad basado en la idea de libertad. El “encargo” en el que consiste la participación no puede ser dejado en manos de la naturaleza para que esta lo conduzca hacia la lesión. No hay sociedad posible con los elementos ni puede avanzarse codo a codo con la desgracia. Una vinculación natural y no normativa no es una construcción jurídica que totalice el significado de la participación.

A mi juicio, en el caso 18 si bien el agente no origina el incendio (como lo haría quien prende el fuego con una caja de cerillas) se apropia de un suceso natural que pasa a imputársele como propio. El incendio inicialmente producto de una desgracia pasa a pertenecerle como su obra a quien lo manipula dolosa o imprudentemente. Ya no se trata de un egoísta al que, en caso

de no ser garante, se le atribuye la infracción de un deber de solidaridad mínimo, sino de alguien que torce el destino hasta convertirse en único dueño de la adversidad. Por ello, nadie puede disputarle el título de autor. Quien disminuye de forma prohibida una estructura de protección que impide o dificulta la afectación de una posición jurídica ha de responder por ese daño. Y cuando otro agente libre no actúe junto con él o se trate de la naturaleza en sentido estricto, no será posible la división del trabajo y la completa responsabilidad por la actividad desplegada habrá de ser calificada como autoría.

No creo válida la objeción de LÜDERSEN de que esta solución realiza un tratamiento más gravoso de la situación del protagonista del caso cuando no existiera un ejecutor principal, conduciendo a una analogía *in malam partem*⁷⁸². En efecto, si bien la intervención en sentido naturalístico tanto en el incendio creado por la naturaleza como en el creado por otro agente libre es idéntica —“regar las llamas con aceite”— el sentido de la expresión material del actuar individual se modifica en uno y otro caso. No es forzoso interpretar el contenido de injusto de una conducta en un ámbito de división de tareas de manera equivalente al contenido de injusto de la misma conducta en una actuación en solitario⁷⁸³. Pues, que se comparta algo como miembro de un colectivo y esto haga al sujeto partícipe del todo, no significa que, si él se vincula individualmente con el todo apropiándose completamente de él, el sentido de su relación con el objeto sea idéntico⁷⁸⁴.

6.1.3. Acciones colectivas en los delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra como injustos culpables *participables*.

La genuina “participación sin autor” que ha de llamar nuestra atención, y que hoy se hace visible en parte gracias al camino trazado por LÜDERSEN, supera en amplia medida al caso 18. Algunos tipos penales presentan particularidades que parecen exceder a los tradicionales sistemas de intervención. Esta cuestión, fue inicialmente diagnosticada en el ámbito del Derecho penal internacional. Por ejemplo, en el Estatuto de Roma se advierte una quiebra entre la concepción de la Parte general y la concepción de la Parte especial: mientras que en esta muchos de los crímenes competencia de la Corte penal internacional presuponen lo que sería una forma de acción colectiva (que no se define ni se explica), en aquella se elude completamente el problema de la responsabilidad colectiva, presentándose a las categorías

⁷⁸² LÜDERSEN, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 191.

⁷⁸³ Esto ya fue advertido en el dominio de los actos preparatorios del delito en el que se puso de relieve que una misma actividad —por ejemplo, preparar el veneno con el que se atentará contra la vida de la víctima— puede ser una conducta prohibida en un contexto de división de tareas al perderse el control del riesgo sobre el medio delictivo a manos del ejecutor y, por el contrario, ser todavía una conducta permitida en un proceso ejecutivo individual en el que el autor mantiene en su poder el veneno.

⁷⁸⁴ Desde luego, puede existir un error sobre el papel de la intervención. Pero este es un supuesto distinto al que aquí se trata y con el que no debemos confundirlo. Quien piensa que participa regando las llamas de un incendio cometido por el enemigo de su vecino no ha de ser tratado de manera idéntica a quien riega las llamas que sabe han sido originadas por un rayo. En aquel caso se trata, cuando el error fuera relevante, de una participación dolosa en grado de tentativa que concurre con una autoría imprudente. Pero sobre esta solución volveré más abajo al analizar el caso de la suposición errónea del dolo del autor.

de autoría y participación en sus formas tradicionales⁷⁸⁵. Con todo, el problema expuesto a continuación también es fundamental para los ordenamientos jurídico-penales nacionales, pues la mayoría de ellos han incorporado en el último tiempo figuras que reprimen los delitos de genocidio y de lesa humanidad.

Parte de la doctrina ha advertido que estos tipos penales parecen exceder el paradigma de responsabilidad individual en el que se suele operar determinando primero la autoría y después la participación. En efecto, si bien el Estatuto de Roma y los códigos penales rechazan en sus sistemas de intervención la posibilidad de una responsabilidad colectiva, muchos de estos delitos parecen ser viables solo para grupos que actúan en tanto unidad indivisa. Es difícil imaginarse cómo un individuo por sí solo puede ser autor de un delito de desaparición forzada de personas. Más bien, se necesitaría un grupo de agentes —un Estado o una organización política— que cooperen unos con otros para aprehender, detener o secuestrar personas, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado. Independientemente de que un funcionario público pueda privar ilegítimamente de la libertad a una persona, *normativamente*, esta conducta no representará una desaparición forzada de personas si el Estado u organización política no se expresa como colectivo a través de él. En este precepto se presupone una actuación conjunta de un grupo de personas para alcanzar un determinado resultado.

Las respuestas obvias frente a delitos de esta clase son la coautoría y la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder⁷⁸⁶. Sin embargo, debido a la magnitud y complejidad inherente a estas acciones delictivas, muchas veces se vuelve muy difícil probar los presupuestos de ambas figuras⁷⁸⁷. O se fuerza la imputación de la (co)autoría o se producen indeseables lagunas de punibilidad al no poder vincular al partícipe con el autor. Y así, la pérdida de protagonismo de la participación como calificación de la intervención repercute en imputaciones injustas. El problema es que en Derecho penal no se ha desarrollado una teoría de la responsabilidad colectiva. Dejando de lado los avances teóricos realizados en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, en los delitos de genocidio y lesa humanidad no suele pensarse al grupo como una unidad que actúa, sino como una pluralidad de autores. La razón es evidente, el Derecho penal se basa en la responsabilidad individual

⁷⁸⁵ Esto se debe a dos razones, la primera, se remonta a la historia misma del Estatuto de Roma, el cual se piensa principalmente para responsabilizar a los Estados. La segunda, consiste en que el concepto de guerra *per sé* se remite inexorablemente a las acciones colectivas. Todo tipo de guerra es una acción colectiva. La guerra necesita y glorifica en la misma medida acciones colectivas. En detalle FLETCHER, «Strafrecht ohne Straftäter», *FS-Roxin*, 2011, pp. 796 ss.

⁷⁸⁶ Dejo de lado teorías como la fuertemente criticada *joint criminal enterprise* utilizada por el Tribunal penal internacional para la ex Yugoslavia —emparentada con doctrina de la *Pinkerton liability* en el Common law— o la *vicarious liability*, las cuales acaban desdibujando completamente la diferencia entre autoría y participación al considerar autores a todos los intervinientes.

⁷⁸⁷ En el ámbito del Derecho penal internacional FLETCHER, *FS-Roxin*, 2011, p. 795 también rechaza la figura de la responsabilidad de los jefes y otros superiores del art. 28 del Estatuto de Roma como vía de escape frente a todos los problemas de imputación que plantean estos delitos, pues no siempre existe una cadena de mando en la actividad desplegada por el colectivo.

de las personas físicas⁷⁸⁸. Por ello, parte de la doctrina viene insistiendo en la necesidad de elaborar una teoría de la responsabilidad colectiva.

Estas figuras penales, así como los crímenes de guerra, invitan a pensar el delito como una acción colectiva. Ello no implica desdibujar la frontera entre la autoría y la participación, sino distinguir entre hecho en tanto unidad de sentido atribuible a un colectivo culpable y responsabilidad individual por la pertenencia al grupo. Muchas veces se conseguirá acreditar el hecho principal sin identificar autores y, no obstante, hallar agentes cuyo comportamiento es merecedor de una pena de participación. Incluso, alguna doctrina más audaz hace referencia a lo que sería un hecho impulsado por una *red de partícipes* en la que el único autor sería el grupo en cuanto unidad⁷⁸⁹. Estos problemas también han sido desarrollados con especial profundidad por DENCKER⁷⁹⁰ quien hace mención a tres interesantes casos de la jurisprudencia del BGH, los cuales no hacen más que confirmar la verosimilitud y la importancia práctica de los problemas planteados originalmente por LÜDERSEN.

El primero de ellos, se refiere a la masacre que tuvo lugar en la llamada guerra de Bosnia a manos de las fuerzas serbio-bosnias⁷⁹¹. Aquí se discutió, en lo que ahora interesa, si para condenar por participación en el delito de genocidio del § 220a StGB, debía probarse que existieron uno o varios autores principales que actuaron típica y antijurídicamente o si, por el contrario, bastaba simplemente con tener por probado que el hecho había sido diseñado por la “Dirección serbia” y que los requisitos del tipo penal se encontraban presentes en esta conducción —lo problemático era detectar el especial elemento subjetivo—. Al BGH le bastó con identificar a la Dirección serbia como sujeto principal al cual accedían las conductas de los partícipes, sin embargo, este recurso a una conducción colectiva, fue un cierre de la laguna de punibilidad a la que llevaba una aplicación literal del § 27 StGB que no fue del todo explicado. La cuestión aquí excedía el mero problema probatorio de la autoría del hecho, hasta abarcar la prueba del mismo hecho de genocidio, en lo que respecta a la intención requerida por el tipo. ¿Quién actuaba con la intención exigida por el § 220a StGB? ¿Varios autores individuales o un colectivo en tanto autor?

Esta lógica ya se aprecia en la solución dada por el BGH al caso Staschinsky⁷⁹² en el que, si bien se identificó el nombre de algunos de los coautores del “gremio” que había dado la

⁷⁸⁸ Véase FLETCHER, *FS-Roxin*, 2011, pp. 794 s.

⁷⁸⁹ El planteamiento de FLETCHER, *FS-Roxin*, 2011, p. 796 es en algunos momentos oscuro sin terminar de explicitar del todo su toma de postura frente al problema. Escribe, por un lado, lo que parece ser una reivindicación de la figura del partícipe: “quizás es mejor renunciar totalmente a la búsqueda de los autores y en lugar de ello reconocer que en todas las acciones colectivas como mucho pueden encontrarse partícipes” y, al mismo tiempo, agrega lo que sin problemas puede interpretarse como una concesión a la figura de la coautoría: “Ellos son —como siempre— intervinientes que cooperan mutuamente”.

⁷⁹⁰ DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, pp. 120 ss., 263 ss. “Por lo tanto, puede no ser correcta la tesis de que el hecho solo se deja definir fundamentalmente en relación con el autor”, DENCKER, *FS-Lüderssen*, 2002, p. 533.

⁷⁹¹ BGH, *NJW* 2001, pp. 2732 ss.

⁷⁹² BGHSt 18, pp. 87 ss.

orden de matar, finalmente se recurrió a la idea de un sistema de responsabilidad, en el cual la exigencia de uno o varios autores principales que actuaran dolosamente solo fue tomada en serio superficialmente⁷⁹³. Asimismo, en otros casos como el de los saqueos posteriores a la DDR, el BGH afirmó que el hecho principal podía ser simplemente un sistema de autores y no una o varias personas naturales que tuvieran que ser exactamente individualizadas en el proceso⁷⁹⁴. Frente a este panorama, DENCKER propone repensar el lenguaje del Derecho penal alemán vigente, para el que la participación presupondría siempre una autoría⁷⁹⁵. En esta línea da algunas claves, entre las cuales, me interesa rescatar una que ya he señalado en otro lugar y que consiste en deconstruir la relación de dependencia de la participación a una “figura central” y, a partir del mantenimiento del Derecho vigente, reconstruirla en referencia a un “hecho” que no sea exclusiva propiedad de un autor. En el nivel de la punibilidad de estos delitos en tanto acciones colectivas cabría, por lo tanto, prescindir de la prueba de la autoría individual. Ahora bien, lo que no puede obviarse es la prueba del hecho principal en tanto obra de uno o varios agentes capaces. Si no se alcanza certeza sobre esto último, el principio *in dubio pro reo* habrá de orientar la solución del caso hacia una participación en grado de tentativa, si esta hubiese sido acreditada.

¿Acaso un concepto de hecho principal como unidad de sentido, es decir, como expresión culpable de la que se toma parte —aunque no cuente con nombre y apellido— no ahorraría sofisticadas construcciones cuando se trata de imputar un hecho a un agente que forma parte de un grupo, tropa u organización estatal? Si se refiere la actividad del agente al acontecimiento como injusto culpable de un colectivo, se evitan soluciones injustas, algunas veces excesivamente causalistas y otras excesivamente abstractas. En aquel caso, se pierde de vista el verdadero sentido de la intervención acotándose a lo que el subordinado/superior hacía de propia mano, en este caso, se lo acaba haciendo responsable por el todo, desdibujándose así tanto su título de intervención como el quantum de su responsabilidad (acaba siendo un (co)autor al que todo se le atribuye). Baste aquí con esta referencia, a la que solo querría añadir, en tanto nuestros esfuerzos se orientan a alcanzar atribuciones de responsabilidad más justas, que en ambas formas de proceder lo objetable es la ausencia de una síntesis entre lo individual y lo colectivo, antecedente de cualquier pena en un contexto de codelincuencia.

6.2. Nivel de la tipicidad subjetiva

6.2.1. El dolo de la participación como elemento no accesorio

El tipo subjetivo de la participación se refiere al grado de conocimiento de todas aquellas circunstancias que hacen al devenir de la intervención desde el momento de su externalización hasta el momento de su actualización típica. El partícipe ha de actuar con

⁷⁹³ Así DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, pp. 264 ss.

⁷⁹⁴ BGHSt 41, pp. 187 ss.

⁷⁹⁵ DENCKER, *FS-Lüderssen*, 2002, pp. 525 ss.

dolo propio de realización típica. Tanto el dolo como aquellos elementos subjetivos tipificantes (intención, tendencia, expresión, etc.) no pueden ser tomados prestados del hecho del autor. Con todo, el exigir culpabilidad tanto del lado del autor como del lado del partícipe en la norma de sanción, tal como se ha postulado, no significa que ambos deban actuar dolosamente. Dicho de otro modo, *la accesoriedad como fundamento de la imputación presupone un actuar culpable doloso o imprudente.*

6.2.2. Rechazo del “doble dolo” de la participación

Que la complicidad y la inducción han de proyectarse a un tipo penal doloso mediante un actuar u omitir doloso es algo que prevén expresamente algunos ordenamientos positivos y, cuando no, la literatura a menudo suele pronunciarse en este sentido como derivación de la adscripción al modelo de la accesoriedad limitada. Por ende, los criterios generales que se manejan en relación con el comportamiento doloso en los casos de autoría individual —así como la discusión a ellos subyacente, que no corresponde profundizar en este lugar— son completamente aplicables a la participación. Cabe, no obstante, apreciar una particularidad que repercute en el correcto tratamiento de las cuestiones que aquí interesan. Me refiero al denominado “doble dolo” de la participación⁷⁹⁶. Se señala que el dolo del interviniente tiene dos puntos de referencia: la propia aportación o motivación y el hecho principal que ejecuta el autor⁷⁹⁷. El cooperador/inductor no solo habrá de querer favorecer/motivar la ejecución del hecho principal, sino que además tendrá que aspirar efectivamente a su realización.

El ámbito en el que se le atribuyen mayores prestaciones a esta idea es en el de la *punibilidad* del agente provocador. Como es sabido, mediante este instituto, el Estado impulsa un proyecto delictivo en manos ajenas, teniendo en mente que no se concrete en una lesión o puesta en peligro de la posición jurídica protegida, con el fin de facilitar la persecución penal, prueba o prevención de un determinado delito. Expresado gráficamente: el *agent provocateur* sería un *partícipe con medio dolo*, solo pretende avanzar hasta el estadio de la tentativa, pero no la consumación. Lo mismo se predica cuando se alcanza el estadio de la consumación formal

⁷⁹⁶ Entre muchos otros BEROLZHEIMER, *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, 1909, p. 21; VON HIPPEL, *Deutsche Strafrecht* (1930), t. II, 2001, §§ 32 VII 5 s.; BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (1906), 1964, § 50 I 3 a; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, § 16 II 3; MAYER, *AT*, 1967, § 40 I 3; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 64 II 1 d; ROXIN, *AT*, 2006, § 26/61; KÖHLER, *AT*, 1997, p. 527; RENZIKOWSKI en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 2014, § 50/6; MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 15, nm. 69; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 107; FREUND, *AT*, 2009, §§ 10/125 s.; SCHILD TRAPPE, *Harmlose Gehilfenschaft?*, 1995, pp. 153 s., 161 s.; BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, p. 179; OTTO, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 5ª ed., 1996, §§ 22/62 ss.

⁷⁹⁷ En armonía con el desarrollo realizado en el capítulo III, no puede dejar de apreciarse que la doctrina también exige un “doble dolo” en los casos de *alic*: el autor debe conocer tanto que se coloca en un estado defectuoso, como que posteriormente cometerá un delito en ese estado, así ROXIN, *FS-Lackner*, 1987, p. 320. Siendo posible trazar una línea con lo que se propone aquí para el tipo subjetivo de la participación, rechaza el “doble dolo” en el ámbito de la *alic*, postulando un único dolo “dirigido a cometer la posterior infracción penal, PADILLA ALBA, «Algunas observaciones sobre la doctrina de la *actio libera in causa*», *RECPC*, 2001.

del delito y se evita la lesión material de bien jurídico. Por ejemplo, se permite el acto de venta de estupefacientes e inmediatamente se evita su distribución a los consumidores. En estos casos se acepta que concurre “una inducción de acuerdo con el principio de accesoriedad, puesto que el agente provocador da lugar conscientemente a la realización del delito (intentado o consumado)”, añadiéndose que se renuncia al castigo “únicamente por motivos político-criminales y bajo el presupuesto de que se neutralice cuidadosamente cualquier peligro material para el bien jurídico”⁷⁹⁸.

No obstante, la discreta permanencia del “doble dolo” de la participación tiene probablemente una razón de ser aún más significativa. Si se le pregunta a un representante de una concepción autónoma del injusto de la participación cuál es el objeto del dolo del interviniente, lógicamente contestará que es su aportación o motivación y nada más. Se argumentará de inmediato que el partícipe no puede conocer con certeza lo que haga o deje de hacer otro agente autorresponsable, lo cual no debería influir en la responsabilidad del cómplice o el inductor. Esta idea es correcta si se aceptan como inequívocos los principios sobre los que se basa dicha perspectiva, los que, como ya se ha dicho, no cabe asumir completamente. Por otro lado, si la misma pregunta se le plantea a un defensor de una teoría del fundamento derivado del injusto de la participación, la respuesta consistirá en que el interviniente actúa teniendo en mente la actualización típica en manos del autor, por lo tanto, el objeto de referencia del tipo subjetivo de la participación sería la ejecución del tipo. En este contrapunto argumental la opinión dominante no arrolla necesariamente a la minoritaria, sino que, más bien, ambas coexisten en permanente tensión. Así, no sorprende que se haya generado un terreno fértil —aprovechado por la teoría *mixta* de ROXIN— para el nacimiento y supervivencia del “doble dolo” de la participación.

Conscientes de esta tregua entonces ha de plantearse la siguiente cuestión ¿es correcta la bisección del dolo de la participación? Según mi opinión, no hay buenas razones para mantener tal concepción. Lo que se intenta con esta estrategia es salvarle la cara al tipo subjetivo de la participación en el marco de una controversia teórica del fundamento del injusto de la participación que pivotea entre lo propio y lo ajeno, entre lo individual y lo colectivo. ¿Hacia dónde debe mirar el partícipe? Se sabe muy bien que el estado de la discusión es lo suficientemente confuso como para explicar la actividad del partícipe en relación con los principios de coincidencia, y así la negativa a asumirlo conduce a un doble dolo que no se entiende bien de donde emerge, a qué conduce o quien lo postula. Ahora presentaré una línea argumental crítica que explica mi punto de vista, para después señalar cuál es el verdadero rasgo distintivo del tipo subjetivo de la participación.

En el plano metodológico tengo dos objeciones. La primera ya ha sido anticipada. Debería sospecharse rápidamente de un planteamiento reproducido por representantes de tan distintas escuelas. Basta echar un vistazo por la manualística contemporánea y la literatura especializada para comprobarlo sin dificultades. ¿Cuáles son realmente sus bases? Hasta

⁷⁹⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 64 II 1 b.

donde alcanzo, y conforme el desarrollo realizado en el capítulo primero de esta investigación, se trata de una derivación lógica del triunfo de la teoría del doble fundamento de la participación. Naturalmente, si el injusto del partícipe es en parte autónomo y en parte derivado del injusto del autor, entonces el tipo subjetivo también habrá de ser doble. Pero esto no cabe ser interpretado como un pacífico acuerdo doctrinal sobre un tema superado, sino más bien, como una resignación frente los problemas que plantea el principio de coincidencia en la teoría de la intervención delictiva. La segunda objeción se basa en lo mal que se lleva esta concepción recargada del dolo con el principio de economía en la labor científica. Como se verá en lo sucesivo, trabajar con un doble dolo no hace las cosas más sencillas, sino que, por el contrario, genera un bucle teórico que multiplica los problemas.

Por otro lado, las repercusiones sistemáticas de esta perspectiva son completamente insatisfactorias. Ahora traslado mi crítica a este plano. Antes que nada, adviértase la dificultad de encontrar en la doctrina un examen a fondo de las consecuencias de un tipo subjetivo con dos objetos de referencia. Desde luego, esto se debe a que un análisis así adquiere protagonismo principalmente en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo, a los cuales, como se advirtió, tampoco se les presta la debida atención. En contra de lo que podría pensarse, este planteamiento *binocular* que pasa desapercibido en la teoría de la intervención, presenta más puntos ciegos que los que generaría una concepción monolítica (tradicional) del dolo. Para ejemplificar esto, en primer lugar, señalaré por qué esta idea es inútil para explicar la *no punición* de la actuación del agente provocador. En segundo término, problematizaré esta distinción en los casos de error, cambios en la relación subjetiva del partícipe con el hecho y ceguera ante los hechos.

6.2.2.1. El lado subjetivo de la actuación del agente provocador

No es necesario recurrir al “doble dolo” para explicar la *no punibilidad* del agente provocador. En efecto, el agente provocador que cumple escrupulosamente con su función no comete conducta antijurídica alguna. Por lo tanto, no se trata de un inductor al que se le exime de pena por razones político-criminales, sino, sencillamente de un funcionario público (o persona equiparada) cuya actividad se explica antes en el nivel de la antijuridicidad. En general, la jurisprudencia admite la ausencia de sanción para el *agent provocateur* solo si este ha eliminado de antemano toda posibilidad de consumación (ausencia de peligro)⁷⁹⁹. Pero esto no ha de interpretarse como una causa de exclusión de la punibilidad por razones político-criminales, sino como una conducta (justificada) que no infringe la norma primaria. Esta ubicación desafortunada del problema en el nivel de la punibilidad no es un error involuntario, sino el precio que debe pagar la doctrina mayoritaria por aferrarse a la lógica de un modelo de accesoriidad limitada. Pues, de otro modo, no puede explicar por qué el partícipe —cuyo injusto se nutre del hecho antijurídico del autor— ha de permanecer

⁷⁹⁹ Véase por todos JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 64 II 1 b, con referencias a la doctrina y jurisprudencia en el contexto del Derecho penal alemán; MIR PUIG, *PG*, 2015, lecc. 13 nm. 72, en especial nota 57, respecto a la situación en España.

impune⁸⁰⁰. Pero más allá de esta inconsistencia evidente, el resultado que alcanza la jurisprudencia ciertamente coincide con el que se postula en este trabajo, variando únicamente el nivel en el que se sitúa el problema.

Conforme las premisas que se han asumido en esta investigación el interviniente infringe la norma primaria de la participación cuando pierde el control del riesgo inherente a las condiciones materiales o los argumentos que pone a disposición de otro para la realización típica⁸⁰¹. Por lo tanto, el agente provocador que cumple correctamente con la función encomendada y no pierde el control del riesgo en que consiste su intervención —salvo que se trate de una cuestión absolutamente imprevisible— se encuentra amparado por la específica situación de necesidad que justifica su artimaña⁸⁰². Si el agente encubierto pierde el control del riesgo (dolosa o imprudentemente) habrá ejecutado mal la misión encomendada, desbordando así el estricto ámbito del permiso concedido. Por ejemplo,

[caso 19] el funcionario policial infiltrado en una célula terrorista con la misión de individualizar y proceder a la detención de sus miembros estará autorizado a convencerlos de realizar un atentado bomba con el fin de desenmascarar a sus cómplices en otras células antes de su (con seguridad frustrada) ejecución.

No le estará prohibido hacerlo, él no es normativamente un *inductor*, aunque de hecho el delincuente engañado sea un inducido. La norma primaria de la inducción únicamente le prohíbe al *agent provocateur* o, mejor dicho, a todo destinatario, crear la resolución criminal en el autor y dejarla ir peligrosamente hacia el estadio ejecutivo.

La participación es una norma de comportamiento individual delimitada objetivamente: en el caso anterior, el *inductor* conoce la inocuidad de su comportamiento amparado por el ejercicio de su función y, por lo tanto, no está obligado a abstenerse de llevarlo adelante⁸⁰³.

⁸⁰⁰ Por otra parte, tampoco se suele explicar por qué el inducido no puede *acceder* —en una especie de accesoriadad reflexiva— al beneficio político-criminal que ampara al agente provocador, cuando aquel, a pesar de su actividad antinormativa, ha sido instrumentalizado por el Estado para obtener determinados fines que se consideran valiosos.

⁸⁰¹ PUPPE, «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA*, 1984, pp. 111 ss., exige un *pacto de injusto* entre inductor e inducido para apreciar inducción, rechazando que baste la influencia del agente quedando todo lo demás al libre arbitrio del autor: “*Auch der Anstifter muß vielmehr eine Art Pakt mit dem Täter schließen, ihm ein Versprechen oder eine Verpflichtung zur Tat abnehmen, die diesen zwar nicht rechtlich, aber doch faktisch binden und ihm das Aufgeben des Tatplans erschweren soll*” (p. 112). Este punto de vista no solo es difícilmente conciliable con el tenor literal de la ley que, en la mayoría de los casos únicamente requiere una determinación a la realización del tipo, sino que, además, no permite explicar la inducción intentada punible. Asimismo, esta concepción contradice la idea de que el autor no tiene por qué conocer la complicidad y menos aún tiene que haber dado pie a ella.

⁸⁰² Se trata de un estado de necesidad relativo a la persecución penal o a la dificultad de probar un determinado delito, así JAKOBS, *AT*, 1991, 23/18, en particular nota 19 con ulteriores referencias bibliográficas.

⁸⁰³ En la inducción lo decisivo no es si efectivamente el autor realizó o no un hecho antijurídico, sino cuáles eran los motivos y la percepción de la realidad de quien provocó la resolución criminal. El contenido de la norma dirigida al agente provocador [“no perder el control sobre una actividad excepcionalmente autorizada”] no es el mismo que el dirigido al terrorista [“no matar”].

“Para un partícipe solo debe ser decisivo que el hecho en el que interviene sea lesivo conforme a sus propios conocimientos. La tentativa de infracción o la infracción putativa del autor deben resultarle indiferentes: si él sabe que el material que se está empleando en la construcción efectivamente se ajusta al modelo legal, puede perfectamente colaborar con el autor que erróneamente cree estar infringiendo las normas”⁸⁰⁴.

Su comportamiento es lícito —naturalmente no se propone en este lugar legitimar o rechazar político-criminalmente esta técnica de investigación—. Para el provocador se trata de una incitación a una tentativa inidónea —atípica o justificada en tanto participación, según el punto de vista que se adopte⁸⁰⁵—, mientras que, para el inducido, se trata de una verdadera acción de tentativa. Estos casos no tienen en absoluto que ver con el fundamento de la inducción y su contradicción con la norma es solo aparente⁸⁰⁶. Es la (no) apreciación proyectada del tipo “desde fuera”, considerando la representación *ex ante* que el interviniente tiene de él, la que posibilita formular un juicio acerca de la concurrencia o no de un riesgo prohibido de inducción en el nivel de la norma primaria⁸⁰⁷. Ahora bien, si se perdiese el control del riesgo a título de dolo o de imprudencia y, no obstante, fortuitamente en un momento posterior se recupera de nuevo, el caso no habría de resolverse en el nivel de la norma primaria (infringida), sino en el de la punibilidad. La neutralización de la motivación antes de la ejecución o la frustración de sus consecuencias antes de la consumación, en tanto actividades que han escapado al control del agente, son cuestiones a valorar en el nivel de la punibilidad y dejan intactos la antijuridicidad del comportamiento. Tanto la renuncia como el desistimiento han de considerarse en la norma de sanción y, en ambos casos, nada tiene que aportar una concepción dual del dolo.

6.2.2.2. Problematización de la relación subjetiva entre interviniente y hecho

Pero no solo es innecesario recurrir al “doble dolo” para explicar el sentido de la actividad del agente provocador, sino que, esta idea tampoco aporta mucho en el ámbito del error o cuando se producen modificaciones en la relación subjetiva del interviniente con el hecho. El problema reside en que no está del todo claro si ha de tenerse en cuenta el conocimiento de lo que ocurre en la fase uno (intervención) o en la fase dos (ejecución). Por ejemplo,

[caso 20] el utilero A le entrega al actor B una *Luger* que cree descargada para que represente una obra de teatro en la que ha de blandir la pistola amenazando al actor C. D, director de la obra,

⁸⁰⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 681.

⁸⁰⁵ DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, pp. 273 s. observa que la no punibilidad del agente provocador se fundamenta sin problemas en el plano del tipo objetivo al faltar un proyecto común que sirva de base para la imputación del comportamiento ajeno.

⁸⁰⁶ Quien incita a otro a disparar a un cadáver (sabiéndolo), bajo la representación de que se trata de su odiado adversario todavía vivo, no se comporta de una manera típicamente desaprobada en el sentido de la inducción a un delito de asesinato, aunque el autor cometa una tentativa de tal delito y su decisión al hecho haya sido (dolosamente) provocada. Las cosas cambian para el provocador cuando lo que tiene frente a él no es un cadáver, sino una persona viva —a la que pone en peligro—. Bajo estas circunstancias cabe contemplar una acción punible de inducción. Véase FREUND, *AT*, 2009, § 10/123.

⁸⁰⁷ Y la realización del riesgo en el resultado se llevará a cabo mediante una comprobación *ex post* en tanto cuestión relativa a la norma de sanción.

advierde que el arma está cargada. Así, decide cambiar el guion para que B dispare a C. En ese momento A, que sospecha del inesperado giro en la escena, toma conocimiento de que el arma que creía descargada no lo está y, si la escena se representa, probablemente cause la muerte de C. A, no obstante, permanece en silencio y presencia la ejecución.

En el momento de la entrega de la pistola, el utilero sin saberlo pone a disposición de los actores un objeto peligroso, intervención en error de tipo evitable en el hecho del actor B, si existiera una ejecución imprudente o autoría mediata imprudente si el error del ejecutor fuese insuperable. Pero en el momento de la ejecución, las cosas cambian y el utilero toma conocimiento del desvío de su prestación hacia lo delictivo. ¿Debe prestarse atención a la imprudencia en la *fase uno* o en el conocimiento en la *fase dos*? Dicho problema también puede plantearse en una hipótesis de exceso del autor:

[caso 21] A facilita un arma de fuego descargada a B para que en el futuro amenace a C gerente del banco del pueblo. Días después, A sintoniza una transmisión televisiva en la que se informa sobre una toma de rehenes y en vivo reproduce el homicidio de una de ellas que acaba siendo C. El autor es B quien ha cargado el arma de fuego inicialmente aportada por A. Este último al conocer lo que está sucediendo, se alegra por ello, contento de cualquier acción que afecte a la entidad bancaria y su personal.

Sería sencillo determinar en qué consiste el *primer* dolo del interviniente, en tanto se trata de una acción evidente de cooperación en un delito de amenazas: A conoce que entrega un arma descargada a B para amedrentar a C. El segundo dolo, sin embargo, podría problematizarse si se intenta comprobar el “doble dolo” de la participación. Inicialmente podría pensarse que consiste en el conocimiento de que su cooperación conducirá a la efectiva realización del tipo de amenazas, pero como se representa en el ejemplo, en el momento mismo de la ejecución (a pesar de encontrarse a la distancia) cambia el hecho principal en tanto objeto de conocimiento del partícipe⁸⁰⁸. Hasta donde alcanzo, en los dos ejemplos anteriores el “conocer” el devenir impredecible de la aportación no modifica en nada las cosas, pues el comportamiento del ejecutor no le es imputable objetivamente al partícipe. En el primer caso se trata de una intervención imprudente en el hecho del director D que instrumentaliza al actor⁸⁰⁹, y en el segundo, sencillamente de un exceso del autor no reconducible al partícipe, más allá de lo que ahora conozca, desee o pretenda. El cómplice solo responde por el hecho que se ha representado favorecer en el momento de realizar su prestación⁸¹⁰. Si el autor va más allá en su hacer excediendo la representación del partícipe, no podrá responsabilizarse a este último, más allá de la relación subjetiva subsecuente que tenga con el hecho. Con todo, esto que parece estar fuera de discusión se vuelve oscuro si se trabaja con el “doble dolo de la participación”.

⁸⁰⁸ No se me escapa, a pesar de la redacción del ejemplo, que el dolo del partícipe no consiste en un *deseo* de realización del hecho principal, bastando ser conscientes de la realización típica a manos del autor, así OTTO, *AT*, 5ª ed., 1995, § 22/63.

⁸⁰⁹ Puede existir eventualmente un resto de responsabilidad a canalizarse mediante la figura de la omisión de socorro.

⁸¹⁰ Así BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1995, §§ 31/35 ss.

Y estas mismas consideraciones funcionan para resolver un caso de estructura similar pero invertida, en el que el partícipe actúa dolosamente en fase uno y luego se *arrepiente* de la ejecución.

[caso 22] Uno de los integrantes de una banda de atracadores decide apartarse del robo al banco que está llevándose adelante: las armas han sido desenfundadas, el personal amedrentado, y el interviniente se acobarda alejándose del lugar de los hechos, después de intentar persuadir infructuosamente a uno de los ejecutores para que abandone el plan.

El bandido arrepentido inicialmente cumple dolosamente con las tareas a él asignadas y en un momento posterior pierde el valor para continuar, retirándose y desconociendo cuál será el desenlace del hecho. Pareciera que aquí también existiría un problema frente a la doble comprobación del dolo. Sin embargo, está claro que el atraco le es objetiva y subjetivamente imputable, independientemente de que en el momento de la ejecución decida ignorarla y alejarse del lugar de los hechos⁸¹¹. La pregunta de fondo entonces es: ¿para qué sirve un doble dolo, si tanto en los casos de intervenciones concomitantes como en el de intervenciones a la distancia el lado subjetivo del hecho se define en el momento inicial en el que el agente se autopostula como partícipe? Por otro lado, la idea de un dolo *binocular* necesita un ropaje conceptual adicional en las hipótesis de ceguera ante los hechos del interviniente. Analicemos ahora el caso de

[caso 23] una mujer que, cansada del reiterado acoso de su vecino, solicita ayuda a su hermano — un conocido y violento gánster de la ciudad— para *solucionar* el problema. El vecino acaba en una fosa cubierto con cemento.

Evidentemente, la mujer sabe que su hermano no es un diplomático y que sus medios exceden los corrientes, de ahí el extraordinario pedido de ayuda. Sin embargo, la completa ignorancia del devenir de su provocación, problematiza la comprobación de la relación subjetiva entre la inductora y el hecho principal en tanto segundo dolo⁸¹². En suma, la conceptualización del doble dolo tiene un rendimiento explicativo exclusivamente estético. No existen razones para mantenerlo como particularidad del tipo subjetivo de la participación. Si se lo nutre de contenido, esto es, si se lo toma en serio, multiplica los problemas en casos en sí mismos relativamente sencillos. Por el contrario, si se lo neutraliza, entonces no hay obstáculo para proceder a su supresión. En la participación existe un único dolo, cuyo objeto de referencia es la realización del tipo objetivo en el momento en el que se pierde el control del riesgo inherente a la aportación/motivación⁸¹³. En las intervenciones concomitantes esto es completamente evidente:

⁸¹¹ El agente que pierde el control del riesgo inherente a su aportación ha de renunciar antes de la ejecución o desistir luego de que esta se actualiza típicamente, siendo completamente irrelevante su *actitud* subjetiva frente al hecho —en tanto garante del devenir de su intervención— si esta no se concreta objetivamente.

⁸¹² Permaneciendo únicamente el recurso a un dolo alternativo de dimensiones desbordantes que habría de abarcar todo aquello que el autor podría realizar.

⁸¹³ Así correctamente FREUND, *AT*, 2009, §§ 10/125 s., 10/143, entiende que el denominado doble dolo de la participación es, en efecto, un dolo completamente “normal”. El único rasgo peculiar sería su

[caso 24] Si una señora sustrae un par de zapatos de la tienda, pero su amiga le aconseja inmediatamente escoger una camisa, argumentando que será más sencillo ocultarla en su bolso,

esta última se inserta en el plan trazado por la autora y, por ende, actúa con un dolo de hurto que coincide exactamente con el momento en que se emprende la acción. No es necesario recurrir a la idea del “doble dolo” de la participación. Por su parte, en los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo, la constatación del momento activo en que el agente comenzó a perder el control sobre su aportación/motivación y después del momento omisivo en que este perdió la posibilidad de una revocación segura son los dos extremos del ilícito del partícipe. Ambos topes son determinados individualmente según la representación del agente con un criterio *ex ante* basado en su específico rol social. El tipo subjetivo de la participación se compone de un único dolo en tanto conocimiento de la realización del tipo objetivo en una secuencia consistente en 1) la aportación o motivación, 2) la subsiguiente pérdida de control sobre ella y 3) la futura actividad del autor en circunstancias en las que se será incapaz de evitar la ejecución. Esto no debe leerse como un “triple dolo”. Que el partícipe lógicamente deba conocer la sucesión intervención-omisión-ejecución inherente a la específica manifestación fenomenológica de su actuación, en nada modifica esta conclusión; del mismo modo, que nadie aprecia un triple dolo en el conocimiento que el autor tiene de la relación existente entre la preparación, la ejecución y la omisión de desistir.

6.2.3. Sobrevaloración del rol del ejecutor: especial referencia a la suposición errónea del dolo del autor

La inestabilidad del terreno en el que se erige el edificio de la accesoriedad limitada se evidencia en los casos de error de tipo, en los que se elimina el injusto doloso. Cuando el autor no sabe lo que hace, el tipo doloso decae, dando lugar eventualmente —y siempre que existiese la correspondiente figura penal— a un injusto imprudente⁸¹⁴. Entonces ya no hay más opción que rechazar una participación punible o refugiarse en la autoría mediata. Pero estas opciones son problemáticas si se piensa en casos como los siguientes:

[Caso 25] Alguien facilita a una mujer un veneno en la creencia errónea de que ella quiere matar con él a su marido⁸¹⁵.

objeto, el cual requeriría ulteriores explicaciones. Actúa dolosamente en el contexto que aquí interesa, quien realiza un comportamiento típicamente desaprobado de inducción (o complicidad) y con ello alcanza una específica dimensión de reproche. En particular, el posible efecto del propio comportamiento debe comprender un hecho principal de autor. DENCKER, *Kausalität und Gesamttat*, 1996, p. 273 nota 60, advierte la confusión que genera terminológicamente la expresión “doble dolo” y propone dejarla de lado por superflua.

⁸¹⁴ En Alemania, los defensores del sistema clásico y neoclásico el delito no tenían problemas para resolver casos de esta índole. Pues, según se entendía, los antiguos §§ 48 y 49 StGB presuponían únicamente un hecho principal típico, antijurídico, no culpable, mientras que el dolo era considerado un elemento de la culpabilidad.

⁸¹⁵ Ejemplo citado por ROXIN, *AT*, 2006 § 26/36.

[Caso 26] A convence a B de efectuar una denuncia contra C, suponiendo que B conoce su falsedad. Sin embargo, B interpone la denuncia creyendo equivocadamente que es verdad⁸¹⁶.

Quienes insisten en defender la accesoriedad limitada en casos como estos han de *lamentar* una “incomprensible laguna de punibilidad”⁸¹⁷. Aunque el resultado proyectado por el partícipe efectivamente se produzca, quien provee el veneno no podría ser castigado como partícipe en el *homicidio*, pues este como tal no existiría si la mujer administra el veneno con efecto letal suponiendo que es un medicamento⁸¹⁸. Desenlace similar habría de admitirse para el caso 26⁸¹⁹. El carácter superable o insuperable del error padecido por el ejecutor en nada cambiaría las cosas, en tanto, la eventual responsabilidad por imprudencia sería, conforme este modelo de accesoriedad, un objeto inidóneo de la participación⁸²⁰. Por su parte, una autoría mediata tampoco sería viable si nos valemos del *instrumental teórico roxiniano* (léase mayoritario) basado en la teoría del dominio del hecho y el concepto restrictivo de autor⁸²¹. Desde esta perspectiva, dicha figura no entraría en consideración cuando el tercero no conoce que tiene en sus manos el dominio del acontecer típico.

Pero lo que para algunos es pérdida para otros es ganancia. Así, los partidarios de la accesoriedad mínima afirman que tales casos de error confirman que el denominador común de la participación únicamente consiste en la realización del tipo objetivo. Con todo, esta idea no está exenta de críticas: cuando la participación se pacta con la naturaleza al margen de un esquema normológico, se produce una ruptura de dique que acaba desdibujando lo *participable* de lo *no participable*. La forma lógica de esta objeción es el muy conocido argumento de la *slippery slope*. ¿Si se acepta una participación perfecta en un error de tipo invencible entonces por qué no aceptarla también en un caso de actuación defectuosa que excluya la acción? Al asumirse una participación *punible* en un hecho que en parte es naturaleza (y así lo es el error de tipo insuperable no reconducible a la actuación de un tercero) entonces se

⁸¹⁶ Ejemplo que corresponde a MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *AT*, 1989, § 48/29.

⁸¹⁷ Abiertamente ROXIN, *AT*, 2006, §§ 7/41, 26/36, 25/159; también STRATENWERTH, *AT*, 2011, § 12/220.

⁸¹⁸ Quienes rechazan el principio de accesoriedad de la participación entienden que en los ejemplos 25 y 26 existiría un injusto punible. Esta idea sería correcta, si se aceptaran los principios sobre los que se construyen las teorías radicales del fundamento autónomo de la participación. Sin embargo, como se ha visto en etapas anteriores de esta investigación, tales principios no resultan incuestionables.

⁸¹⁹ Correctamente rechaza la posibilidad de construir una participación consumada con base en la idea de un exceso del instrumento, SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 170. Oscuro, dejando abierta la posibilidad de castigar por participación consumada, KÖHLER, *AT*, 1997, p. 513.

⁸²⁰ La doctrina mayoritaria de mediados de siglo XX argumentaba que una renuncia al dolo del autor desdibujaría los límites del tipo, al mismo tiempo que haría imposible distinguir la autoría de la participación. Así BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, p. 17, WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, § 16 II; TRÖNDLE, «Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat», *GA*, 1956, pp. 134 ss., 142 ss. En general sobre el debate de la época y en particular sobre las objeciones de WELZEL, BOCKELMANN y TRÖNDLE en contra de la posibilidad de apreciar una participación en un hecho no doloso, FRANZHEIM, *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, 1961, pp. 40 ss., 44 ss.

⁸²¹ ROXIN, *AT*, 2006, §§ 25/158 ss.; FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 626.

sienta un precedente que habría de conducir a admitir un castigo por adaptarse a hechos de la naturaleza. Dos ejemplos para esto:

[Caso 27] A le facilita un palo a B, quien está destruyendo una valiosa obra conceptual del artista C, enemigo de A. Sin embargo,

Hipótesis 1 (error de tipo): B actúa en la creencia errónea de que se trata de restos de basura;

Hipótesis 2 (falta de acción): B padece convulsiones.

[Caso 28] A desea vengarse de C dañando su preciada colección de sellos postales. Con este fin, le pide ayuda a B, quien fingirá ser experto en filatelia para acceder a la carpeta de C, momento en el que aparentará un ataque de epilepsia volcando su café sobre las estampillas. Todo resulta conforme el plan, excepto un pequeño detalle: B padece una verdadera e imprevisible crisis epiléptica.

La elementalidad normológica de la argumentación de los partidarios de la accesoriadad mínima les imposibilita justificar el diferente tratamiento dado a los ejemplos planteados, es decir, por qué ha de ser objeto de referencia de la participación el tipo objetivo (hipótesis 1) y no otras afectaciones no típicas, pero igualmente *dañosas* para la posición jurídica (hipótesis 2). Para el interviniente del caso 27 —según las premisas que subyacen al modelo ahora analizado— la solución del caso no debería variar conforme el daño ocasionado a la obra de arte no haya sido ejecutado en error de tipo, sino en ausencia de acción. De lo dicho hasta aquí, resulta dudoso que los casos anteriores pueden ser resueltos sin dificultades con el aparato teórico provisto por el modelo de la accesoriadad mínima, cuya admisión tiene un alto precio. Si se acepta la participación consumada tomando solo como base la realización del tipo objetivo se corre el riesgo de generar un efecto dominó que acabe desdibujando los contornos del objeto de referencia de la participación. Con la aceptación de la posibilidad de sancionar por participación consumada en un hecho que en parte se explica por un infortunio personal, la desgracia o la naturaleza, se acepta también una cadena de implicaciones en la que, ciertamente, es imposible apreciar con certeza la frontera entre la participación en grado de tentativa y la participación consumada.

Por su lado, un modelo de accesoriadad objetiva también ha de esforzarse para resolver esta clase de casos. Al trazarse la frontera de la participación en el injusto objetivo, los ejemplos 27 y 28 habrían de quedar más allá de lo participable. Sin embargo, para evitar este resultado se recurre a la distinción entre error de tipo *personalmente* invencible y error de tipo *objetivamente* invencible⁸²². Se afirma que solo falta el injusto objetivo cuando el error sea objetivamente invencible, pero no cuando sea personalmente invencible, subsistiendo en este último caso la antijuridicidad del hecho y excluyéndose la imputación personal. Pero esta distinción no solo es completamente discutible desde el punto de vista normológico que asume esta investigación —una norma de comportamiento individual objetivamente delimitada—, sino que ya antes es objetable si se pone en relación con las premisas que asumen los autores que la postulan.

⁸²² Véase MIR PUIG, PG, 2015, lecc. 16, nm. 26; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General*, t. I, 1996, pp. 443 ss.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 224 ss.

Tanto el error de tipo personalmente inevitable como el error de tipo objetivamente inevitable que padece el autor consisten en una falsa representación personal de las circunstancias objetivas que determinan su obrar. Podría alegarse, en lo que acabaría siendo una aplicación del criterio del hombre medio, que en el caso 25 una mujer que no sufriera —supongamos— problemas congénitos de visión, no habría envenenado a su marido. Pero lo cierto es que en su posición lo personalmente inevitable se solapa con lo objetivamente inevitable —que dado el caso para otra mujer con una visión plenamente funcional hubiese sido evitable—, en tanto la norma de comportamiento se construye teniendo en cuenta los elementos cognoscibles para el actuante⁸²³. No se entiende por qué un error de tipo objetivamente inevitable pero personalmente evitable del autor habría de ameritar una pena para el partícipe que ignora esta situación. Por otra parte, más allá de la viabilidad de la distinción entre error de tipo objetivamente invencible y error de tipo personalmente invencible, afirmar una participación consumada choca contra de las reglas generales sobre la congruencia entre curso causal objetivo y dolo⁸²⁴, objeción con la que habrían de lidiar igualmente los representantes de la accesoriadad mínima.

¿Por dónde discurre entonces la solución de los casos 25 y 26? Si la autoría es una calificación propia de un segundo nivel analítico, en tanto configuración preeminente del injusto, entonces el agente ha de conocer todas las circunstancias que lo hacen autor, es decir, en los casos de autoría mediata ha de conocer que se apropia de la libertad del instrumento hasta eliminar su comportamiento responsable. En consecuencia, el desconocimiento de esta situación ha de excluir una imputación a título de autoría mediata dolosa; en los casos planteados, quien facilita el veneno o persuade para interponer una denuncia falsa ignora que se aprovecha de un agente que obra sin dolo⁸²⁵. En ambas hipótesis, a tenor del Derecho vigente, se trata de una participación —complicidad e inducción respectivamente— en grado de tentativa, impunes por su falta de actualización típica en un injusto culpable⁸²⁶, así como por la no aplicación del § 30, inc. 1º StGB o el art. 17 CP.

⁸²³ Tanto el error objetivamente inevitable como el error personalmente evitable serían necesariamente inevitables y, por ende, en ambos casos habría de excluirse la posibilidad del nacimiento de algún deber jurídico para el autor. Desde el punto de vista de la norma como directiva de conductas, el criterio del hombre medio no se corresponde con las circunstancias del destinatario y por ello es injusto —en el caso de imponerse penas por la infracción de la norma— o inútil —cuando la pena se excluye por ausencia de culpabilidad—. Por estas mismas razones, este muy difundido e igualmente criticado rasero objetivo tampoco habría de cumplir función alguna de cara a la gestación de normas para terceros. Exhaustivamente MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 695 ss.

⁸²⁴ Lo advierte JAKOBS, *AT*, 1991, 22/18. Ya antes SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, p. 170.

⁸²⁵ Véase LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, 1972, p. 29.

⁸²⁶ El proyecto alemán de 1962 previó una regulación expresa para los casos de suposición errónea del dolo del autor (*Irrtum über den Tätersatz*) en su § 32, en función del cual el “hombre de atrás” que incurría en este error debía ser sancionado como un inductor (*wie ein Anstifter wird bestraft, wer vorsätzlich einen anderen zu dessen rechtswidrig begangener Tat in der irrigen Annahme bestimmt hat, der Täter werde bei der Begehung vorsätzlich handeln*). Esta regulación fue dejada de lado después de que el Ministerio Federal de Justicia expusiese en las deliberaciones ante la Comisión Especial que el AE 1962 había entrado en demasiado detalle,

Ciertamente, hasta aquí, la conclusión a la que se llega —exclusión de la autoría mediata y participación en grado de tentativa— se corresponde con una buena parte de la doctrina⁸²⁷. Esta, como tal es correcta, pero correcta a medias, en tanto no acaba de aprehender el completo contenido de injusto de la conducta en cuestión. En los casos de suposición errónea del dolo del autor, el agente se autopostula (*ex ante*) como partícipe (*ex post*) frustrado e ignora los requisitos objetivos de la autoría mediata⁸²⁸. Con todo, cuando este desconocimiento sea evitable, podrá realizarse un reproche a título de *autoría mediata imprudente*. La presencia de un riesgo percibido que se realiza en el resultado debido a otro riesgo no percibido —pero individualmente evitable—, habilita a la eventual imputación de este último a título de imprudencia⁸²⁹. *Ex ante*, el interviniente crea dolosamente un riesgo de participación y, al mismo tiempo, imprudentemente un riesgo de autoría. Aquel no se realiza en el resultado, este sí. En los pormenores de este tema, habrá de estarse a las reglas generales sobre la imputación objetiva aplicada a la teoría de la intervención.

Naturalmente, el edificio conceptual de la opinión académica más difundida rechazaría este segundo tramo de la solución del caso. Una autoría mediata imprudente sería incompatible con su premisa mayor, la teoría del dominio del hecho. Pero todo lo raro que puede sonar esta imputación se desvanece cuando la autoría mediata se fundamenta a partir del principio de autonomía⁸³⁰. “*Wer nicht weiß, was er tut, oder sein Verhalten nicht richtig anhand von Normen bewerten kann, handelt nicht autonom*”⁸³¹. El autor mediato instrumentaliza al ejecutor cuando lo degrada a la categoría de un medio material no libre usurpando su capacidad de actuar responsablemente, y esta actividad puede ser dolosa o imprudente. “La pareja del dominio final del hecho para los delitos dolosos es para los delitos imprudentes el potencial dominio del hecho o, formulado de otra manera, la evitabilidad. *Autor mediato imprudente, por consiguiente, es aquel que frente al hombre de adelante posee un poder de evitación superior*”⁸³². El principio de autonomía “limita el concepto material de delito a acciones lesivas interpersonales que implican una pérdida de autonomía individual”⁸³³, las cuales no se limitan a la autoría-directa-

recomendando su supresión. Para más detalles, véase SCHROEDER, *Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 169 ss.; LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, 1972, p. 29, con ulteriores referencias bibliográficas

⁸²⁷ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2015, § 42 B; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 61 VII 3; JAKOBS, *AT*, 1991, 21/107; LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, 1972 pp. 29 ss.; ; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 1967, § 16; TRÖNDLE, *GA*, 1956, p. 143; BOCKELMANN, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957 pp. 95 ss. con más referencias. Parcialmente BUSCH, *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme*, 1964, pp. 167 ss.

⁸²⁸ En contra SCHMIDT, «Die mittelbare Täterschaft», *Frank-Festgabe*, t. II, 1969, pp. 130 s., quien consideraba irrelevante el error sobre el rol de la intervención, asimilándolo a un error de subsunción.

⁸²⁹ Así JAKOBS, *AT*, 1991, 21/107.

⁸³⁰ Así RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, pp. 81 ss., 100 ss., 267 ss. con ulteriores referencias bibliográficas; M. K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, 1984, p. 75; SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, pp. 69 ss.; con una posición intermedia BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, p. 179, asumiendo el criterio del dominio del riesgo “al faltar una decisión autónoma en relación al peligro por parte del ejecutor material”. En términos generales, sobre las dimensiones de la autonomía y sus ataques, ROBLES PLANAS en *Límites al Derecho penal*, 2012, pp. 24 ss.

⁸³¹ RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 81.

⁸³² RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff*, 1997, p. 273, cursiva en el original.

⁸³³ ROBLES PLANAS, en *Límites al Derecho penal*, 2012, p. 25.

dolosa, sino que admiten manifestaciones que tomen la forma de autoría-mediata-imprudente⁸³⁴.

El partícipe, en efecto, padece un error de tipo en tanto representación errónea de su papel en el proyecto delictivo⁸³⁵. Aunque podría parecer que existe un disvalor de acción —se quiere favorecer un homicidio— que se corresponde con un disvalor de resultado —se causa un homicidio—, lo que lleva a algún autor a hablar de una *inducción imperfecta* [*unvollkommene Anstiftung*]⁸³⁶, en rigor, el hecho se explica en parte debido a un proceso natural desafortunado y no reconducible al partícipe. Si la mujer en el caso 25 no hubiese actuado en error, su actuar autorresponsable no necesariamente habría de resultar en la muerte del marido, pues también —acaso arrepentida en el último instante— podría haber interrumpido la actividad delictiva detonada por el partícipe. La gracia y la complejidad inherente a la participación consiste en que el agente no se vincula directamente con la naturaleza (por eso su objeto no puede ser siquiera mixto humano-natural) sino con un agente libre. El resultado en los casos 25 y 26 se explica en parte por la desgracia o el error del ejecutor —se parte de que el error padecido es insuperable—, lo que no puede atribuírsele al partícipe como resultado de su acción. La participación en grado de tentativa es la solución correcta. Una pena por participación consumada sería excesiva para contradecir un error que, en su caso, sería suficientemente refutado mediante la imputación imprudente a título de autoría individual. Ahora bien, si el error de tipo que padece el ejecutor fuera superable, subsistiendo un reproche a título de imprudencia, entraría en consideración una participación dolosa en un delito imprudente⁸³⁷.

Si *ex ante*, el partícipe cuenta con una razón válida para abstenerse de adaptarse a un curso lesivo conforme sus conocimientos personales, y hace caso omiso a ella, entonces podrá considerarse, dado el caso, una acción antijurídica de participación. A ello no obstará que *ex post* se compruebe una actuación deficitaria del ejecutor, circunstancia que solo excluirá una reacción con pena en tanto acoplamiento imperfecto entre las intervenciones de los distintos miembros del colectivo. El análisis precedente ha de trasladarse a todos aquellos casos en los que el interviniente sobrevalora el rol del ejecutor y en realidad este no realiza acción, se comporta lícitamente, padece un error de prohibición, se expresa sin capacidad de

⁸³⁴ ¿Cómo se resuelven entonces los casos en los que el instrumento humano no es autónomo? SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht*, 1986, pp. 91 ss. explica estos casos como supuestos de autoría directa. Ciertamente, esta conclusión se articula con algo que ya se ha advertido, adhiriendo en otra parte de esta investigación a las consideraciones de JAKOBS, *Theorie der Beteiligung*, 2014, pp. 38, 46 nota 88: la autoría mediata no es más que una autoría directa fenomenológicamente encubierta. En contra BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 183 s.

⁸³⁵ Así BEROLZHEIMER, *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, 1909, p. 33; LETZGUS, *Vorstufen der Beteiligung*, 1972, p. 30.

⁸³⁶ Así BUSCH, *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme*, 1964, p. 143, 168. Aprecia participación también FRISCH, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, pp. 626.

⁸³⁷ “La única diferencia existente entre estos casos y los de participación dolosa en hecho principal doloso no radica en el ‘dolo’ del partícipe, sino en una parte de su ‘objeto’. En concreto, en la configuración del hecho principal, que en estos casos se muestra como un delito imprudente de autor”, SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 107.

culpabilidad⁸³⁸, actúa sin los especiales elementos subjetivos tipificantes⁸³⁹ o sin el especial elemento requerido por el tipo. La solución, por ende, tal como lo advertía BEROLZHEIMER hace más de un siglo, es una: “participación en grado de tentativa en concurso ideal con una ejecución imprudente”⁸⁴⁰ en relación con la figura penal que abarcase la lesión si existiese un remanente de evitabilidad cognoscible. La infracción de la norma de la participación en el nivel de la antijuridicidad no alcanza el umbral de lesividad necesario que amerita el recurso a la drasticidad de una pena. Esto, sin embargo, corre paralelo a la eventual infracción de una norma frente a la que si se encuentran satisfechos todos los requisitos para aplicar una sanción a título de imprudencia (mediata).

6.2.4. Participación imprudente e imprudencia participable

La línea de argumentación examinada más arriba conduce a apreciar en los ejemplos 24 y 25 una participación dolosa en un delito imprudente si el error de tipo padecido por el ejecutor es superable. Profundizo ahora en las bases sobre las que se construye este razonamiento y sus implicaciones frente a otros grupos de casos:

[Caso 29] Un periodista publica un artículo con información de personas dedicadas a ejercer actividades en contra de una organización terrorista. Al poco tiempo, y con base en aquellos datos, la organización asesina a dos de las personas individualizadas⁸⁴¹.

[Caso 30] Un operario arroja una viga por la ventana a la calle sin representarse que podría lesionar a alguien, lo que tampoco hace su compañero que se la alcanza⁸⁴².

[Caso 31] Un empleado provoca a su compañero para que incendie la fábrica, sabiendo que allí se encuentra el gerente. El ejecutor desconoce esta situación, aunque podría haber calculado como concretamente posible la presencia de una persona en el interior del taller⁸⁴³.

Existen buenas razones para afirmar que un sistema de responsabilidad diferenciada en el que la imprudencia encuentre su lugar significa una distribución más justa de responsabilidades, tanto en el plano político-criminal como en el plano dogmático. En relación con aquel, se ofrecen tres argumentos⁸⁴⁴. En primer término, el calificar como autoría a toda creación imprudente de un riesgo prohibido que se realiza en el resultado conduce a una ampliación desmesurada del castigo. Deben distinguirse las aportaciones realizadas en el ámbito del delito imprudente según su relevancia. En efecto, en el caso 29,

⁸³⁸ Los defensores de la accesoriadad limitada resolverían este caso como una participación consumada, en tanto, en principio subsistiría el injusto doloso de autor. Así, en un caso similar en el que subsiste el injusto doloso, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch*, 1996, § 62 III 1, postula una inducción consumada el caso del inductor que se sirve para un asesinato de un enfermo mental al que no ha reconocido como tal.

⁸³⁹ Cada partícipe debe ostentar personalmente aquellos elementos subjetivos cualificados exigidos, en su caso, por la figura típica.

⁸⁴⁰ BEROLZHEIMER, *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, 1909, p. 33.

⁸⁴¹ Ejemplo construido con base en el “caso Vinader”. Véase STS del 29 de enero de 1983.

⁸⁴² Ejemplo adaptado de JAKOBS, *GA*, 1996, p. 265.

⁸⁴³ Ejemplo adaptado de ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», *RDPC* 9, 2002, p. 250.

⁸⁴⁴ Véase en profundidad ROBLES PLANAS, *RDPC* 9, 2002, p. 250.

el periodista que ha creado las condiciones materiales para el asesinato de las personas cuyo artículo ha expuesto peligrosamente debería ser considerado partícipe, pues su comportamiento imprudente objetivamente expresa un claro sentido de continuación delictiva⁸⁴⁵. No hay pretexto para elevarlo a la categoría de autor solo por no haber obrado con dolo. Este exceso en contra del imputado al que conduce el modelo unitario de autor en los delitos imprudentes, se explica en virtud de la supresión del principio de accesoriedad en tanto *mediating principle* que limita proporcionalmente la responsabilidad del agente a la cualidad y calidad de su intervención.

En segundo lugar, la negación de una *imprudencia participable* impide, a la inversa de la situación señalada en el párrafo anterior, sancionar conductas que sí serían merecedoras de pena. Que el objeto de referencia de la participación no ha de ser un comportamiento imprudente significa acallar al Derecho penal frente a conductas que, si bien no pueden tratarse como ilícitos imprudentes autónomos, tampoco pueden ser consideradas neutrales. Por último, ha de añadirse una importante razón práctica que habla a favor de un sistema de incriminación flexible de las formas de intervención⁸⁴⁶. No se trata solo de la evidente cantidad de delitos imprudentes con la que ha de lidiar el sistema penal, sino antes de la necesidad apremiante de dotarlo de una estructura de imputación capaz de dar respuesta a la alta complejidad que alcanza la criminalidad económica, cuya *escena del crimen* suele montarse alrededor de organizaciones jerárquicas, cadenas de delegación de competencias, etc.

Si no voy errado, la fuerza de los argumentos anteriores deja preparado el camino para avanzar en el plano dogmático de un modo sucinto y contundente. Metodológicamente el contrapunto entre un sistema unitario de autor en los delitos imprudentes y un sistema diferenciador en los delitos dolosos, no solo es ineficiente en orden a una atribución justa de responsabilidades, sino que se enraíza en una distinción de carácter psicologizante que no ha de tener lugar en un sistema que pretende orientarse normativamente⁸⁴⁷. Por lo tanto, pasando a lo sistemático, no será necesario “que los intervinientes antes de actuar se conviertan en uña y carne”, en efecto, “no es el dolo de los intervinientes lo que fundamenta que se trate de algo en común, sino el ser competente por lo que acontezca, competencia que también puede concurrir faltando el dolo”⁸⁴⁸. Así, en el caso 30, a pesar de no existir una coordinación consciente en relación con el resultado de lesiones entre los dos operarios que arrojan la viga por la ventana, será suficiente con apreciar un reparto del trabajo objetivo (doloso o imprudente pero culpable) en función del cual posteriormente se determine el quantum de responsabilidad que le compete a cada uno, fundamento de su título de responsabilidad⁸⁴⁹.

⁸⁴⁵ Así FEIJÓO SÁNCHEZ, «La imprudencia en el Código penal de 1995», *CPC* 62, 1997, pp. 326; ROBLES PLANAS, *RDPC* 9, 2002, p. 242.

⁸⁴⁶ Así ROBLES PLANAS, *RDPC* 9, 2002, p. 227.

⁸⁴⁷ Poniéndolo de relieve JAKOBS, *GA*, 1996, p. 266.

⁸⁴⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1996, pp. 91 s.

⁸⁴⁹ Así JAKOBS, *GA*, 1996, pp. 263 ss.; LESCH, *GA*, 1994 pp. 119 ss. Señala FRISTER, *AT*, 2015, 25/26 que, así como la punibilidad de un coautor no depende del dolo del otro, también la intervención dolosa

Finalmente, en el caso 31 se trata nuevamente de una participación dolosa en un delito imprudente. La doctrina mayoritaria suele resolver estos casos con el prisma de la autoría mediata⁸⁵⁰. Pero bien mirado, cuando la intervención dolosa materialmente tiene menor envergadura que la ejecución imprudente, ha de apreciarse una participación dolosa en un delito imprudente. En el ejemplo citado, el inductor obra con dolo cuando motiva a su colega a incendiar la fábrica, pero ello no fundamenta automáticamente una posición superior basada en el conocimiento del devenir del acontecimiento. “Tal conclusión pervierte los principios fundamentales de la imputación jurídico-penal, ya que el mero “saber-más” no posee ningún significado específico para la imputación, sino que lo verdaderamente relevante es si la persona de delante tenía el deber de actualizar sus conocimientos”⁸⁵¹. En el caso 31 el inductor conoce que el incendio de la fábrica conducirá a la muerte del gerente, sin embargo, ello no significa una usurpación de la autonomía del hombre de adelante, ambos continúan expresándose objetivamente como agentes libres, pues, aunque el ejecutor lo haga imprudentemente no deja de serle imputable la posibilidad de adquirir el conocimiento necesario para motivarse en la norma⁸⁵². Este remanente de competencia en quien enciende la cerilla blinda su comportamiento como algo que no puede ser apropiado por quien interviene en la fase previa.

Sentado lo anterior y conforme la línea argumental seguida hasta aquí, no me parece precipitado afirmar que puede avanzarse aún más sobre la imprudencia como tipo subjetivo de la participación y, al mismo tiempo, como objeto de la participación, a través de un análisis distintivo entre los niveles de la antijuridicidad y de la punibilidad. En efecto, en el plano de la antijuridicidad, el agente puede infringir la norma de la participación a título de imprudencia, cuando le es exigible alcanzar un grado de conocimiento que le permita ver que está allanándole el camino al autor. A partir de un entendimiento subjetivizado y delimitado objetivamente de la norma primaria de la participación, cabe inferir correctamente tal conclusión. Desde luego, la decisión legislativa de tipificar expresamente las modalidades imprudentes (sistema de *numerus clausus*) influirá en la configuración dogmática de los tipos de participación imprudente, pues donde no se haya previsto una modalidad de autoría imprudente, es lógico que se objete una participación imprudente⁸⁵³.

Ahora bien, que la conducta contraria a Derecho del partícipe imprudente sea merecedora de pena es una cuestión que amerita un tratamiento diferenciado en el plano de la norma secundaria. Aquí, el legislador puede por razones político-criminales establecer un umbral de lesividad en virtud del cual junto con la accesoriadad externa en tanto regla dogmática de

en un hecho ajeno debería ser punible independientemente de la cuestión de si el autor mismo ha actuado dolosamente.

⁸⁵⁰ Esta conclusión es correcta únicamente mientras el hombre de atrás sea competente por la carencia de conocimientos de quien ejecuta, así JAKOBS, *La imputación objetiva en el Derecho penal*, 1996, p. 95.

⁸⁵¹ ROBLES PLANAS, *RDPC* 9, 2002 p. 250.

⁸⁵² En relación con la posibilidad de admitir la participación en los delitos imprudentes también se pronuncia SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, 2004, pp. 437 ss., quien, además siguiendo a JAKOBS, admite la participación imprudente en los delitos dolosos (véase en particular p. 464 n. 82).

⁸⁵³ Véase SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal*, 1997, p. 109, nota 276.

clausura, se exija una determinada configuración subjetiva del hecho principal en tanto presupuesto del castigo del partícipe⁸⁵⁴. En otras palabras, admitir la participación imprudente en el plano de la norma de conducta no es un dato definitivo para proceder a su refutación mediante pena en el plano de la norma de sanción. La ley puede válidamente estrechar de manera selectiva el tipo subjetivo que ha de presentar el hecho principal para habilitar el castigo de los intervinientes. En definitiva, la concreción del doble registro de la accesoriedad en su operación como *mediating principle* brinda un amplio espacio de juego para alcanzar soluciones justas, evitando elevar a delitos imprudentes contribuciones de importancia secundaria o asimilar eventuales conductas merecedoras de pena a fenómenos jurídico-penalmente irrelevantes.

Al adoptarse la perspectiva del injusto colectivo, no hay mayores inconvenientes para asumir que la accesoriedad, en tanto razón para la acción en el nivel de la norma primaria, admite la participación imprudente y, en tanto fundamento de la imputación en el nivel de la norma secundaria, explica la división del trabajo sin consideración a la forma de aparición del tipo subjetivo de los intervinientes. Esta no debe ser entendida como un pacto de injusto expreso en el que los miembros se vinculan intencionalmente para alcanzar un fin, sino como una distribución objetiva de tareas reconducible a la esfera de organización individual en más o en menos. Cuando se trate una competencia equivalente entre las distintas intervenciones podrá apreciarse una (co)autoría imprudente en cada uno de los intervinientes, si esto no es así, entonces entrará en consideración una eventual participación imprudente/dolosa en un hecho principal imprudente/doloso.

6.3. Nivel de la antijuridicidad

6.3.1. ¿Carácter accesorio o individual de las causas de justificación?

Las bases teóricas de la accesoriedad limitada, así como las de la accesoriedad objetiva, favorecen la transmisibilidad de las causas de justificación del autor al partícipe, mientras que la accesoriedad mínima sostiene más bien su incomunicabilidad. En consecuencia, el foco de análisis que en aquella se encuentra sobre la antijuridicidad de la actividad del autor, en esta se desplaza hacia la antijuridicidad de la actividad del partícipe. La extensión automática o el carácter exclusivamente personal de las causas de justificación es una consecuencia sistemática a la que subyace tanto el concepto de norma, como el fundamento del injusto de la participación previamente asumido. Si la norma de la participación es una norma de flaqueo y el hecho del partícipe toma su contenido de injusto del hecho del autor, al no

⁸⁵⁴ “Todos los hechos delictivos, sean dolosos en cualquiera de sus manifestaciones, o imprudentes, conscientes o inconscientes, responden a un mismo esquema. En todos ellos el sujeto infringe una norma directiva de conducta estando presentes todos los requisitos de la relación normativa. Ello significa que no hay diferencia estructural alguna entre dolo e imprudencia. La diferencia estaría solo en el objeto representado, con la única excepción del dolo de primer grado, en el que tiene importancia un elemento subjetivo específico que confiere un mayor disvalor a la acción objetivamente lesiva realizada”, MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 709.

comprobarse este, es inadmisibles que exista aquel⁸⁵⁵. Resultado: quien favorece o motiva la realización de un hecho justificado en ningún caso podría ser responsabilizado. En efecto, en la mayoría de los casos esto será así, pero no siempre, por lo que será necesario realizar ajustes o, mejor dicho, correcciones.

Ahora bien, el cuestionamiento de la comunicación absoluta de las causas de justificación de un agente a otro no ha de arrojarnos necesariamente a la red conceptual de la accesoriadad mínima. Que “el partícipe no está justificado, a no ser que concurriera en él, *personalmente*, alguna causa de justificación”⁸⁵⁶ es una conclusión incorrecta que debe evitarse. La independencia de juicios en el ámbito de la antijuridicidad no es equivalente a la necesidad de comprobar que el ordenamiento jurídico ha concedido personalmente una causa de justificación a cada interviniente⁸⁵⁷. Piénsese en el caso del

[Caso 32] vecino que le facilita una palanca al oficial de policía para forzar la puerta del domicilio que se le ha encargado registrar.

Al postularse que la situación de justificación no depende del contexto ni puede ser transmitida por el autor al partícipe, sino que ha de verificarse personalmente en cada interviniente, si se considera que el único autorizado para realizar el registro domiciliario es el funcionario policial, entonces en el ejemplo anterior habría de apreciarse una participación consumada. Para eludir esta conclusión a la que inevitablemente arrastra el modelo de la accesoriadad mínima, BOLDOVA PASAMAR se ve obligado, después de un gran esfuerzo argumentativo, a recurrir a un derecho general a la libertad de actuación que impediría prohibirle al partícipe colaborar en conductas permitidas⁸⁵⁸. Si entiendo bien, el partícipe actuaría típicamente, pero su conducta estaría justificada en un derecho a la libertad negativa reconocido en la Constitución, creándose acto seguido una cláusula de justificación suprallegal para los partícipes.

Sin embargo, no es necesario llegar tan lejos, pues el ejemplo 32 podría resolverse mediante la teoría de la imputación objetiva. Ahora bien, si pese a todo se decidiera postergar analíticamente el problema al plano de la antijuridicidad, igualmente la solución sería rápidamente alcanzada al comprobarse —aplicando el modelo de norma *supra* desarrollado— el conocimiento del vecino de que su actividad no se dirige a articularse con un hecho desvalorado desde la perspectiva del ordenamiento jurídico. Si el partícipe aprecia que el autor lesiona(rá) culpablemente una posición jurídica protegida, entonces le está prohibido favorecer o motivar su hecho. Por el contrario, si el partícipe *conoce* que el autor se comporta(rá) justificadamente, entonces no le está vedado actuar, adquiriendo su comportamiento el significado de una acción permitida. El juicio de antijuridicidad se debe

⁸⁵⁵ Así lo advierte correctamente ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, 1973, p. 306.

⁸⁵⁶ BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995 p. 155, la cursiva me pertenece.

⁸⁵⁷ En la antijuridicidad el partícipe accedería a la norma permisiva al cumplir con otro deber o ejercitar un derecho directa y personalmente, BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, p. 174.

⁸⁵⁸ BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, pp. 183 ss.

realizar sobre la actividad del agente según sus conocimientos delimitados objetivamente conforme su rol y proyectados a la existencia o no de un injusto culpable. Así, está permitida la adaptación a una actividad que se reconoce como no lesiva para la posición jurídica protegida a la luz del modelo de orientación objetivo plasmado en la norma promulgada en condiciones ideales.

De acuerdo con lo anterior, desde la perspectiva normológica asumida cabe la extensibilidad de las causas de justificación cuando estas sean apreciadas individualmente por el interviniente como tales. Los deberes jurídicos se delimitan teniendo en cuenta las circunstancias particulares del destinatario de la norma primaria; la permisón del comportamiento de los terceros no depende de la antijuridicidad del hecho principal, sino de la lesividad conforme la (válida) representación individual⁸⁵⁹. En tanto la percepción de la realidad del interviniente coincida con la del autor del hecho, el presupuesto de la aplicación de ambas normas será equivalente, no por que ello sea una condición necesaria de la justificación del partícipe, sino porque la percepción *ex ante* de la lesividad del hecho en tanto elemento decisivo para la creación de la directiva de comportamiento personal será la misma para ambos agentes.

Por ende, en el caso anterior, al vecino no le está vedado facilitarle una palanca al policía, aun cuando el auxilio a la autoridad no estuviese expresamente reconocido en el Código penal. Si ello se exigiera, inmediatamente surgirían problemas para determinar el sentido delictivo de conductas típicas de intervención no amparadas por cláusulas que habilitan al autor con arreglo al ejercicio de un derecho o el cumplimiento deber personal. Esta es la trampa en la que cae BOLDOVA PASAMAR, únicamente remediable a través del recurso a un abstracto derecho a la libertad de actuación, el cual no hace más que revelar los límites de su planteamiento. De lo dicho hasta aquí se desprende que el partícipe tiene permitido intervenir en un hecho cuando la ausencia de riesgo sea producto de un juicio individual derivado de sus conocimientos individuales delimitados objetivamente conforme su rol social.

6.3.2. Variaciones críticas de la participación en casos de error

A esta altura del trabajo queda en claro que la opción metodológica en el nivel de la norma primaria implica en la antijuridicidad renunciar a cualquier rasero objetivo que desborde las circunstancias personales del destinatario de la directiva de conducta⁸⁶⁰. Cuando el agente se encuentra frente a un hecho que es disvalorado por el ordenamiento jurídico tiene el deber —conforme su grado de conocimiento delimitado objetivamente por su específico rol

⁸⁵⁹ El interviniente no solo tiene permitido participar cuando conozca que se encuentra frente a una conducta justificada, sino también cuando aprecie que el ejecutor lleva adelante una tentativa inidónea. En este último caso, una aplicación coherente de nuestras premisas implicaría que tampoco podría defenderse legítimamente frente a ella por más antijurídica que sea. Así MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 813.

⁸⁶⁰ Acierta SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, pp. 766 ss. cuando observa que cabe realizar un juicio de antijuridicidad independiente para cada uno de los intervinientes en el hecho en virtud de la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación.

social— de no adaptarse, acoplarse o manipularlo; lo cual en el nivel de la norma de sanción podrá significarle un reproche a título de partícipe, coautor o autor mediato, respectivamente. Pero al igual que sucede en los supuestos de autoría individual, esto sucederá *sí y solo sí* existe una perfecta simetría entre los aspectos objetivos y subjetivos del hecho.

El partícipe individualmente puede autopostularse como tal frente a la norma de comportamiento, sin embargo, solo será necesario refutar esta expresión en el nivel de la norma de sanción, cuando el hecho alcance un umbral de lesividad en tanto actuar culpable colectivo. Esto podrá no suceder debido a una panorámica de situaciones fortuitas (el ejecutor se acobarda, el Estado impide el avance del delito, el móvil desaparece, etc.) o reconducibles al agente, de carácter voluntario (renuncia, desistimiento) o involuntario (por ejemplo, un error sobre la realidad en la que se involucra, el contenido de la norma, la culpabilidad del ejecutor, la magnitud de su rol, etc.). Por ende, solo es correcto aplicar una pena de participación cuando *el partícipe conozca o le sea cognoscible y el autor conozca o le sea cognoscible* el significado de la norma de comportamiento. En pocas palabras, cuando cada uno de ellos infrinja culpablemente —a título de dolo o imprudencia— la norma en el marco de un proyecto que avanza sobre la posición jurídica de la víctima como una unidad de sentido. Esto conduce nuevamente al problema de la (a)simetría en el plano subjetivo de los intervinientes, ahora relativo al contenido de la norma de comportamiento.

Para la doctrina mayoritaria los casos de error de prohibición son menos problemáticos que los de error de tipo, porque en ellos subsiste todavía el injusto doloso, tal cual es requerido por la accesoriedad limitada. No obstante, esto no es del todo verdad, ya que también en los casos de error de prohibición ha de realizarse un esfuerzo para mantener a salvo al injusto doloso, pues no está fuera de toda discusión que éste sea una causal de exclusión o atenuación de la culpabilidad, según el déficit del agente sea o no insuperable⁸⁶¹. De hecho, no solo se cuestiona integralmente este paradigma en la teoría de los elementos negativos del tipo, sino que incluso cuando se intentan moderar los resultados sistemáticos a los que conduce la teoría estricta de la culpabilidad en los casos de suposición errónea de la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, se termina equiparando el error de prohibición con el error de tipo⁸⁶². Y así, se perfora el injusto doloso que da lugar a la participación, trasladándose el problema del autor al partícipe. Si en estos casos no ha de disminuirse la culpabilidad, sino que ha de realizarse un reproche a título de imprudencia, entonces la participación vuelve a perder su anclaje doloso y la problemática es estrictamente equivalente a la del hecho principal cometido en error de tipo.

Ciertamente, podría señalarse que la cuestión anterior relativa a las hipótesis de error de tipo permisivo tiene una escasa importancia práctica, sin embargo, el más frecuente error sobre

⁸⁶¹ Véase ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, 1973, p. 302.

⁸⁶² Sobre ello KLESCZEWSKI, *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung*, escrito de habilitación, (inédito), 1998, p. 78, con más referencias; ROXIN, *AT*, 2006, § 14/55.

la prohibición del hecho (en el autor) tampoco es resuelto satisfactoriamente con el instrumental de la accesoriadad limitada. Por utilizar un ejemplo de manual:

[caso 33] Alguien le facilita a la madre un abortivo a su pedido, superando el límite de meses de gestación permitido. El cooperador conoce la prohibición, pero ignora que la autora no.

En estos casos se contaría con un injusto doloso como objeto de referencia de la participación, pero la clave de la solución del caso no reside aquí. De un modo análogo a la explicación brindada más arriba, en el plano de la antijuridicidad, la norma de conducta primaria es infringida individualmente cuando el partícipe pone a disposición del autor los medios materiales o motivacionales que impulsan la ejecución del hecho principal, actuar precedente que lo coloca en una especial posición de garantía frente a la futura ejecución. Por su parte, en el plano de la sancionabilidad, si *ex post* se determina que el autor obró padeciendo un error de prohibición *inevitable*, habrá de apreciarse una participación en grado de tentativa; sin descartarse una autoría mediata imprudente cuando el defecto no conocido del ejecutor sea exclusiva competencia del hombre de atrás⁸⁶³. Mientras que, si se comprueba la *evitabilidad* del error del autor, entrará en consideración una participación dolosa en un hecho imprudente.

Cuando *el interviniente conoce que el ejecutor desconoce* la existencia de los elementos del tipo objetivo o el significado de la norma se pone de relieve que en el nivel de la antijuridicidad pueden regir distintas normas objetivas conforme las específicas circunstancias que definen la relación comunicativa individual. Lo que para uno de los intervinientes aparece como prohibido puede para otro aparecer como permitido.

[caso 34] A quiere matar o lesionar a C suministrándole un compuesto tóxico. B, por sus conocimientos especiales, sabe que en este caso concreto el compuesto generalmente tóxico resulta inocuo para C o incluso es adecuado desde una perspectiva terapéutica⁸⁶⁴.

[caso 35] A se realizará un aborto en la creencia de que supera el límite de meses de gestación establecido por la ley. B sabe que A se encuentra dentro del periodo permitido.

En ambos ejemplos B se comporta de acuerdo con la norma de cuidado que para él rige, independientemente de que podría formularse en contra de A un reproche a título de tentativa. Por ende, si bien B conoce la antijuridicidad del hecho de A, podría perfectamente intervenir en él, ya que el objeto de referencia de *su* actividad no es una lesión prohibida de una posición jurídica ajena.

Ahora bien, si se invirtieran los ejemplos anteriores y A se comportase conforme a su norma de cuidado, pero el hecho apareciera para B como evidentemente lesivo, este tendría el deber de abstenerse de participar solamente cuando el activar el conocimiento especial formara parte de su rol objetivamente delimitado. De otro modo, se diluiría la frontera entre lo

⁸⁶³ Que la intervención dolosa frustrada puede concurrir idealmente con una autoría mediata imprudente es algo que se explica con base en la lógica de la calificación de la intervención como segundo momento del análisis estratificado de la intervención y el recurso al principio de autonomía (*supra*).

⁸⁶⁴ El ejemplo pertenece a MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 704.

objetivo y lo subjetivo en el injusto. Una norma de comportamiento individual no significa que todo conocimiento de la desviación de la prestación hacia lo delictivo se paga a precio de participación. Este razonamiento a todas luces insostenible echaría por tierra el avance que la teoría de la prohibición de regreso ha significado para la participación delictiva. Para terminar con este apartado son útiles los siguientes ejemplos:

[caso 36] A ataca a B, desconociendo que este se disponía inmediatamente a agredirlo. P que, sin embargo, conocía esta situación de agresión inminente le alcanza un palo a A.

[caso 37] A despliega una acción defensiva contra B. P que desconocía la situación de justificación, le alcanza un palo a A.

En los dos ejemplos se representan situaciones de justificación objetiva: el agredido se defiende legítimamente, en un caso no lo sabe y en otro sí. En aquel actúa antijurídicamente al carecer del elemento subjetivo de la justificación (tentativa) y en este actúa conforme a Derecho. La norma de actuación de P *ex ante* se fija teniendo en cuenta la peligrosidad del hecho a la luz de su propio juicio frente a la norma promulgada en condiciones ideales⁸⁶⁵. Por lo tanto, la valoración de la licitud de la actuación del tercero como partícipe o como tercero auxiliador variará en función de si conoce que el hecho de A es disvalorado por el ordenamiento jurídico [norma de participación para P = intervención prohibida] o considerado valioso [norma defensiva para P = intervención permitida].

6.3.3. Manipulación del auxilio en situaciones de justificación

Conforme lo dicho hasta aquí, la antijuridicidad de la conducta del autor no ha de operar como condición de posibilidad de la antijuridicidad de la participación, ni a la inversa, su justificación ha de bloquearla. Hace tiempo que se ha advertido lo problemático de la tradicional idea contraria cuando el autor obra justificado, pero el agente pareciera realizar un injusto merecedor de pena al utilizar el contexto objetivo de la permisión como plataforma para su actividad lesiva⁸⁶⁶. Para representar esta situación tomemos el ejemplo más paradigmático:

[caso 38] Un tercero le proporciona un puñal a quien se está defendiendo de una agresión, aun cuando habría bastado con alcanzarle un bastón que tenía a disposición⁸⁶⁷.

Inicialmente, ha de contarse con tres soluciones posibles. a) En primer término, una aplicación rigurosa del modelo de la accesoriedad limitada conduce a la impunidad del interviniente. b) En segundo término, un sector minoritario de la doctrina aprecia una

⁸⁶⁵ Así MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 705: “La lesividad serviría como núcleo de las diversas normas de los diferentes sujetos que puedan intervenir en el hecho. Tanto la del sujeto ‘principal’ como las de terceros. Para cada uno su norma se formularía sobre la base de un deber personal, ajustado a sus características individuales, cuya finalidad última fuera evitar el hecho lesivo. Pero es muy importante resaltar que para ninguno de estos sujetos sería una condición de aplicación de su norma el que otro hubiera infringido un deber personal impuesto por la norma a este”.

⁸⁶⁶ Véase ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, 1973, pp. 302 ss. con ulteriores referencias bibliográficas.

⁸⁶⁷ El ejemplo original pertenece a JAKOBS, *AT*, 1991, 11/60.

participación consumada. Tal conclusión se alcanza mediante el aparato conceptual de la accesoriedad mínima o a través de un completo rechazo del principio de accesoriedad de la participación. c) Por último, otra opinión doctrinaria advierte una autoría mediata: el agente manipularía la situación de necesidad del agredido para lesionar al agresor.

a) Ante todo, en casos de esta índole ha de impugnarse la justificación de la conducta del partícipe. Como ya señalé, de este resultado no puede huirse si al operar metodológicamente con el aparato conceptual de las teorías del fundamento derivado del injusto de la participación: si el hecho del partícipe toma su contenido de injusto del hecho del autor, entonces es un contrasentido castigar a aquel cuando este se comporta lícitamente. Pero esta solución es axiológicamente intolerable y suena a fraude de ley. La situación que habilita la permisión no puede ser concebida como un absoluto que subordina por completo la relación normativa del interviniente a la relación normativa del autor. La afectación de una misma posición jurídica puede estar permitida para un agente y prohibida para otro, no modificando esto que las actividades de ambos se enlacen fácticamente entre sí. Autor y partícipe pueden formular juicios de peligro objetivos perfectamente correctos según sus propios conocimientos, aunque siendo incompatibles entre sí, relativizándose en consecuencia el juicio de antijuridicidad⁸⁶⁸.

En el ejemplo 38 si bien la posición jurídica objeto de la actividad de los intervinientes es *fácticamente* idéntica, la relación *normativa* existente entre norma y destinatario es diversa conforme las capacidades individuales y el grado de conocimiento de los extremos de la situación de necesidad⁸⁶⁹. Su no activación o manipulación imputable implica que en casos como el analizado el agresor devenga agredido y la defensa en manos del tercero agredido. Por ende, no basta con conocer la situación de justificación, sino que, además, es necesario adaptarse a ella sin utilizarla como plataforma para la lesión de posiciones jurídicas protegidas. En el ejemplo, si bien el agredido carece de un medio menos lesivo o desconoce su existencia, el tercero auxiliador, por el contrario, no. Ha de evitarse la (sutil) malinterpretación naturalista —en ocasiones también arraigada en el pensamiento más normativista— relativa al carácter objetivo del contexto de justificación y su inmediato efecto de halo para con todos los intervinientes. Detrás de esta idea subyace un concepto de injusto

⁸⁶⁸ Así MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, 2001, p. 78.

⁸⁶⁹ JAKOBS, *AT*, 1991, 11/60 s. recurre a la idea de *justificación relativa* para explicar estos casos. La valoración de lo común tendría lugar con carácter relativo, conforme las capacidades individuales de cada agente. Así, la intervención referida a la persona del que contribuye podría no ser necesaria por mucho que lo fuera para el que realiza la acción, que no dispone de otros medios. El resultado que alcanza JAKOBS es correcto, aunque requiere precisiones en cuanto a sus fundamentos, pues ¿cuál es *normativamente* el resto común que comparten autor y partícipe cuando uno de ellos actúa antijurídicamente y el otro lo hace justificadamente? Pareciera que no es otra cosa que el menoscabo de la posición jurídica de la víctima de la intervención en tanto realización típica. Sin embargo, esta es una concesión naturalista difícil de concebir en su sistema. Para aceptarla, es conveniente explicar la situación de justificación conforme la relación individual del interviniente con la norma de comportamiento. En otras palabras, el hecho no está justificado relativamente, es la permisión la que es relativa a los conocimientos y capacidades objetivamente delimitadas de cada uno de sus destinatarios. Dicha apreciación no es sencillamente un matiz, pues de ella se derivan, tal como veremos, consecuencias sistemáticas precisas.

a veces demasiado *amplio* y otras veces demasiado *estrecho*, al mismo tiempo que se echa de menos un anclaje normológico preciso, extremos que solo son subsanables a través de un análisis distintivo de la antijuridicidad y punibilidad del comportamiento de los intervinientes.

b) También ha de rechazarse la posibilidad, conforme el modelo de accesoriedad asumido en esta investigación, de apreciar una participación consumada⁸⁷⁰. En efecto, lo único en común que existe entre autor y partícipe es un contexto circunstancial que no permite valorar, en tanto ensamblaje imperfecto, la intervención de todos los agentes como una expresión de sentido común. Cuestión que supera ampliamente el mero formalismo teórico repercutiendo en marcos penales que no capturan el verdadero contenido de injusto de la intervención. Que el autor se valga obligadamente de la prestación del tercero —desde su punto de vista, auxiliador— para defender sus bienes, nada prejuzga sobre la valoración individual de la actividad de este último. No puede estimarse que el agente toma parte en una actividad que no es delictiva como tal, en orden a la aplicación de una pena de participación en el nivel de la norma de sanción. Sencillamente, el tercero es el único competente por el *plus* de daño que sufre el agresor, desconociendo su derecho a un mínimo de solidaridad, tanto si lo hace mediatamente a través del agredido o directamente de propia mano. Desde luego, quien haciendo un uso elemental de la teoría de la imputación objetiva admita esta conclusión, habrá de preguntarse acto seguido si el tercero infringe únicamente un deber positivo de solidaridad mínima para con el agresor o si, dado el caso, infringe un deber negativo de no lesionar⁸⁷¹.

c) Para responder a esta última pregunta simplifíquese por un momento el ejemplo 38. Imagínese que no existe un tercero auxiliador, sino únicamente un agredido que tiene a su alcance tres medios de defensa: un bastón, un puñal y una botella con ácido. Si *ex ante* un bastonazo hubiera sido una defensa idónea, el utilizar el puñal podría ser valorado jurídico-penalmente como una respuesta demasiado drástica que vulneraría el mínimo de solidaridad mínima al que tiene derecho el agredido a ser encausado en la figura de la omisión de socorro (infracción de un deber positivo)⁸⁷². Ahora bien, tampoco habría grandes dudas en la hipótesis en la que el agredido se hubiese servido de la botella de ácido: la doctrina sin vacilaciones admitiría un exceso intensivo que fundamentaría un reproche a título de dolo (infracción de un deber negativo). Este análisis ha de ser estrictamente análogo cuando en la situación de justificación interviene un tercero que contribuye a la defensa: si este ejerce la defensa de propia mano, la drasticidad de su intervención habrá de significarle un reproche

⁸⁷⁰ Así ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, 1973, pp. 305 s.

⁸⁷¹ Tanto el infractor de un deber positivo, como el de un deber negativo ponen en tela de juicio la personalidad de la víctima, sin embargo, ambos casos no pueden ser tratados con el mismo rigor o indulgencia.

⁸⁷² El agresor “debe seguir siendo respetado como persona, pues la agresión no le hace perder su derecho a un mínimo de solidaridad. La incumbencia del agresor por la creación de la situación de legítima defensa encuentra un límite en la necesidad racional del medio empleado para la defensa de los intereses del agredido”, PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 345 s.

a título de omisión de socorro en autoría directa si se sirviera del puñal en lugar del bastón y de lesiones dolosas graves en autoría directa si rociara con ácido al agresor.

¿Por qué entonces normativamente las cosas habrían de ser distintas si el tercero no actuase de propia mano, sino que lo hiciese a través del agredido? En un contexto de agresión cuando el agente se autopostula como auxiliador está autorizado a actuar solo dentro de los límites de la permisión frente a la cual se adapta, ya sea que actúe directa o mediatamente. El caso 38 ha de resolverse, por ende, como un supuesto de omisión de socorro en autoría mediata en la modalidad de omisión por comisión, en tanto el tercero auxiliador no respeta el derecho al mínimo de solidaridad del agredido, lo que implica utilizar, de entre los medios defensivos disponibles, el que signifique la pérdida mínima para sus intereses jurídicos⁸⁷³. Pero, dado el caso, del mismo modo que sucede con la persona del agredido, cuando su actividad desborde los contornos de la justificación a tal punto que se trate de una actividad antijurídica independiente —por ejemplo, el arrojar ácido sobre el rostro del agresor— entonces será posible responsabilizar al agente por la infracción de un deber negativo de no lesión en autoría mediata (instrumentalización del agredido)⁸⁷⁴. Desde luego, y con base en los argumentos brindados previamente, si subsistiera un remanente de responsabilidad del agredido al seleccionar el medio de defensa, sería posible apreciar tanto una coautoría como una participación del tercero interviniente —a título de dolo o imprudencia—.

6.3.4. Límites de la actuación del tercero auxiliador en casos de provocación

Por último, vinculado con el tratamiento realizado hasta aquí, me gustaría poner en tela de juicio la tradicional admisión de la legítima defensa para el tercero auxiliador, aunque hubiera mediado provocación suficiente de parte del agredido —quien estaría limitado a reaccionar en estado de necesidad defensivo⁸⁷⁵—. Esto es incorrecto. El actuar del tercero también está restringido al estado de necesidad defensivo. Reconocerle al agredido la posibilidad de contar con la defensa plena de un tercero cuando este sabe que la agresión se explica en parte por el comportamiento de su defendido, significaría una injusta desventaja para la víctima de la intervención. En los casos de provocación, tanto el agredido como el agresor están obligados a compartir los costes de la solución del conflicto, que a ambos les pertenece. La intervención de un tercero en nada cambia la cuota de responsabilidad de cada una de las partes, si estas conocen que la creación del peligro no es asunto exclusivo del agresor (si el tercero auxiliador ignorara la provocación del agredido y reaccionara en legítima defensa estaríamos frente a un caso que debería resolverse en el ámbito del error). El trabajar con una norma de

⁸⁷³ Véase PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, p. 347, con ulteriores referencias bibliográficas.

⁸⁷⁴ La violencia amparada por la legítima defensa queda excluida cuando representa una despersonalización del agredido, así JAKOBS, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, 2003, p. 145.

⁸⁷⁵ No ignoro que esta conclusión es objeto de una viva controversia. Sobre ella PALERMO, *La legítima defensa*, 2006, pp. 349 ss.

conducta individual objetivamente delimitada impide que sea sistemáticamente irrelevante el conocimiento de los extremos de la situación de necesidad por parte del tercero defensor.

6.3.5. Adición

Que el autor puede obrar justificadamente y el partícipe antijurídicamente en un mismo contexto se comprueba no solo en hipótesis como la presentada en los ejemplos 37 y 38, sino también en la práctica del agente provocador. Detrás de esta técnica de investigación se esconde otro enérgico argumento a favor del punto de partida normológico asumido. El *agent provocateur* no se comporta de forma contraria a Derecho, sino que se encuentra amparado en la necesidad estatal de realizar una prevención y persecución eficaz de los delitos. La intervención del policía que es imprescindible para combatir la criminalidad en determinados ámbitos (tráfico de drogas, crimen organizado, etc.), si bien no deja de ser penalmente típica, se encuentra justificada en estado de necesidad. Conforme con ello, nuevamente nos hallamos con un inductor que —siempre en el marco de los límites de la permisión— actúa justificadamente y un autor que lo hace antijurídicamente. Dicha conclusión no puede ser aceptada sin contradicciones por la doctrina dominante y, en consecuencia, no tiene otra opción que trasladar el problema de la criminalidad provocada por el Estado al plano de la punibilidad.

6.4. Nivel de la culpabilidad

6.4.1. Hechos de inimputables

Uno de los principales argumentos brindado en Alemania por el círculo académico contrario a la accesoriadad máxima fue la necesidad de admitir la participación en hechos realizados por inimputables, lo que se creía colmaría ciertas lagunas de punibilidad sin forzar la aplicación de la figura de la autoría mediata. No obstante, esta opción acabó siendo tan nociva como superflua. Nociva porque trastornó toda la teoría de la intervención delictiva en sus distintos niveles, tal como se terminará de comprobar ahora en el plano de la culpabilidad. Superflua porque la complicidad e inducción en el hecho de un menor de edad o un enajenado mental eran hipótesis absolutamente excepcionales que se encontraba contempladas en el Derecho positivo vigente (*supra*). Por ello, aún hoy es necesario discutir si efectivamente la accesoriadad limitada resuelve estos casos de una manera justa y generalizada, o sí, por el contrario, se trata de una estrategia para convertir las derrotas sistemáticas en los niveles de la tipicidad y antijuridicidad en una victoria en el nivel de la culpabilidad.

La opinión dominante afirmaría que el siguiente ejemplo es un supuesto modélico de participación:

[caso 39] El vecino del 4to. c) sufre un trastorno mental y planea matar al cartero. A tal efecto, le pide a su vecino lindante, quien conoce la psicosis, una ballesta de caza.

Apreciar una participación sería válido a partir de las premisas de la accesoriadad limitada. Sin embargo, esta solución no es producto sino de una moneda falsa que por casualidad hace

funcionar la máquina al caer por la ranura, pues en los demás casos el silogismo que la precede conduce a resultados axiológicamente inaceptables. No tenemos más que mirar el caso 41 (*infra*) donde, según la accesoriadad al injusto doloso, habría de castigarse al auxiliador que, sin estar apremiado por el conflicto de intereses que excluye la culpabilidad del autor, colabora teniendo en mente resolver el conflicto de la manera más económica para las posiciones jurídicas en peligro. Este es otro argumento que habla a favor de una permisión construida tomando como base un modelo de norma de conducta individual: si el tercero conoce el conflicto de motivos del autor —aunque objetivamente no se encuentre comprendido en él— y se adapta sin modificarlo, no realiza algo prohibido. Se trata nuevamente de la accesoriadad prospectiva al injusto culpable en el nivel de la norma primaria. Con el contraste entre los casos 39 y 41 (que analizaré en detalle más abajo), lo que me interesa refutar es la idea de que la accesoriadad limitada criminaliza menos al recortar el ámbito de aplicación de la autoría mediata. Si bien esto sería verdad en el ejemplo del inimputable, al realizar un balance general sobre las soluciones alcanzadas en diversas hipótesis en las que subsiste un injusto doloso, pero no hay necesidad de pena, se advierte que la accesoriadad limitada termina criminalizando más al trasladar el problema del ámbito del injusto al de la culpabilidad. Cuando, en rigor, el sentido de la conducta del interviniente podría elucidarse mucho antes.

La idea central que subyace a la solución de este caso no es más que un desarrollo singular del planteamiento propuesto para la denominada “participación sin autor”⁸⁷⁶. Al igual que en el caso 18, el hecho de un agente que no está en condiciones de desautorizar la norma no es un objeto de referencia idóneo de la intervención, pues lo que falta es el tomar parte en un actuar de otro agente libre. La otredad del inimputable no es susceptible de mediación, sino solo de apropiación. Quien manipula una situación desgraciada —que ahora no es el incendio provocado por un rayo, sino la enfermedad mental del ejecutor— ha de ser considerado autor; dueño de ese porvenir dañoso del que se apropia. El facilitador de la ballesta de caza no es enteramente responsable por la enfermedad que padece su vecino, sin embargo, con esta actividad hace suyo ese defecto. Así, nadie puede disputarle el título de autor, el cual no tiene que identificarse con la ejecución del tipo por parte del enajenado mental.

Ahora bien, si el peligro derivado de la enfermedad mental fuera reconducible a la actuación responsable de un tercero —acaso encargado de suministrar la medicación adecuada— entonces se aprecia, dado el caso, una participación imprudente o dolosa en un delito imprudente o doloso del garante de contener la fuente de peligro. Por otro lado, la solución propuesta en el párrafo anterior también se modifica si existiese un error sobre el papel de la intervención. Cuando el agente en error *ex ante* cree que interviene en el actuar de otro agente libre, y *ex post* se comprueba que en realidad acabó siendo un agente no libre, se producirá una asimetría entre los registros prospectivo y retrospectivo del principio de accesoriadad.

⁸⁷⁶ Véase en este mismo capítulo el punto 6.1.2.

Esto conduce a afirmar una participación en grado de tentativa⁸⁷⁷ que concurre, dadas las circunstancias, con una autoría mediata imprudente. Con todo, la actividad del tercero (influjo o colaboración) en relación con el inimputable no puede ser automáticamente convertida en autoría mediata⁸⁷⁸ si el agente no ha usurpado (dolosa o imprudentemente) la libertad del ejecutor. Sobre la construcción de una autoría mediata imprudente al margen del criterio del dominio del hecho y centrada en la demostración de la usurpación de la autonomía del ejecutor, me remito a las consideraciones brindadas al analizar los casos 27 y 28⁸⁷⁹.

6.4.2. Situaciones de necesidad

Ciertamente, tampoco es posible resolver con el modelo de la accesoriedad limitada los problemas que se plantean cuando el autor actúa apremiado por una situación de necesidad. Cabe distinguir dos supuestos:

a) En primer término, puede suceder que sea el tercero quien cree la situación de peligro:

[caso 40] A amenaza con matar a B si no accediere carnalmente en su presencia a C⁸⁸⁰.

Apreciar un estado de necesidad justificante en B —tal como lo hacía MIR PUIG en las primeras ediciones de su manual⁸⁸¹— cancelaría el injusto doloso y una coherencia aguda exigiría afirmar una autoría mediata de A. Pero esta solución genera una situación paradójica: si se insiste en la autoría mediata, se echa por tierra la categoría de los delitos de propia mano, mientras que, si se intenta mantener incólume este edificio teórico defendiendo la inducción de A, se choca de frente con el principio de accesoriedad limitada. MIR PUIG cae preso de esta trampa y se decanta por esta última alternativa, capitulación que no tardan en hacerle notar sus críticos⁸⁸²: si la conducta de B está justificada, no sería posible fundamentar una inducción a partir del modelo limitado de accesoriedad.

Frente a este análisis, la salida obvia —y correcta— es reconducir la situación de B al plano de la culpabilidad, permaneciendo intacta la antijuridicidad de su hecho en tanto objeto de referencia de la participación. Con todo, si se pretendiera tratar a A como un inductor, acto seguido la doctrina mayoritaria debería dar explicaciones adicionales en relación con la teoría del dominio del hecho, pues en rigor la agresión contra C se encuentra en manos de A⁸⁸³,

⁸⁷⁷ La cual podrá significarle eventualmente una pena en aquellos ordenamientos que contaren con disposiciones de adelantamiento de la barrera de punibilidad.

⁸⁷⁸ Correctamente JAKOBS, *AT*, 1991, 24/4.

⁸⁷⁹ Véase en este mismo capítulo el punto 6.2.3.

⁸⁸⁰ El ejemplo pertenece a MIR PUIG, *PG*, 3ª ed., 1990, lecc. 15 II 3 y es suprimido en las ediciones posteriores del manual sin haber sido satisfactoriamente resuelto con base en el modelo de accesoriedad limitada allí propuesto.

⁸⁸¹ MIR PUIG, *PG*, 1990, lecc. 15 II 3.

⁸⁸² Así SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, p. 771, nota 58; BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995, p. 146.

⁸⁸³ Así MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, 7ª ed., 1989, § 53/96, con más referencias.

quien no podría ser tratado como un partícipe⁸⁸⁴. Por ello, la solución de este caso transcurre por la figura de la autoría mediata, la cual —previo abandono de la categoría de los delitos de propia mano⁸⁸⁵— no solo es plausible con el instrumental que provee la teoría del dominio del hecho, sino que todavía se vuelve más contundente si se recurre al principio de autonomía. El “hombre de atrás” mediante amenazas suprime la libertad del ejecutor y, por ende, es el único responsable por la afectación de la esfera jurídica de la víctima. En definitiva, el triángulo conceptual accesoriadad limitada/dominio del hecho/delitos de propia mano es completamente prescindible y reemplazable por el principio de autonomía en la norma primaria y la accesoriadad máxima en la norma secundaria.

b) En segundo término, la inexigibilidad de un comportamiento conforme a Derecho puede emerger de una situación de peligro que sea producto de una desgracia.

[caso 41] Durante una expedición de montañismo, A atado mediante una cuerda al turista C, sufre una caída, y B, quien no se encuentra unido a los primeros, aconseja a A cortar la cuerda para salvarse, sacrificando a C, única manera de evitar que el accidente sea fatal para ambos⁸⁸⁶.

Dado el caso, A podría invocar una causal de exclusión de la responsabilidad por el hecho. Las razones en las que se fundamentaría la eximición de pena al autor son objeto de un vivo debate⁸⁸⁷, el cual se vuelve a su vez más oscuro cuando se trata de determinar si quienes participan en el conflicto han de ser alcanzados o no por el mismo juicio valorativo. Prueba de ello es la letra del § 35 StGB, el cual exculpa a quien, en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de un modo menos lesivo, cometiera un ilícito con el fin de evitarlo para él, un pariente u otra persona allegada. Nada se dice sobre el tercero auxiliador imparcial, quien al no encontrarse apremiado en su propia persona o estar vinculado a quién sí lo está, en principio habría de responder por el hecho que ha motivado o favorecido. Así, en el caso 41, B habría de ser castigado como inductor de homicidio, mientras que el autor podría ser exculpado, pues el conflicto de bienes y motivos, la coacción psíquica o el instinto de autoconservación que fundamenta la exculpación del autor, no se comprobarían en el

⁸⁸⁴ Así, en términos generales, BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, p. 59: “*Wer jemanden zu einer rechtswidrigen Tat nötigt, zwingt ihm seinen Willen auf und ist darum (mittelbarer) Täter, nicht Teilnehmer*”.

⁸⁸⁵ Correctamente PUPPE, «Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung», *ZStW* 120, 2008, pp. 514 ss., 525, con más referencias bibliográficas.

⁸⁸⁶ El ejemplo original pertenece a MAURACH/ZIPF/GÖSSEL, *AT*, 7ª ed., 1989, § 53/96.

⁸⁸⁷ Sobre la discusión SILVA SÁNCHEZ, «Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand», *FS-Hruschka*, 2005, pp. 681 ss.; EL MISMO, «Sobre las situaciones de necesidad que no implican deberes de tolerancia», *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, pp. 221 ss.; PALERMO, «Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: las tesis del Profesor Silva Sánchez», *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, 2010, pp. 133 ss.

partícipe⁸⁸⁸. Esta solución ha sido muy criticada por la doctrina⁸⁸⁹, sin embargo, los problemas que genera este caso no se acotan al ordenamiento alemán.

Con todo, el problema de fondo continúa siendo el injusto doloso en tanto objeto de referencia de la participación. Si los defensores de este modelo resuelven sin vacilar el caso 39 como una participación punible, entonces aquí igualmente tendrían que castigar a quien intercede a favor del mal menor cuando no entraran en consideración los conceptos que fundamentan la disculpa en la persona del autor. Sin embargo, sería difícil encontrar razones de prevención general que justificaran la pena en el partícipe y la excluyeran en el autor. Tampoco podría alegarse que existe una manipulación intolerable del destino en manos del partícipe que sacudiría el sentimiento de seguridad jurídica de la generalidad, en tanto no es B quien corta la cuerda de propia mano desplazando el conflicto hacia C, sino que es el propio necesitado A, quien de manera autorresponsable decide sobre la situación de peligro a partir de los argumentos brindados por el tercero, los cuales a su vez conducen a la solución menos costosa para los bienes en juego.

Conforme lo anterior, una parte de la doctrina formula una “accesoriedad intermedia” a caballo entre la accesoriedad limitada y la accesoriedad máxima, según la cual el objeto de referencia de la participación sería una acción típica, antijurídica y *responsable*, que excluiría la penalidad del partícipe en situaciones de no exigibilidad para el autor⁸⁹⁰, evitándose situaciones contradictorias —o cuando menos contraintuitivas— desde un punto de utilidad social en las que se penara al partícipe y se disculpara al autor. No obstante, esta perspectiva trata de deshacerse del problema mediante un simple suplemento sistemático que deja de lado todo lo que está en juego en el plano metodológico de la discusión y, en los hechos, se termina acercando a un modelo de accesoriedad máxima. De este modo, el modelo limitado acaba conduciendo a una interminable postergación: el caso es siempre demasiado complejo, siempre hay cuestiones ulteriores que descifrar. Contra esta forma, mi tesis representa un gesto de simplificación radical: a la *determinación individual* del “sí o no” de la antijuridicidad corresponde, a su vez, la *determinación colectiva* del “sí o no” de la punibilidad. Esto implica lo siguiente.

En el nivel de la norma primaria la colisión de bienes y motivos impide que pueda hablarse de una directiva de conducta eficaz para el ejecutor o el auxiliador. En el caso del interviniente, se trata de una actividad proyectada a un injusto no-culpable del ejecutor y, por ende, no prohibida. No se presentan los requisitos exigidos por la accesoriedad prospectiva en la norma primaria. Si la directiva de comportamiento que se concreta en el destinatario ha

⁸⁸⁸ Así BOCKELMANN, *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, 1949, p. 7 con cita a KOHLRAUSCH: “Bei beschränkter Akzessorietät die Teilnahme an lediglich entschuldigtem Notstandstaten strafbar sei, wenn nicht dem Teilnehmer seinerseits Schuldaußschließungsgründe zur Seite stünden”, véase también p. 59.

⁸⁸⁹ SILVA SÁNCHEZ, en *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, pp. 253 ss. explica que la eximición de pena también habría de alcanzar a los partícipes cuando estos “participen” del conflicto subjetivo de motivos del autor.

⁸⁹⁰ Véase BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995 p. 137.

de construirse teniendo en cuenta los conocimientos personales que orientan su actividad, entonces cuando el tercero conozca la situación de necesidad que apremia al autor —aunque objetivamente no se encuentre comprendido en ella— y se adapte sin modificarla, realizará una conducta permitida de intervención. Ahora bien, incluso cuando se cuestionase una aproximación normológica basada en una norma de conducta individual en el nivel de la antijuridicidad, la ausencia de pena también se alcanzaría en el nivel de la norma de sanción mediante el recurso a la accesoriadad máxima. La adecuación del comportamiento del autor a la situación de necesidad desde una lógica consecuencialista de utilidad social⁸⁹¹ obstará a un reproche individual a título de culpabilidad, circunstancia que cancelará hecho colectivo en tanto unidad de sentido impidiendo el castigo al interviniente por participación consumada. En otras palabras, la exculpación del autor impediría apreciar una expresión de sentido colectiva perfecta (culpable, libre) en tanto presupuesto de la pena del partícipe.

Al trabajar con las herramientas conceptuales ofrecidas, casos como el anterior se resuelven de una manera más económica. Dicho análisis termina de comprobar que la cota de la accesoriadad limitada es demasiado baja para resolver las situaciones problemáticas que se plantean en el nivel de la culpabilidad, apreciándose intervenciones punibles donde no las hay, forzándose la teleología de la participación delictiva e intentándose remediar estos resultados mediante fórmulas de dudosa fundamentación. El contenido de ilícito del hecho principal en tanto injusto doloso no es suficiente para soportar las acciones de participación punibles. Lo correcto, por ende, es requerir en la norma de sanción un hecho principal con mayores exigencias, el autor debe de actuar culpablemente, sin perder de vista que el agente se vincula con los mandatos y prohibiciones del ordenamiento jurídico a partir de una representación individual de la realidad.

6.5. Esbozo para la atribución de responsabilidad en los “delitos especiales”

6.5.1. Ideas a desarrollar

Falta por ver cómo se pone a prueba el modelo de accesoriadad defendido en esta investigación en el ámbito de los delitos especiales. No obstante, presentar en detalle esta categoría delictiva excedería con mucho el alcance de mi trabajo. En consecuencia, me limitaré a exponer un esquema simplificado, necesitado por ello de ulterior matización, de cómo debe abordarse la cuestión. Para una mayor claridad explicativa puntualizo en forma de tesis las principales ideas que desarrollaré a continuación:

1. El principio de accesoriadad de la participación rige de forma irrestricta tanto para los delitos comunes como para los delitos especiales propios en sentido estricto, propios en sentido amplio e impropios.
2. En los delitos especiales impropios y en los llamados delitos de infracción de deber en sentido amplio el estatuto del principio de accesoriadad es estrictamente análogo

⁸⁹¹ En términos generales SILVA SÁNCHEZ, *Consideraciones sobre la teoría del delito*, 1998, pp. 248 y ss.

al de los delitos comunes. En los delitos especiales en sentido amplio, no obstante, se supedita la relevancia penal de la conducta a que la calidad especial exigida por el tipo concurra en alguno de los intervinientes.

3. En los delitos de infracción de un deber el estatus especial no define *ad intra* automáticamente el título de imputación. La calificación de la intervención como de autoría o de participación corresponde a un segundo nivel analítico de la teoría de la intervención y viene impuesta por el principio de proporcionalidad.
4. En los delitos de infracción de un deber el principio de accesoriedad opera *ad extra* en su faceta negativa, la prohibición de regreso. Ella como tal no es la ausencia del orden simbólico de la accesoriedad, sino su anverso en relación con el tipo especial.
5. La norma primaria de la participación establece un deber general de no impulsar proyectos delictivos por mano ajena que abarca la actividad del *extraneus* frente a la afectación de la institución en los delitos de infracción de un deber. Sin embargo, en el nivel de la norma secundaria al no poseer el estatus especial, en tanto elemento fundamentador de la pena, no podrá ser sancionado. Para su punibilidad los ataques contra la institución habrán de tipificarse expresamente.
6. La actividad antinormativa no punible explica la adopción de medidas intermedias de frustración del proceso ejecutivo a costa del *extraneus*, así como una eventual pena de participación en grado de tentativa cuando se tratase de un delito grave, en los ordenamientos jurídicos que contaren con tales cláusulas.

6.5.2. Aproximación general a la categoría delictiva

Hasta ahora, la investigación se ha centrado en resolver el problema del principio de accesoriedad en la participación en los delitos comunes. En esta última parte, cabe aproximarse a los delitos especiales, donde la interacción entre autor y partícipe parece estar regida por reglas de imputación que distorsionan la operatoria del principio de accesoriedad. A grandes rasgos, los delitos comunes son aquellos comisibles por cualquier persona, mientras que en los delitos especiales el autor ha de presentar una especial calidad o condición. Sobre esta clasificación de primer nivel existe un acuerdo prácticamente unánime. No lo hay, en cambio, en relación con la clasificación de segundo nivel dentro de los delitos especiales. En el plano formal, tradicionalmente se distinguió entre delitos especiales propios e impropios según el delito especial guardara correspondencia con un delito común. En el plano material, más modernamente, se intenta atender al fundamento de la responsabilidad, diferenciándose en virtud de si la especialidad es producto de una técnica de tipificación (delitos especiales en sentido amplio, delitos de dominio o de posición) o de si responde a una determinada posición institucional (delitos de infracción de un deber, delitos asociados a una posición institucional o especiales en sentido estricto). Junto con ello, se señala recientemente que esta clasificación dual no tendría presente que algunos delitos poseerían tanto elementos de infracción de un deber como elementos de organización (delitos especiales mixtos).

Puntualmente, el siguiente tramo de la exposición se desarrolla en relación con los delitos de infracción de un deber, cuya particularidad no es producto de una técnica de tipificación,

sino de la específica posición institucional que ocupa el agente obligado. En efecto, la lógica de los delitos especiales impropios es estrictamente análoga a la que rige para los delitos comunes, solo conteniendo agravaciones penológicas de carácter personal, elementos típicos accidentales de los que no emerge una nueva figura delictiva⁸⁹². Por ende, frente a estos delitos —detenciones ilegales, favorecimiento de fuga, entre muchos otros— opera a máxima capacidad el principio de accesoriedad de la participación⁸⁹³. Lo mismo ha de predicarse en relación con los delitos especiales en sentido amplio, donde el tipo penal si bien exige una determinada cualificación en el agente —sin que exista un delito común que discorra de modo paralelo— esta únicamente tiene como propósito restringir la prohibición a un grupo de destinatarios que se hallan en una posición *especialmente* idónea para lesionar la posición jurídica protegida⁸⁹⁴. Para que el círculo de sujetos activos se abra a quien inicialmente no posee la cualificación exigida por el tipo es necesario que intervenga alguien que la ostente, no influyendo ello en la ulterior calificación como autor o partícipe. Se mencionan como ejemplos dentro de esta categoría al delito fiscal y los delitos societarios⁸⁹⁵.

6.5.3. Dos preguntas decisivas

El debate sobre la intervención en los delitos de infracción de deber es reconducible a dos cuestiones en las que todo se decide para el principio de accesoriedad. En primer término, cabe preguntarse si ha de distinguirse entre autores y partícipes en un contexto de pluralidad de intervinientes en el que todos son *intranei*. No está fuera de toda discusión que dentro del círculo de los obligados especiales quepa apreciar participación, siendo la opinión mayoritaria favorable a considerar la infracción del deber individual a título de autoría, sin importar la magnitud de la aportación a la luz del hecho común. En segundo término, no puede dejar de tematizarse sobre si los *extranei* acceden o no al hecho típico que ejecutan los *intranei*. Es objeto de una viva controversia la posibilidad de imputar el injusto especial a los *extranei* por medio de la mano ajena del obligado especial. De lo que aquí se trata es de determinar si la posición jurídica protegida contra el ataque del obligado especial, también lo está contra quien, sin poseer la condición o calidad exigida por el tipo penal, lo motiva o le allana el

⁸⁹² Así MIR PUIG, PG, 2015, Lecc. 15, nm. 47 s.; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 238 ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 126 ss. En contra, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002, pp. 254 ss. quien entiende que la distinción entre delitos especiales propios e impropios posee el mismo estatuto, el de los delitos de infracción de un deber.

⁸⁹³ Correctamente ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 240, observa que “ello supone que la conducta típica de intervención, con independencia de su cualificación como de autoría o participación, podrá constituirse al margen de si el deber concurre en un sujeto o en otro, pues lo único relevante en estos delitos, como delitos comunes que son, es la puesta en peligro o la lesión del bien. Solo después de constituido el tipo (común) y decidido el título de la intervención, deberá tenerse en cuenta la agravación por la cualidad personal”, la cursiva me pertenece.

⁸⁹⁴ Con matices terminológicos, pero coincidiendo en la existencia y tratamiento de esta categoría, JAKOBS, *AT*, 1991, 23/24; PUPPE, «Comentario al § 28», *NK-StGB*, 2ª ed., t. I 2005, nm. 58; ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 238 ss.; GÓMEZ MARTÍN, *Los delitos especiales*, 2006, p. 43.

⁸⁹⁵ Así ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 240 s.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 129 ss.

camino. Conforme lo anterior, el principio de accesoriadad es puesto en tela de juicio tanto en la serie de interacción *intranei-intranei* como en la serie de interacción *intranei-extranei*.

Si se responde negativamente a las dos preguntas precedentes se acaba obteniendo un modelo unitario de autor en los delitos especiales. Con todo, la literatura no se ha animado a llegar tan lejos. Quienes niegan la primera pregunta, suelen asentir frente a la segunda y viceversa. Así, la doctrina mayoritaria admite *ad extra* la participación en los delitos de infracción de deber, pero niega *ad intra* que la intervención de un obligado especial pueda ser participación, siendo siempre calificada a título de autoría⁸⁹⁶. Las bases de este razonamiento se encuentran en el concepto restrictivo de autor y en la teoría de los delitos de infracción de deber. Por otro lado, una opinión minoritaria pero muy autorizada, rechaza la posibilidad de la participación de un no cualificado en un delito especial y califica la performance de los intervinientes *intranei* como autores o partícipes⁸⁹⁷. Es decir, para esta doctrina, por definición un *extraneus* no podría menoscabar la vigencia de una norma que está concebida únicamente para abarcar conductas de agentes que se pueden expresar de una manera especialmente lesiva para la posición jurídica protegida⁸⁹⁸, pero sí cabría, distinguir autores y partícipes en la órbita de los *intranei*.

El tema es realmente fascinante y con consecuencias prácticas importantísimas. Desde luego, el completo planteamiento y resolución de las cuestiones anteriores excede la dimensión de este trabajo, en tanto de lo que se trata fundamentalmente es de conceptualizar sobre los delitos especiales y de allí derivar consecuencias sistemáticas transversales para toda la teoría del delito, entre ellas, la teoría de la intervención. Por esto, si se me permite en este círculo dar por conocidos los extremos de la intensa discusión trabada alrededor de esta categoría delictiva, ahora apuntaré ciertas líneas argumentales que pueden ser vistas como un particular desarrollo de mi planteamiento.

6.5.4. La accesoriadad en la serie de interacción *intraneus-intraneus*

La doctrina mayoritaria habla de un relajamiento o anulación de la accesoriadad en el ámbito *ad intra* de los delitos especiales. A esta altura de la investigación dicha actitud no debería sorprender, pues no se trata sino de una nueva postergación del principio de accesoriadad limitada. El desarrollo de la categoría de delitos de infracción de deber [*Pflichtdelikten*] se remonta al escrito de habilitación de ROXIN en 1963, *Täterschaft und Tatherrschaft*, que da título a la monografía del mismo nombre en sus numerosas ediciones posteriores, donde se postula

⁸⁹⁶ Así, sin pretensión de exhaustividad, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2015, §§ 34, 37; JAKOBS, *AT*, 1991, 21/119; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 215 ss., 231 ss.

⁸⁹⁷ “Eine eindeutige Rechtsanwendung ist hier, den Teilnehmer straflos zu Lassen, da für ihn keine besondere Strafvorschrift besteht: Wenn die Verletzung einer Sonderpflicht für den Unrechtstatbestand wesentlich ist, dann kann derjenige, den diese Pflicht nicht trifft, auch nicht als Teilnehmer an der unrechten Tat des Sonderpflichtigen bestraft werden; denn er verletzt auch als Teilnehmer das Rechtsgut nur in der allgemeinen Weise, die das Gesetz straflos gelassen hat”, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 14/98. En profundidad ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 240 s.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 129 ss.

⁸⁹⁸ Se trata de un problema de imputación objetiva.

que estos tipos penales no se caracterizarían por el dominio del hecho —aun cuando lo hubiese— sino por la infracción de un deber específico que solo incumbe al autor⁸⁹⁹. A la formulación tradicional, pensada inicialmente para resolver el denominado caso del instrumento doloso no cualificado, JAKOBS y sus discípulos le dieron un giro radical basado en la distinción entre responsabilidad por organización, regida por la lógica de la separación de esferas jurídicas, y responsabilidad institucional, articulada a partir de la idea de solidaridad⁹⁰⁰. No obstante, ambas versiones de la teoría de los delitos de infracción de deber coinciden en que la accesoriedad no juega ningún papel en la serie *intraneus-intraneus*, quedando relegada más bien a los delitos de competencia por organización. Es conocida la expresión de JAKOBS en el sentido de que “más precisa que la denominación ‘delitos de infracción de deber’ sería la de ‘delitos con deber que saltan la accesoriedad’”⁹⁰¹.

La teoría de los delitos de infracción de deber ha sido intensamente criticada. En relación con la versión presentada por el funcionalismo sistémico, en el plano metodológico se objeta la fundamentación material sobre la que se articula la distinción entre responsabilidad por organización y responsabilidad institucional⁹⁰². Aunque se podría afirmar sin reservas que existen deberes institucionales, no se ha explicado suficientemente que su máxima intensidad genere reglas de imputación de responsabilidad también de intensidad máxima en las que el mero desviarse del estándar esperado habilite la imputación del daño en comisión por omisión a título de autoría⁹⁰³. En este orden de ideas, que “el obligado positivamente responde en caso de incumplimiento como autor [...] con independencia de si junto a él un actuante [...] un omitente o las fuerzas de la naturaleza contribuyeron a que se produjese el resultado”⁹⁰⁴ parece ignorar los valiosos esfuerzos realizados por este sector académico para suprimir de la imputación a la naturaleza como factor explicativo del suceso. Por otra parte, adelantándose a lo que sería la serie *extraneus-intraneus*, es imposible castigar al partícipe *extraneus* sin chocar de frente con la teoría del rol social, la cual difícilmente es compatible con el responsabilizar a quien no está alcanzado por el deber especial. Afirmar que la participación en los delitos especiales conduce a la imputación a pesar de la separación de papeles y la participación en los delitos comisibles por cualquiera, por el contrario, conduce

⁸⁹⁹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2015, §§ 34, 37.

⁹⁰⁰ Ampliamente JAKOBS, *AT*, 1991, 29/57 ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 83 ss.; LESCH, *Sukzessiven Beihilfe*, 1992, pp. 268 s.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 186 ss.; EL MISMO, «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», *ZStW* 111, 1999, pp. 348 ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, pp. 37 ss.; 83 ss.; EL MISMO, «Delito de infracción de deber», *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, pp. 288 ss.

⁹⁰¹ JAKOBS, *AT*, 1991, 21/119.

⁹⁰² Profundizando en la crítica de la estructura y fundamentación del injusto en la responsabilidad institucional, SILVA SÁNCHEZ, *Estudios sobre los delitos de omisión*, 2004, p. 296; ROBLES PLANAS, «Deberes negativos y positivos en Derecho penal», *InDret*, 4/2013, pp. 7 ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, 2007, p. 79.

⁹⁰³ Sigo la argumentación de ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 232 ss.; EL MISMO, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 133 ss.; EL MISMO, *InDret*, 4/2013, pp. 7 ss., en detalle y con más referencias bibliográficas.

⁹⁰⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Delito de infracción de deber», *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 305.

a la imputación a pesar de la división del trabajo⁹⁰⁵, no es algo evidente, sino que debe ser adecuadamente fundamentado en orden al principio de responsabilidad por el propio injusto y la doctrina de la prohibición de regreso.

Por otro lado, en el plano estrictamente sistemático las consecuencias de asumir un sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma en la que el obligado especial es considerado siempre autor, descartándose la coautoría, la autoría mediata, la inducción y la cooperación, atenta contra una justa distribución de responsabilidad⁹⁰⁶. Al no admitirse una graduación precisa de la responsabilidad por el propio comportamiento organizador dentro de un contexto de pluralidad de intervinientes obligados, habría de tratarse igualmente a quien ha realizado una aportación o motivación de menor envergadura que otro. Esta idea, aún aceptable a partir de las premisas de las que parten los defensores de la teoría del delito de infracción de deber, difícilmente pasaría un test basado en el principio de legalidad. Por otro lado, el ignorar la accesoriedad en tanto regla de clausura repercute, asimismo, en la teoría de la tentativa donde se asume la solución individual en la norma de sanción; opción incompatible con el principio del hecho, si no existe una expresa habilitación para proceder a tal adelantamiento de la punibilidad⁹⁰⁷.

Conforme la sucinta, pero nada despreciable crítica anterior, y a la luz de las consideraciones realizadas a lo largo de esta investigación, entiendo que en los delitos de infracción de deber cuando son varios los agentes obligados que incumplen su deber no hay buenas razones para dejar de lado las reglas de imputación tradicionales en el ámbito de la autoría y la participación. El *status* especial de los miembros del colectivo y la infracción del deber son cuestiones que han de valorarse en el primer nivel de la teoría de la intervención delictiva, el de la imputación objetiva. Pero una vez fundamentada la conducta típica de intervención en la infracción del deber, la magnitud del comportamiento organizador de cada agente obligado podrá modificar la calificación de su intervención. Incluso en el ámbito de la responsabilidad institucional al agente competente por contener el riesgo no habrán de imputársele aquellas lesiones que se explique en función de otras esferas de organización, es decir, de la actividad de otros obligados especiales. Junto con esta refutación basada en el principio de autorresponsabilidad e íntimamente vinculada al principio de proporcionalidad, ha de tenerse presente la advertencia ya hecha en relación con el principio de legalidad. Continuemos con dos ejemplos:

[Caso 42] El funcionario público deja un documento secreto en el lugar de siempre (el correcto) sabiendo que otro funcionario tiene la intención de destruirlo.

⁹⁰⁵ Véase JAKOBS, *AT*, 1991, 22/6.

⁹⁰⁶ Véase en detalle la argumentación de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, «Delito de infracción de deber», *La responsabilidad en los "delitos especiales"*, 2014, pp. 307 ss.

⁹⁰⁷ Por ejemplo, la madre que le entrega el palo a su pareja para lesionar a su hijo, cometería una tentativa de lesiones en el momento mismo en el que le facilita el instrumento al golpeador, donde se comprueba la infracción personal del deber, incluso cuando no hubiese comienzo de ejecución.

[Caso 43] El padre no evita que su hijo salga al parque a jugar pese a saber que cruzará una calle muy peligrosa, en la que muere atropellado por un conductor ebrio⁹⁰⁸.

Que la infracción del deber da lugar a una completa imputación del suceso a título de autoría es una conclusión a la que puede llegarse —sí y solo sí— se asumen las premisas de la teoría del delito de infracción de deber. Pero ello no es forzoso ni correcto en el plano metodológico, tal como se ha explicado anteriormente. Al trabajarse con los dos niveles analíticos de la intervención, imputación objetiva del comportamiento y calificación de la intervención, se pueden alcanzar resultados más precisos en orden a la individualización del quantum de la intervención. No hay buenas razones para sustraer de la lógica de la responsabilidad por organización a los *intraanei* por el mero hecho de que todos sean garantes. Así, no es indiscutible la coautoría del funcionario público en la destrucción de documentos y del padre en el homicidio de su hijo, respectivamente. De hecho, habría que barajar la posibilidad de apreciar participación, dolosa en el primer caso e imprudente en el segundo. Que los delitos de infracción de deber han de ser completamente sustraídos de la lógica de la organización es una idea que tuvo ROXIN hace más de medio siglo y que prendió con fuerza en toda la doctrina, pero que no necesariamente ha de ser mantenida a la luz de los nuevos avances de la Ciencia de la dogmática penal.

6.5.5. La accesoriadad en la serie de interacción *extraneus-intraneus*

En el plano *ad extra* de los delitos de infracción de deber, el de la interacción entre agentes obligados y no obligados, las cosas se vuelven todavía un poco más complejas. En síntesis, las opciones teóricas exploradas por la doctrina han sido: a) responsabilizar al *extraneus* por la infracción de una norma de comportamiento que lo tiene como destinatario individual; b) imputarle al *extraneus* el injusto del *intraneus*; c) apreciar un componente de organización en los delitos de infracción de deber; d) excluir la posibilidad de toda participación.

a) Si el hecho del partícipe posee un contenido de injusto específico que no toma prestado del hecho del autor, sino que surge de su propio direccionamiento hacia un hecho principal disvalorado por el ordenamiento jurídico, entonces la prohibición de favorecer o determinar realizaciones típicas también lo tendría como destinatario, independientemente de que poseyera la calidad especial exigida por el tipo. Así, LÜDERSSEN consideraba que el no funcionario público podía lesionar mediatamente el bien jurídico protegido solo a condición de que entrara en acción un funcionario, consecuencia lógica de reducir la accesoriadad a un vínculo fáctico de afectación al bien jurídico protegido. Una suerte de tratamiento equivalente al que se propone en este trabajo para los delitos especiales en sentido amplio. SCHUMANN, por su parte, destacaba que una de las bondades de su teoría de la solidarización era fundamentar el injusto de la participación en los delitos especiales, el cual corría en paralelo a la infracción del deber personalísimo del autor. Si de lo que se trata es de un *extraneus* que se solidariza con el poseedor del estatus, entonces se brindaría una respuesta

⁹⁰⁸ Ejemplos de ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, pp. 235, 244.

para el fundamento material del castigo de su intervención, a pesar de los problemas intrínsecos que este criterio presenta en general⁹⁰⁹.

b) La imputación del injusto del *intranens* al *extraneus*, por su parte, no es más que una aplicación de la teoría de la participación en el injusto y el concepto restrictivo de autor al ámbito de los delitos especiales. Por ello, no ha de extrañar que el padre de la teoría de la infracción de un deber sea ROXIN, principal representante de aquel aparato teórico. En relación con esta última, por simplificarla al máximo, solo me interesa destacar que, tanto en la versión tradicional como en la moderna, se postula la punibilidad del *extraneus*, quien, no obstante, sería merecedor de una atenuación obligatoria por actuar sin el estatus especial requerido por el tipo penal. Esta solución es doctrina mayoritaria en Alemania, España y América Latina —si bien es cierto que la fundamentación se aparta bastante de la teoría de los delitos de infracción de un deber— siendo refrendada, según la opinión de sus representantes, por el legislador de los primeros dos países en el § 28 I StGB y el art. 65.3 CP respectivamente. La polémica alrededor de la teoría de los delitos de infracción de deber, ahora en la serie *extraneus-intranens*, es considerable. Al análisis presentado en el apartado anterior, han de sumarse objeciones político-criminales, producto de la posibilidad de una doble aminoración de pena para el *extraneus*, en tanto no obligado positivamente y atendiendo al quantum de su intervención⁹¹⁰, la cual generaría asimetrías penológicas que algunos casos acabarían repercutiendo en sanciones más drásticas para quien coopera en un delito común que para quien lo hace en un delito especial⁹¹¹. Pero la impugnación decisiva es nuevamente metodológica y se refiere a la fundamentación del injusto del interviniente no cualificado. El argumento es sencillo: si la razón del castigo en estos delitos es la infracción de un deber personal, entonces quien no está alcanzado por él no puede ser responsabilizado por el menoscabo de la institución, no protegida contra de sus ataques. En otras palabras, la lógica interna de los delitos de infracción de deber, la teoría del rol social y la prohibición de regreso impedirían fundamentar el castigo del *extraneus*.

c) Una parte de la doctrina recientemente ha intentado fundamentar la responsabilidad del partícipe en lo que sería un delito mixto o tipo penal con componentes de organización subyacentes a los delitos de infracción de deber, a los que los *extranei* podrían acceder⁹¹². Pero

⁹⁰⁹ Sobre los extremos de estos planteamientos en relación con sus problemas metodológicos y sistemáticos, véase capítulo I.

⁹¹⁰ Así SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber*, 2002, p. 260; EL MISMO, «Delitos de infracción de deber», *La responsabilidad en los “delitos especiales”*, 2014, p. 314.

⁹¹¹ Véase PEÑARANDA RAMOS, «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber» en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 1419 ss.; RIGGI, «El nuevo artículo 65.3 del Código Penal», *Revista de Derecho penal* 15, 2005, p. 45.

⁹¹² Así PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2016, §§ 27/16 ss.; PEÑARANDA RAMOS, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, 2008, pp. 1450; SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, 2006, pp. 69 s. Entre las concepciones de los dos autores españoles, no obstante, existen matices importantes. Mientras que uno, siguiendo de cerca el planteamiento de PUPPE, hace referencia a tipos subyacentes a los delitos de infracción de deber, el segundo, estima que el elemento de organización sería

esta idea, ciertamente sugerente, no se acaba de precisar. Por un lado, no se deja en claro cuáles son los límites de la categoría y cuál es su fundamento. Si no se determina cuánto de organización y cuánto de deber hay en cada delito, entonces la operatoria del principio de accesoriadad permanece absolutamente indefinida. Esto es crucial, pues determina qué parte del hecho principal es *participable*, cuál es excluida por la prohibición de regreso, y cuál es el contenido de la norma primaria para cada uno de los intervinientes. Piénsese que, si estas cuestiones no se despejan, alguien podría alegar que el componente de organización en el delito de prevaricación variaría en el caso del juez que padece una parálisis corporal que le impide redactar la sentencia de propia mano, requiriendo necesariamente la asistencia del secretario (¡o del enfermero!), frente al delito del juez que posee plena capacidad para confeccionar por sí mismo la resolución arbitraria. Sin dudas, el fundamento del injusto del partícipe no puede ser la necesidad material del poseedor del estatus de contar con una infraestructura organizativa para lesionar la institución, pero como el andamiaje sobre el que se construyen estos tipos penales heterogéneos permanece en la oscuridad, dicho caso no puede resolverse con facilidad. Asimismo, no se aclara el estatuto de la tentativa, que como se sabe en la serie de interacción *intra-neus-intra-neus* para la doctrina mayoritaria tiene consecuencias precisas⁹¹³.

d) Estimo junto con la mayoría de la doctrina que muchos casos en los que el partícipe no obligado le allana el camino al poseedor del estatus son merecedores de pena en el plano político-criminal. Con todo, es dudoso que las cláusulas de la Parte general a estilo del § 28 I StGB o el art. 65.3 CP sean suficientes para establecer la responsabilidad de los no obligados. Por ello, para evitar una disolución de los límites de los tipos, será necesaria una tipificación expresa del ataque del interviniente en la Parte especial de los códigos penales, tal cual ya se ha realizado en relación con diversas figuras (cohecho, tráfico de influencias, etc.)⁹¹⁴. En el delito de prevaricación, la actividad desplegada por el partícipe nada tiene que ver con el contenido de injusto intensificado que afecta al juez que atenta contra la Administración de justicia. La directiva de comportamiento que prohíbe dictar sentencias injustas tiene como destinatario exclusivamente al juez, siendo el incumplimiento del haz de deberes que define

un componente del tipo que se sumaría a la infracción del deber (componentes que configurarían el tipo mixto).

⁹¹³ ROBLES PLANAS/RIGGI, «El extraño artículo 65.3 del Código penal», *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, 2014, p. 92, intentan identificar el “tipo mixto” que propone SILVA SÁNCHEZ con los delitos de posición. Sin embargo, esta asimilación no está fuera de toda discusión, pues en aquel planteamiento se exige que la infracción del deber junto con el dominio del hecho concorra en la persona del *intra-neus*, al mismo tiempo que se rechaza castigar al *extra-neus* como autor, dos aristas que diferenciarían a esta categoría mixta del estatuto de los delitos de posición. El mismo SILVA SÁNCHEZ se resiste a identificar la categoría de los delitos mixtos con los delitos de posición, al denominarlos “delitos de posición agravados por el deber”, lo que dejaría en claro que este planteamiento se trata de algo nuevo.

⁹¹⁴ Así, SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 14/98. Más modernamente, postulando que la infracción del tipo especial es una cuestión de imputación objetiva que excede al partícipe *extra-neus*, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, 2007, pp. 129 ss.; EL MISMO, *La participación en el delito*, 2003, pp. 240 s., con ulteriores referencias bibliográficas (véase en particular nota 165).

esa posición especial, en tanto injusto, inicialmente inaprensible para el partícipe⁹¹⁵. Esta conclusión no es más que una aplicación del principio de accesoriedad en su faceta negativa, la prohibición de regreso.

6.5.6. Articulación de las consideraciones precedentes con las premisas de esta investigación

Conforme lo anterior, en el ejemplo de la prevaricación, el deber de producir resoluciones justas solo le concierne al juez y, por lo tanto, la intervención del *extraneus* sería impune. Esto significa que no existe necesidad de refutar el ataque a la institución a su costa, bastando con explicar la lesión a partir de la actividad del juez, único obligado a producir sentencias justas. Sin embargo, no está fuera de toda duda que en el plano de la norma primaria el *extraneus* no infrinja un deber general (negativo) de abstenerse de perturbar la institución positiva que subyace al deber específico del *intraneus*: un deber distinto del especial⁹¹⁶. Si estas consideraciones se exploraran más a fondo, sin embargo, no podría tratarse más que de una intervención paralela que no se articula en una unidad de sentido con el ataque del obligado especial. El partícipe vulneraría una norma distinta a la amenazada con pena para el titular del deber. La comprensión mixta de los delitos de infracción de un deber podría ser un camino, si, pese a las críticas anteriores, se profundizara en su conceptualización y límites.

La organización de los *extranei* que no poseen el deber es inocua en relación con el tipo especial que fundamenta la pena de los *intranei*, ahora bien, ello no implica que aquellos puedan autopostularse como tales en el plano de la norma primaria de la participación, abandonando así el ámbito de las conductas neutrales en relación con el resto del ordenamiento jurídico. Apreciar esto permitiría romper con la conclusión poco satisfactoria y contraintuitiva de que la conducta de un tercero al (intentar) unirse con el comportamiento hostil del *intraneus* carecería de (cualquier) significado delictivo. Este giro puede darse sin romper con las afirmaciones precedentes si se trabaja con el registro prospectivo del principio de accesoriedad. En el nivel de la antijuridicidad de la participación — independiente en sus presupuestos del nivel de la sancionabilidad— lo importante es la peligrosidad de la conducta en tanto actividad proyectada, juicio que no se modifica por la comprobación *ex post* de que en realidad se trata de una conducta atípica, justificada o no

⁹¹⁵ En profundidad ROBLES PLANAS/RIGGI, «El extraño artículo 65.3 del Código penal», *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, 2014, p. 75 nota 32.

⁹¹⁶ En este sentido, aunque sin profundizar suficientemente en las implicaciones de sus apreciaciones, parece pronunciarse SCHMIDHÄUSER, *AT*, 1970, 14/98: “Aquí, una clara aplicación del Derecho implica dejar impune al partícipe, pues no existe para él ningún precepto penal especial: cuando la infracción del deber especial es esencial para el tipo de injusto, entonces aquel no alcanzado por ese deber tampoco puede ser castigado como partícipe en el injusto del obligado especial; ya que, por más que él como partícipe lesiona el bien jurídico, *solo lo hace de una manera general, que la ley ha dejado impune*” (la negrita me pertenece). En la misma línea, aceptando la existencia de una prohibición general de favorecer delitos distinta a la tipificada por el delito especial, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, 2003, p. 242, advierte que “si [...] tales delitos son entendidos como auténticamente especiales, esto es, el tipo especial tan solo codifica (reconoce) la vulneración de determinadas normas de conducta, *quien vulnera la prohibición general de favorecer delitos* obra aún de manera indiferente para el delito especial” (la negrita me pertenece).

culpable. No se propone aquí con la doctrina dominante el imputarle al partícipe a través del hecho del autor determinadas características del delito que él en su propia persona no cumple, sino evaluar la infracción del mandato fundamentado en un imperativo categórico de no impulsar hechos delictivos por mano ajena.

Lo señalado significa que quien coopera en un delito de infracción de deber o lo motiva se comporta de una manera contraria a Derecho, no en el sentido de la infracción del deber especial, pues no puede lesionar la institución, sino en el sentido de la infracción de un deber general de no autopostularse como parte de un proyecto delictivo. La institución en tanto posición jurídica no está protegida contra sus ataques en el plano de la norma de sanción y esta comprobación no basta ser traducida en el ámbito de la determinación de la pena como un partícipe que, sin dejar de ser tal, es *menos* partícipe (doble rebaja de pena). Por ello, en el ámbito de los delitos de infracción de deber no cabrá apreciar una intervención consumada, aunque sí un intento que ha de ser tomado en serio. Este intento es impune en relación con la norma secundaria del delito especial, salvo que se trate de un delito grave y existiese el correspondiente precepto que adelantase la barrera de punibilidad al momento individual de la intervención —y que como hemos visto, no requiere una efectiva lesión al tipo penal de la Parte especial—. En delitos que no alcanzan cierto umbral de lesividad no es necesario refutar la infracción de la norma a costa de todos aquellos que fácticamente impulsaron el proceso ejecutivo, bastando con hacerlo únicamente a costa del titular de la posición especial. Cuando se trata de delitos graves ya no importará el hecho principal en tanto realización típica común, sino únicamente la autopostulación del agente en su momento individual.

Del mismo modo que un agente no puede tomar parte de un hecho ejecutado por un incapaz de culpabilidad, en tanto en su hecho se expresa también la naturaleza —inaprensible como tal— en los casos de los delitos de infracción de un deber, el agente tampoco puede acceder a la posición jurídica protegida ni perturbarla, aunque su manifestación personal de hostilidad al Derecho discurra por un carril paralelo y eventualmente amerite una pena individual. Me interesa menos si ello quiere verse como la contribución organizativa a la infracción de un deber, conceptualización que excede la dimensión de este trabajo, que su adopción como punto de partida para explorar una norma de comportamiento diversa que tiene como exclusivo destinatario al *extraneus*. Cuando no exista una norma que expresamente castigue al partícipe no cualificado, entonces solo será posible aplicar una pena por participación si se tratara de un delito grave y existiera la correspondiente norma que adelante la barrera de punibilidad a la expresión de motivación o apoyo individual del agente. Solución que estimo correcta en tanto se presenta como una alternativa frente a indeseables lagunas de punibilidad o la imputación forzada del injusto especial del autor al partícipe con una doble rebaja de pena.

El rendimiento de trazar una línea perpendicular entre la antijuridicidad y la sancionabilidad de la participación en los delitos de infracción de deber en la serie *extraneus-intraneus* se aprecia, al igual que en los delitos de organización, cuando la asimetría entre la accesoriedad proyectada en el nivel de la norma primaria y la accesoriedad máxima en la norma de sanción posibilita prevenir delitos y justificar la intervención estatal, por un lado, y estabilizar la vigencia de la norma vulnerada frente a una específica posición jurídica, por el otro. De este

modo, mediante el desarrollo consecuente de las premisas expuestas a lo largo de este trabajo, se alcanza un principio de accesoriedad homogéneo para los delitos de organización y los delitos de infracción de un deber, que no ha de recurrir a la doble rebaja de pena para evitar desequilibrios en la magnitud de la sanción al partícipe no cualificado en relación con el partícipe cualificado. En segundo lugar, buscar el contenido de injusto en el momento individual de la relación del agente con la norma de comportamiento que le prohíbe favorecer o motivar hechos delictivos por mano ajena, sin importar que los presupuestos del umbral de lesividad relevante que habilita la imposición de una pena sean diversos (actuación culpable del autor, posición jurídica protegida contra los ataques del interviniente, comprobación de la calidad especial, etc.), permite rechazar la asociación de la actividad del *extraneus* inductor o cómplice con una conducta carente de significado delictivo frente a la que nada se puede hacer.

Muchas veces, en procesos ejecutivos dilatados en el tiempo, para frustrar el avance del delito habrá de procederse contra el *extraneus* y para ello será necesario fundamentar su competencia por el conflicto a pesar de no ostentar una especial relación de garantía respecto a la institución. Así, en el caso modélico de

[caso 44] quien sin ser magistrado confecciona una sentencia falsa y persuade al juez para que la firme,

al predicarse la actuación contraria a Derecho del no cualificado se podrían derivar diversas consecuencias, tales como la toma de medidas de investigación o de frustración del futuro hecho lesivo a su costa, siendo viable, finalmente, una pena por participación en grado de tentativa (en los ordenamientos jurídicos que contaren con tales cláusulas). Cuando se trata de un delito grave, si bien la actividad del *extraneus* no significa un ataque a la institución, su intento debe ser tomado en serio. El secretario del juzgado no puede prevaricar, pero su actividad fácticamente relevante para la afectación de la posición jurídica es una expresión de hostilidad al Derecho relevante que lo coloca en una posición de garantía acotada y de especiales características, que legitima la adopción de medidas por parte del Estado para que el proyecto delictivo no avance hasta la consumación. La prohibición de regreso opera en relación con el deber especial, pero no frente a la colaboración genérica que implica el impulsar un proyecto delictivo por mano ajena. Así, el Estado podría actuar justificadamente e intervenir el teléfono del secretario, allanar su domicilio, realizar seguimientos, suspenderlo temporalmente en el ejercicio del cargo, etc. (¡aunque no sea idóneo para afectar normativamente la posición jurídica protegida por el tipo penal!). Pero, aunque todo esto será necesario para *prevenir* que el proceso delictivo avance, la norma de sanción solo será requerida como medio de refutación frente a la actividad del magistrado que dicta la resolución arbitraria.

6.5.7. Adición

Consideraciones similares han de realizarse frente al caso de

[caso 45] quien induce al tutor amenazando su vida a realizar una disposición patrimonial en contra de los intereses de su pupilo.

Aquí las tensiones entre las reglas de la autoría mediata, los delitos especiales y la accesoriedad limitada parecen conducir inexorablemente a una laguna de punibilidad. Este es un problema de técnica legislativa en el que la sábana vuelve a quedar corta. Una solución para este caso en el marco del Derecho vigente acaba forzando de una forma u otra a un instituto previamente asumido. Esto le sucede a JAKOBS, quien intenta colmar esta laguna de punibilidad que surge para la autoría mediata a través de un instrumento que obra justificadamente cuando el agente que no posee la cualificación para ser autor, ha creado o manipulado la situación de necesidad, recurriendo a la sospechosa idea de una justificación relativa (*supra*). En este caso el hombre de atrás participaría en el hecho del tutor, el cual estaría justificado para este último, pero no para aquel, quien habría podido omitir las amenazas. La disposición patrimonial perjudicial no sería el medio menos lesivo para el hombre de atrás, pues este podría haberse abstenido de realizar las amenazas.

Si bien esta explicación es correcta en el plano dialógico “¿por qué alegas una situación de imposibilidad de la que tú mismo eres competente?”, en lo que a aquí nos interesa, se erige como un argumento más en contra del pretendido rendimiento de la accesoriedad limitada, ahora en el ámbito de los delitos especiales. Quien obra en la trastienda, vulnera dos normas de comportamiento diversas en un solo acto o sucesivamente. La autoría del delito de amenazas queda fuera de toda duda y es solo en relación con la participación en la administración infiel que subsisten las dudas. En una aplicación del razonamiento presentado en los párrafos anteriores, el hombre de atrás infringe la directiva de comportamiento que le prohíbe persuadir a otro de la conveniencia (por ser el mal menor, en el ejemplo) de realizar un hecho delictivo. *Ex ante* en el plano de la norma primaria se trata de una actividad prohibida, aunque, *ex post*, en el plano de la norma de sanción no se encuentren cumplimentados todos los requisitos necesarios para que se alcance el umbral de lesividad necesario para castigar por el tipo penal de administración desleal por la ausencia de un elemento personalísimo. Al tratarse de un *extraneus*, no se puede valorar su actividad como una unidad con el sentido social de una intervención consumada. La misma permanece en grado de tentativa. Esto es así, pues no se expresa un sentido relevante que cuestione la posición jurídica de la víctima, aunque si se lo intenta de una manera que ha de ser tomada en serio en orden a la frustración del proceso lesivo y la imposición de una pena paralela en caso de existir normas que adelantan la punibilidad a la participación en grado de tentativa.

7. Conclusiones

- i. Las dimensiones interna y externa de la accesoriadad son complementarias. La relación de implicación de ambas dimensiones es producto de la síntesis entre las funciones político-criminales y las funciones dogmáticas que se le atribuyen al principio de accesoriadad de la participación. El contenido material de la dimensión externa repercute en su sistemática interna; la accesoriadad es una sola y su diseño depende de cómo se resuelva aquella síntesis. La distinción dual entre los aspectos interno y externo de la accesoriadad, por lo tanto, no puede ser postulada a modo de un ensamble teórico de dos cuestiones que corren por carriles independientes. Si bien es cierto que el lado 'interno' de la accesoriadad determina las condiciones que debe reunir el hecho principal al que se adapta el partícipe, más allá de si se exige posteriormente el comienzo de ese hecho principal, no es menos cierto que esto no alcanza para afirmar la independendia absoluta de ambas dimensiones. En efecto, de lo que se trata es de la existencia de un único hecho principal con un doble registro.
- ii. La accesoriadad limitada no es un modelo teórico de adscripción forzosa para ningún ordenamiento jurídico que adopte un sistema de intervencón. Por un lado, en Alemania se deja la puerta abierta al modelo de accesoriadad máxima, al mismo tiempo que cláusulas como las del § 30 I StGB permanecen inexploradas en orden a su (poco plausible) compatibilidad con la accesoriadad al injusto doloso. Por otro lado, en el resto de Europa y América Latina, en general los códigos penales suelen hablar de hecho o delito, dejando un amplio margen de interpretación a los juristas. Ser conscientes de este espacio de juego hermenéutico permite apreciar que la accesoriadad limitada, en tanto derivación sistemática del injusto personal welzeliano, fue más un producto de la fe dogmática de la época que de la inevitabilidad de un sistema positivo determinado.
- iii. Las bases sobre las que se erige el concepto de injusto doloso en tanto soporte de la accesoriadad limitada son cuestionables. La elaboracón de una antijuridicidad al margen de la culpabilidad es inviable con base en tres razones. La primera razón, de carácter metodológico, es proporcionada por los autores imperativistas, quienes advierten que el mantenimiento del injusto no culpable como el centro de la teoría del delito atenta contra la eficacia instrumental de la norma jurídica. La segunda razón, también metodológica, es subrayada por los autores cercanos a una concepción expresiva de la pena. Pues, en un sistema funcional únicamente interesa el autor que expresa con su hecho un sentido jurídico-penalmente relevante (culpable). La tercera razón, de carácter sistemático, es compartida en términos generales por ambos puntos de vista: el injusto no culpable no sería apto como criterio previo al examen de la culpabilidad para valorar la situación del autor y de los terceros, en orden a la aplicacón de normas y consecuencias jurídicas.
- iv. La crítica al modelo limitado de la accesoriadad no solo puede construirse *desde abajo*, en lo que respecta a la insolvencia del injusto no culpable como bisagra de la teoría del delito, sino también *desde arriba*, en relación con las soluciones poco satisfactorias que arroja frente a un grupo de casos adversos. Estos atraviesan toda la teoría del delito y ponen en duda tanto el indiscutido *punto de vista negativo*, según el cual el decaimiento de la antijuridicidad en la persona del autor principal cancela la eventual participacón de terceros, como el *punto de vista positivo* que sostiene la conclusón inversa de que la comisió de un hecho principal típico, doloso y antijurídico sería suficiente para afirmar la responsabilidad por participacón.
- v. Si la operacón y los presupuestos de la norma de comportamiento y de la norma de sanción son distintos, entonces la fisonomía del hecho principal no habrá de poseer necesariamente las mismas características como criterio rector para regular la actividad de los destinatarios de las normas de la participacón, que como criterio de atribucón de responsabilidad. Si se pretende

construir un principio de accesoriadad útil para resolver los problemas que plantea la participación como injusto punible, entonces habrá de renunciarse a la unidad de su fisonomía —en cualquiera de sus modelos— tal como ha sido concebida hasta ahora. Tanto el aspecto interno como el aspecto externo del principio de accesoriadad dependen de los presupuestos jurídicos que se exijan en los niveles de la antijuridicidad y la punibilidad de la participación, respectivamente. Tales presupuestos, no pueden concebirse como una amalgama inarticulada. Una accesoriadad que permita diseñar el injusto de la participación a partir del principio de autonomía habrá de enfocarse, en primer término, en la relación personal del infractor con la norma como directiva de comportamiento individual. Pero esto no es suficiente. La accesoriadad, en segundo término, también habrá de ser una guía útil para señalar a qué persona ha de castigarse y por cuál título, debiendo entonces centrarse en la obra colectiva como menoscabo de la posición jurídica de la víctima.

- vi. La clave reside precisamente en “no disolver” los antagonismos de la accesoriadad, sino en escenificar un desplazamiento conceptual para percibirlos como tales, y así, reconocerlos en su función a través de la teoría de las normas. Si esto es correcto, quizá estemos en condiciones de cruzar una frontera que suele considerarse como cerrada y descartar la adscripción a un modelo de accesoriadad *in totum*, tal como ha sido planteado el problema hasta ahora. Lo que pretendo es evitar la confusión a la que conduce la atribución de funciones diversas al principio de accesoriadad, trazando una distinción entre ellas y al mismo tiempo relacionándolas unas con otras. La tensión entre la accesoriadad en la norma de comportamiento y la accesoriadad en la norma de sanción es inherente al contenido complejo que la participación intenta designar, ya que su ambigüedad señala tanto un deber de no adaptación a una lesión actual o futura (prescripción) como la existencia de una división del trabajo que fundamenta la pena (imputación). El doble registro de la accesoriadad, en consecuencia, lejos de revelar los límites del concepto propuesto, señala la verdad más íntima de la participación en tanto norma jurídico-penal: prevenir y castigar.
- vii. Si se pretende construir un principio de accesoriadad útil para resolver los problemas que plantea la participación como injusto punible, entonces habrá de renunciarse a la unidad de su fisonomía. Tanto el aspecto interno como el aspecto externo del principio de accesoriadad dependen de los presupuestos jurídicos que se exijan en los niveles de la antijuridicidad y la punibilidad de la participación, respectivamente. Pero tales presupuestos, no pueden concebirse como una amalgama inarticulada. Una accesoriadad que permita diseñar el injusto de la participación a partir del principio de autonomía habrá de enfocarse, en primer término, en la relación personal del infractor con la norma como directiva de comportamiento individual. Pero esto no es suficiente. La accesoriadad, en segundo término, también habrá de ser una guía útil para señalar a qué persona ha de castigarse y por cuál título, debiendo entonces centrarse en la obra colectiva como menoscabo de la posición jurídica de la víctima. Esta doble función del principio de accesoriadad, basada en la distinción normológica apuntada, implica necesariamente que su dimensión interna varíe conforme se encuentre operando como guía para la acción del partícipe o como guía para la imputación.
- viii. Registro prospectivo. La dimensión interna de la accesoriadad en su registro prospectivo equivale a la realidad recortada del injusto culpable como valoración proyectada. Este injusto se configura según los conocimientos personales del partícipe y en él se manifiesta la desautorización de una norma de conducta por un tercero. Como tal es un límite a la libertad del agente prescribiéndole omitir o realizar una conducta determinada, de manera independiente a la comprobación *ex post* de la infracción real de la norma de comportamiento dirigida al autor. Aquí se trata de identificar al hecho en función de su lesividad para las posiciones jurídicas de

los ciudadanos y orientar la actividad del destinatario de la norma de la participación hacia la abstención. En el plano *ex ante* de la norma primaria de la participación, el desvalor material del hecho principal no ha de corresponderse con una relación normativa completa del ejecutor con la norma jurídica (accesoriedad máxima). Se opone así la lesividad del hecho proyectado como guía para la acción del partícipe (nivel de la antijuridicidad) a la infracción culpable de la norma real en el marco de una relación normativa completa (nivel de la punibilidad).

- ix. La infracción de la norma de la participación se produce cuando el inductor o el cómplice pierde el control sobre su motivación/aportación, la cual, según sus conocimientos personales, se dirige a aumentar el riesgo de lesión de una posición jurídica protegida. Se trata de una *norma de conducta individual objetivamente delimitada*. Como tal, orienta al agente conforme sus conocimientos personales definidos por su específico rol social. La accesoriedad a la norma promulgada como regla intersubjetiva individual solo puede operar como instrumento de prevención si se construye tomando en consideración los conocimientos particulares del agente. Esto tendrá importantes consecuencias sistemáticas, pues un mismo hecho podrá ser para un interviniente un objeto de referencia idóneo de la participación y para otro interviniente no. Esta idea casa perfectamente con una fundamentación autónoma del injusto de la participación, en tanto no es necesario esperar al comienzo de la ejecución para afirmar que el agente tiene (e infringe) el deber de no participar, con consecuencias precisas diferentes a la pena. En el nivel de la norma primaria el juicio de antijuridicidad es estrictamente individual. Lógicamente, las cosas son distintas en el nivel de la norma de sanción cuando se trata de determinar si una conducta antijurídica ha de ser refutada mediante pena. Allí habrá de operarse con una perspectiva *ex post*: solo podrá responsabilizarse a quienes les pertenece el delito como expresión de sentido relevante.
- x. Registro retrospectivo. Aunque la actividad del partícipe considerada en su momento individual tiene un significado recortado respecto a un objeto de referencia potencial, la suma inarticulada de esos “actuales” no equivale al concepto perfecto con el que se asimila su unidad, en tanto construcción de sentido. Por ello, no es posible *responsabilizar* como partícipe al agente tomando como única referencia lo que hace y deja de hacer de propia mano. En otras palabras, no puede reaccionarse frente a su comportamiento teniendo exclusivamente en cuenta su relación individual con la norma de comportamiento, en tanto allí no hay nada en común (aún) con el resto de las prestaciones individualmente consideradas. La intervención se desintegraría, pasando a ser algo similar a una autoría paralela. Pero tampoco basta con compartir el lado objetivo del hecho, sino que se hace imprescindible además compartir el hecho en tanto comunicación hostil al modelo de conducta institucionalizado. Por ello, en el nivel de la punibilidad, donde se procura enlazar la actividad de los distintos intervinientes en una unidad de sentido con significado social, la accesoriedad no podrá ser, sino máxima.
- xi. Nadie participa en la culpabilidad de otro, la culpabilidad es personal, *leitmotiv* que no pertenece al modelo de la accesoriedad limitada, sino al más amplio entendimiento de la intervención delictiva en tanto instituto dogmático compatible con los principios constitucionales. Exigir un hecho principal culpable como condición de posibilidad de la participación no contradice el principio de culpabilidad en tanto nadie participa en la culpabilidad de otro. El punto crucial no radica en que el partícipe *acceda* a la culpabilidad del autor, sino en que pueda expresarse junto con él en tanto colectivo. Pueden expresar un sentido relevante —y dividirse el trabajo!— exclusivamente quienes obran con capacidad de culpabilidad. Cuando esto suceda entre agentes que actúan en un plano de desigualdad hablaremos de participación y cuando suceda entre agentes que actúan en un plano de igualdad hablaremos de coautoría. Si en un colectivo de intervinientes existe un déficit de responsabilidad de alguno de ellos —imaginemos a un

enfermo mental, un niño o a quien actúa coaccionado— su obrar podrá ser reconducido a un tercero mediante la figura de la autoría mediata, pero nunca formar parte de “lo común” en tanto expresión de sentido jurídico-penal.

- xii.** Asimetría entre ambos registros. Siempre que se infrinja la norma de comportamiento de la participación en tanto prohibición de adaptación a una actividad que se presenta como realización actual o futura de una norma promulgada, el partícipe habrá realizado —conforme los criterios expuestos— una conducta antijurídica en el nivel de la norma primaria. Ello le implicará no solo colocarse por injerencia en una posición de garantía acotada a evitar la actualización típica de su intervención, sino también deberes de tolerancia frente a la intervención del Estado y, eventualmente, una pena en aquellos casos en los que se trate de *participación en grado de tentativa* en delitos graves. Asimismo, podrá concurrir idealmente un reproche a título de autoría imprudente en relación con el resultado no abarcado por el dolo de participación en tanto no activación evitable de un conocimiento relevante. Cuando el agente se autopostule como partícipe expresándose individualmente, pero como tal no alcance a articularse con el resto del colectivo que ha sido artífice de la lesión de la posición jurídica protegida, entonces se tratará de una participación en grado de tentativa. Solo la perfecta unidad de la expresión de la voluntad individual en la expresión de la voluntad general amerita una pena de participación —o coautoría—. Pues solo en estos casos de completa congruencia entre lo individual y lo colectivo es posible afirmar que el hecho *ex ante apropiable, ex post ha sido apropiado*.
- xiii.** Doble dolo de la participación. No hay buenas razones para sostenerlo. Lo que se intenta con esta estrategia es salvarle la cara al tipo subjetivo de la participación en el marco de una controversia teórica sobre el fundamento de su injusto que pivotea entre lo propio y lo ajeno, sin un criterio rector. En el plano metodológico debería sospecharse de un planteamiento reproducido por representantes de tan distintas escuelas. ¿Cuáles son realmente sus bases? Hasta donde alcanzo, se trata de una derivación lógica del triunfo de la teoría del doble fundamento de la participación. Si el injusto del partícipe es en parte autónomo y en parte derivado del injusto del autor, entonces el tipo subjetivo también habrá de ser doble. La segunda objeción se basa en lo mal que se lleva esta concepción recargada del dolo con el principio de economía en la labor científica. Trabajar con un doble dolo no hace las cosas más sencillas, sino que, por el contrario, genera un bucle teórico que multiplica los problemas. Por su parte, en el plano sistemático, esta formulación presenta más puntos ciegos que los que generaría una concepción monolítica del dolo. Esto se advierte tanto en la explicación que se brinda de la actuación del agente provocador, así como para las soluciones a las que, de operar con un dolo *binocular*, se alcanzarían en los casos de error, exceso, cambios en la relación subjetiva del partícipe con el hecho y ceguera ante los hechos. No existen razones para mantenerlo como particularidad del tipo subjetivo de la participación. Si se lo nutre de contenido, esto es, si se lo toma en serio, multiplica los problemas en casos en sí mismos relativamente sencillos. Por el contrario, si se lo neutraliza, entonces no hay obstáculo para proceder a su supresión. En la participación existe un único dolo, cuyo objeto de referencia es la realización del tipo objetivo en el momento en el que se pierde el control del riesgo inherente a la aportación/motivación.
- xiv.** Suposición errónea del dolo del autor. El agente se autopostula (*ex ante*) como partícipe (*ex post*) frustrado e ignora los requisitos objetivos de la autoría mediata. Con todo, cuando este desconocimiento sea evitable, podrá realizarse un reproche a título de *autoría mediata imprudente*. *Ex ante*, el interviniente crea dolosamente un riesgo de participación y, al mismo tiempo, imprudentemente un riesgo de autoría. Aquel no se realiza en el resultado, este sí. Una autoría mediata imprudente puede fundamentarse sin problemas a partir del principio de autonomía: el autor mediato instrumentaliza al ejecutor cuando lo degrada a la categoría de un medio material

no libre usurpando su capacidad de actuar responsablemente, y esta actividad puede ser dolosa o imprudente. Ahora bien, si el error de tipo que padece el ejecutor fuera superable, subsistiendo un reproche a título de imprudencia, entraría en consideración una participación dolosa en un delito imprudente. La infracción de la norma de la participación en el nivel de la antijuridicidad no alcanza el umbral de lesividad necesario que amerita el recurso a la drasticidad de una pena. Esto, sin embargo, corre paralelo a la eventual infracción de una norma frente a la que si se encuentran satisfechos todos los requisitos para aplicar una sanción a título de imprudencia (mediata). Este análisis ha de trasladarse a todos aquellos casos en los que el interviniente sobrevalora el rol del ejecutor y en realidad este no realiza acción, se comporta lícitamente, padece un error de prohibición, se expresa sin capacidad de culpabilidad, actúa sin los especiales elementos subjetivos tipificantes o sin el especial elemento requerido por el tipo.

- xv. **Justificación.** Si el partícipe aprecia que el autor lesiona(rá) culpablemente una posición jurídica protegida, entonces le está prohibido favorecer o motivar su hecho. Por el contrario, si el partícipe *conoce* que el autor se comporta(rá) justificadamente, entonces no le está vedado actuar, adquiriendo su comportamiento el significado de una acción permitida. El juicio de antijuridicidad se debe realizar sobre la actividad del agente conforme sus conocimientos delimitados objetivamente conforme su rol y proyectados a la existencia o no de un injusto culpable. Así, está permitida la adaptación a una actividad que se reconoce como no lesiva para la posición jurídica protegida a la luz del modelo de orientación objetivo plasmado en la norma promulgada en condiciones ideales. Conforme lo anterior, desde la perspectiva normológica asumida cabe la extensibilidad de las causas de justificación cuando estas sean apreciadas individualmente por el interviniente como tales. Los deberes jurídicos se delimitan teniendo en cuenta las circunstancias particulares del destinatario de la norma primaria; la permisibilidad del comportamiento de los terceros no depende de la antijuridicidad del hecho principal, sino de la lesividad conforme la (válida) representación individual. En tanto la percepción de la realidad del interviniente coincida con la del autor del hecho, el presupuesto de la aplicación de ambas normas será equivalente, no por que ello sea una condición necesaria de la justificación del partícipe, sino porque la percepción *ex ante* de la lesividad del hecho en tanto elemento decisivo para la creación de la directiva de comportamiento personal será la misma para ambos agentes.. Así, lo que para uno de los intervinientes aparece como prohibido puede para otro aparecer como permitido.
- xvi. **Ejecutor inimputable.** si el tercero conoce el conflicto de motivos del autor —aunque objetivamente no se encuentre comprendido en él— y se adapta sin modificarlo, no realiza algo prohibido. Se trata de la accesoriad prospectiva al injusto culpable en el nivel de la norma primaria. La idea central que subyace a la solución de este caso no es más que un desarrollo singular del planteamiento propuesto para la denominada “participación sin autor”. Al igual que en estas constelaciones de casos, el hecho de un agente que no está en condiciones de desautorizar la norma no es un objeto de referencia idóneo de la intervención, pues lo que falta es el tomar parte en un actuar de otro agente libre. La otredad del inimputable no es susceptible de mediación, sino solo de apropiación. Quien manipula una situación desgraciada ha de ser considerado autor; dueño de ese porvenir dañoso del que se apropia. Ahora bien, si el peligro derivado de la enfermedad mental fuera reconducible a la actuación responsable de un tercero —acaso encargado de suministrar la medicación adecuada— entonces se aprecia, dado el caso, una participación imprudente o dolosa en un delito imprudente o doloso del garante de contener la fuente de peligro. Por otro lado, la solución propuesta en el párrafo anterior también se modifica si existiese un error sobre el papel de la intervención. Esto conduce a afirmar una

participación en grado de tentativa que concurre, dadas las circunstancias, con una autoría mediata imprudente.

- xvii.** Exculpación. En el nivel de la norma primaria la colisión de bienes y motivos impide que pueda hablarse de una directiva de conducta eficaz para el ejecutor o el auxiliador. En el caso del interviniente, se trata de una actividad proyectada a un injusto no-culpable del ejecutor y, por ende, no prohibida. No se presentan los requisitos exigidos por la accesoriedad prospectiva en la norma primaria. Si la directiva de comportamiento que se concreta en el destinatario ha de construirse teniendo en cuenta los conocimientos personales que orientan su actividad, entonces cuando el tercero conozca la situación de necesidad que apremia al autor —aunque objetivamente no se encuentre comprendido en ella— y se adapte sin modificarla, realizará una conducta permitida de intervención. Ahora bien, incluso cuando se cuestionase una aproximación normológica basada en una norma de conducta individual en el nivel de la antijuridicidad, la ausencia de pena también se alcanzaría en el nivel de la norma de sanción mediante el recurso a la accesoriedad máxima. La adecuación del comportamiento del autor a la situación de necesidad desde una lógica consecuencialista de utilidad social obstará a un reproche individual a título de culpabilidad, circunstancia que cancelará hecho colectivo en tanto unidad de sentido impidiendo el castigo al interviniente por participación consumada. En otras palabras, la exculpación del autor impediría apreciar una expresión de sentido colectiva perfecta en tanto presupuesto de la pena del partícipe.
- xviii.** El principio de accesoriedad de la participación rige de forma irrestricta tanto para los delitos comunes como para los delitos especiales propios en sentido estricto, propios en sentido amplio e impropios. En los delitos especiales impropios y en los llamados delitos de infracción de deber en sentido amplio el estatuto del principio de accesoriedad es estrictamente análogo al de los delitos comunes. En los delitos especiales en sentido amplio, no obstante, se supedita la relevancia penal de la conducta a que la calidad especial exigida por el tipo concorra en alguno de los intervinientes. En los delitos de infracción de un deber el estatus especial no define *ad intra* automáticamente el título de imputación. La calificación de la intervención como de autoría o de participación corresponde a un segundo nivel analítico de la teoría de la intervención y viene impuesta por el principio de proporcionalidad. En los delitos de infracción de un deber el principio de accesoriedad opera *ad extra* en su faceta negativa, la prohibición de regreso. Ella como tal no es la ausencia del orden simbólico de la accesoriedad, sino su anverso en relación con el tipo especial.
- xix.** La norma primaria de la participación establece un deber general de no impulsar proyectos delictivos por mano ajena que abarca la actividad del *extraneus* frente a la afectación de la institución en los delitos de infracción de un deber. Sin embargo, en el nivel de la norma secundaria al no poseer el estatus especial, en tanto elemento fundamentador de la pena, no podrá ser sancionado. Para su punibilidad los ataques contra la institución habrán de tipificarse expresamente. La actividad antinormativa no punible explica la adopción de medidas intermedias de frustración del proceso ejecutivo a costa del *extraneus*, así como una eventual pena de participación en grado de tentativa cuando se tratase de un delito grave, en los ordenamientos jurídicos que contaren con tales cláusulas. Se trata de una intervención paralela que no se articula en una unidad de sentido con el ataque del obligado especial. El partícipe vulnera una norma distinta a la amenazada con pena para el titular del deber. Este giro puede darse sin romper con las afirmaciones precedentes si se trabaja con el registro prospectivo del principio de accesoriedad. En el nivel de la antijuridicidad de la participación —independiente en sus presupuestos del nivel de la sancionabilidad— lo importante es la peligrosidad de la conducta en tanto actividad proyectada, juicio que no se modifica por la comprobación *ex post* de que en

realidad se trata de una conducta atípica, justificada o no culpable. No se propone aquí con la doctrina dominante el imputarle al partícipe a través del hecho del autor determinadas características del delito que él en su propia persona no cumple, sino evaluar la infracción del mandato fundamentado en un imperativo categórico de no impulsar hechos delictivos por mano ajena.

CONCLUSIONES GENERALES

I.

El principio de accesoriadad posee una triple proyección: político-criminal, legal y dogmática. En primer término, la accesoriadad se concibe como un gran *mediating principle* integrado a la teoría de la intervención que sintetiza los principios de lesividad, *ultima ratio* y proporcionalidad. Sin embargo, no solo funciona como un límite al *ius puniendi*, sino que, al mismo tiempo, fundamenta la responsabilidad del partícipe. En segundo término, la accesoriadad es utilizada como denominación de un sistema de responsabilidad del que se derivan consecuencias sistemáticas precisas: la accesoriadad de la participación es una característica distintiva de un sistema de intervención y la no-accesoriadad de toda intervención lo es de los sistemas de responsabilidad indiferenciada. Por último, su proyección dogmática posibilita en el nivel de la norma primaria realizar un pronóstico de peligrosidad a través del cual se exhorta al agente a que mantenga consigo los argumentos o las condiciones materiales que impulsan la realización de un injusto culpable por mano ajena; mientras que, en el nivel de la norma secundaria, permite responsabilizar al interviniente por la acción u omisión culpable de otro agente, debido al proyecto común en el que se han expresado como colectivo.

II.

El modelo restrictivo de autor es asumido como premisa mayor del razonamiento a partir del cual la doctrina dominante deduce el injusto de la participación. La elevación *a priori* del autor a protagonista de la escena del delito frente al usual rol de actor de reparto atribuido al partícipe es un proceder metodológico que acarrea consecuencias sistemáticas discutibles. No obstante, las críticas a esta formulación —que cuenta en su haber con la ventaja de aclarar el horizonte del principio de autorresponsabilidad y el principio del hecho— no implica necesariamente tomar partido por un modelo extensivo o unitario de autor a libro cerrado. En efecto, pueden rescatarse valiosas lecciones tanto de los modelos de responsabilidad indiferenciada como del modelo restrictivo de autor. Por un lado, aquellos aciertan al separar el análisis de la existencia de una contribución jurídico-penalmente relevante y el momento posterior de su valoración. Brindan así una coordinada clave referida a que todos los intervinientes se encuentran en un mismo nivel inicial como destinatarios de la imputación. Por otro lado, el concepto restrictivo de autor al postular que los tipos de la Parte especial deben ser interpretados restrictivamente (en el sentido de que solo pueden ser realizados de propia mano por el autor) aporta un concepto material de delito como intrusión en una esfera de organización ajena. Y así, a diferencia de la versión causal del concepto unitario y extensivo de autor, circunscribe la operación de la norma de sanción al comienzo de la tentativa, impidiendo que se adelante la barrera de punición a conductas previas atípicas que también son causas del resultado.

A pesar de la reivindicación parcial que puede hacerse de cada uno de los modelos de autoría, lo cierto es que ninguno de ellos individualmente considerado es idóneo para construir una teoría de la intervención normativamente orientada. Por ello, la pregunta crucial que subyace al contrapunto entre los modelos de responsabilidad diferenciada e indiferenciada permanece

abierta, pues en las respuestas brindadas, no parece existir un interés real en descubrir la estructura última de la participación, en tanto lo que se pretende es no descuidar a la autoría como punto nodal de la teoría de la intervención. Ello se aprecia en menor medida en los planteamientos de los autores que proponen un modelo extensivo de autor basado en la teoría de la imputación objetiva. Pero aún en el marco de estas formulaciones sigue prevaleciendo una perspectiva *autorcentrica*, pues en general hacen referencia a los supuestos de intervención concomitante en el delito, es decir, cuando todos los agentes entran a escena en un contexto delictivo actual —cuando la figura del autor de uno u otro modo ya forma parte de la ecuación—.

El auténtico test para una teoría del fundamento del injusto del partícipe se encuentra en los casos de intervención en la fase previa a la ejecución, cuando todavía no hay ni autor ni tipo. Es allí donde se revela qué tan potente es un marco teórico para explicar la participación, desde sus fundamentos metodológicos hasta sus consecuencias sistemáticas. No obstante, esta constelación de casos parece ser ajena a la batalla conceptual que se libra entre los modelos de autoría. En consecuencia, ha de evitarse seguir el silogismo tradicional que asume uno u otro modelo de autoría para después deducir consecuencias sistemáticas para la teoría de la intervención. Este camino largamente transitado en una u otra dirección es, en orden a la novedad de sus resultados, poco prometedor. Por ello, es necesario explorar metodológicamente una aproximación a los problemas del fundamento del injusto de la participación y el principio de accesoriadad a partir de la distinción entre norma primaria y norma secundaria, que tome en cuenta la específica forma de la participación en tanto manifestación fenomenológica que impacta en la relación comunicativa existente entre destinatario y norma.

III.

Que la accesoriadad es *externa*, es producto de un bautismo primigenio en el que se concebía la realización del delito como algo ajeno al partícipe que era necesario traer desde *fuera* para castigarlo. Para la doctrina dominante su principal consecuencia sistemática consiste en el efecto clausura que hace pasar el hecho delictivo al estadio ejecutivo simultáneamente para todos los intervinientes. Se trata de la solución global de la tentativa en la norma de sanción. Así, opera como una regla dogmática que, sin penetrar el nivel de la antinormatividad de la conducta, suspende la aplicación de la norma de sanción hasta tanto el hecho al que se proyecta adquiere un umbral de lesividad relevante. Por el contrario, en el nivel de la norma de sanción, la actividad del autor que obra en solitario es *autoconclusiva* —en tanto no está subordinada a lo que haga o deje de hacer otro agente y se vincula directamente con el tipo de la Parte especial— frente a la actividad de *autopostulación* del partícipe.

IV.

Ha de repensarse el enfoque atemporal que domina a la literatura especializada al aproximarse a la teoría de la intervención. Este consiste, *grosso modo*, en una perspectiva ontológica abstracta, que no ve las cosas desde su fenomenalidad espacio-temporal concreta y no atiende a la perspectiva de los involucrados, lo cual lógicamente distorsiona su necesaria interpretación normativa. La actuación de múltiples agentes autorresponsables en una línea

del tiempo no puede resolverse del mismo modo que aquellos casos en los que lo hacen todos articulados en una unidad de sentido. Que el hecho delictivo le pertenece a todo el colectivo que lo hace posible y, por ende, las normas de inducción y cooperación tienen un valor declarativo, solo es correcto si nos referimos a intervenciones que se realizan en contextos delictivos actuales, esto es, intervenciones concomitantes. En estos supuestos, los agentes infringen la misma norma de comportamiento contenida en el tipo, aunque esta se concrete de manera diversa conforme las posibles manifestaciones fenomenológicas de la acción. Por ello, no es en este grupo de casos en el que las normas de la participación adquieren verdadero valor constitutivo de la prohibición, sino exclusivamente en el de las intervenciones pre-ejecutivas. La principal función de las normas de la participación en la Parte general de los Códigos penales consiste en prohibir las intervenciones realizadas en la fase previa al comienzo de ejecución. El intervalo de referencia del supuesto relativo a las normas sobre inducción y cooperación es el de la actividad pre-ejecutiva.

V.

En la intervención es viable caracterizar la relación entre norma primaria y norma secundaria como contingente, necesaria o imposible, conforme la actividad del agente se despliegue, respectivamente, en el dominio de la *no-tipicidad*, tipicidad o atipicidad. a) La afectación típica de la posición jurídica de la víctima es siempre *contingente* en relación con la actividad antinormativa *no-típica* del interviniente, debido a la existencia de la división del trabajo con otro agente autorresponsable, a quien le compete dar el mayor impulso al hecho delictivo. Esto es especialmente evidente en las hipótesis de intervención pre-ejecutiva. La contingencia no se predica de la antinormatividad de la conducta, sino en relación con el hecho principal en tanto presupuesto de aplicación de la norma de sanción. b) En el caso de las aportaciones concomitantes, por su parte, la afectación material de la posición jurídica de la víctima puede ser pensada como *necesaria*, pues el partícipe se inserta en un contexto delictivo actual que ya implica una lesión típica —aunque naturalmente puede ser contingente en otros aspectos relativos al devenir de la ejecución—. c) Una conducta de intervención no deberá ser imposible en orden a la aplicación de la norma de sanción: esto significa que habrán de ser conductas prohibidas. Las intervenciones pre-ejecutivas como las concomitantes a la ejecución se oponen a lo imposible porque las primeras al ser conductas contingentes pueden actualizarse en la obra principal, mientras que las segundas, se presentan como una adaptación a una lesión típica en curso. La imposibilidad atribuida a un comportamiento se identifica, en consecuencia, tanto con los actos preparatorios —ajenos a la lógica de la norma primaria— como con las conductas estereotipadas amparadas por la estructura de la prohibición de regreso.

Solo los actos preparatorios y los comportamientos neutrales son atípicos y, como tales, frente a ellos es *imposible* predicar un sentido de continuación delictiva si no sucede algo más que revierta su significado. En la cooperación o inducción frustrada se presenta una *negación fáctica*, algo que no fue, pero normativamente podría haber sido y de allí su peligro *contingente* de materialización. Por el contrario, en el ámbito de los actos preparatorios tenemos una *negación normativa*, algo que por principio no puede ser, *imposible*: estos no son prohibidos pues se encuentran dentro del perímetro de la libertad primordial reconocida al ciudadano y, si

este decide no traspasarla, no se exteriorizará un sentido delictivo relevante. *Los actos preparatorios normativamente nunca pueden ser (imposibles), si no sucede algo más; las intervenciones en la fase previa son peligrosas como tales (contingentes), aunque no suceda nada más.* Si no se concreta fácticamente esta peligrosidad en una lesión, esto no significa que deban ser toleradas, pues normativamente podrían haber sido.

El principio de accesoriadad presenta sus mayores prestaciones en el dominio de lo *no-típico*, esto es, en los casos de intervención previo a la ejecución. Si en este escenario la conducta del partícipe no es *atípica* —es algo más que un acto preparatorio o una conducta estereotipada— pero tampoco es *típica* —es algo menos que una infracción típica punible de los tipos de la Parte especial del Código penal—la solución propuesta es entenderla como *no-típica*. Esto significa que no se opone a la tipicidad como algo permitido, sino que se presenta como una diferencia dentro del dominio de la antinormatividad, si el *iter críminis* se ha extendido en el tiempo y algunos de los agentes han exteriorizado de modo relevante una actividad prohibida de intervención. La predicación negativa *no* implica algo diferente de la tipicidad, pero no su rechazo [*a*]. Cuando se afirma que la conducta previa al inicio de ejecución es *no-típica* se implica que aún no es típica de una figura de la Parte especial del Código penal, pero no por ello necesariamente atípica en el sentido de una acción de la que no se sigue nada jurídico-penalmente.

VI.

Cuando el partícipe se autopostula inmediatamente en un contexto delictivo actual también realiza el tipo, pues este es el que se encuentra operando como directiva de comportamiento para todo el colectivo. Por el contrario, si el homicidio, por ejemplo, todavía no tiene lugar como afectación típica de una esfera jurídica, entonces el blindaje del tipo penal a través del principio del hecho, abre el espacio de juego a las normas de la participación. La lesividad material del injusto de la participación antes de la ejecución radica en el peligro de generar las condiciones para la realización del tipo y en el menoscabo de la plena disposición del derecho subjetivo; mientras que, si se trata de intervenciones concomitantes, el injusto material de la participación consiste en el más grave desprecio típico de la relación jurídica entre el colectivo y la víctima. En la intervención previa al tipo existe un significante abierto en tanto expresión de sentido. Como tal requiere todavía insertarse en una red estructurada de significado.

En los casos de intervenciones concomitantes, por el contrario, no se presenta un intervalo relevante entre acción y resultado. El partícipe se autopostula como tal en un contexto delictivo actual integrándose su actividad a la lesión típica. El injusto del partícipe debe buscarse en el momento en el que el agente desconoce la norma, es decir, en el momento en el que demuestra su déficit de lealtad al Derecho (desconocimiento de la relación vertical con la directiva de conducta promulgada por el Estado), dejando salir fuera de su ámbito de organización un curso causal peligroso que irrumpe en una esfera de organización ajena (desconocimiento de la relación horizontal con el derecho subjetivo de la víctima). En los casos de intervenciones pre-ejecutivas se trata del peligro inherente a una actividad que no solo demuestra el desprecio por el derecho subjetivo del ciudadano en el plano ideal, sino

que en el plano material se preordena a una realización típica y, por ello, significa una mengua en las facultades de disposición sobre el derecho. En los casos de intervenciones concomitantes a la ejecución, sin embargo, el partícipe se integra en una red de sentido cerrada, allí ya no existe una afectación no-típica y contingente del derecho del titular del bien jurídico, sino una afectación actual y necesaria. El partícipe toma parte en una lesión típica. La lesividad de su injusto, en consecuencia, es *mayor* y habilita a la aplicación de la norma de sanción.

VII.

El principio de accesoriedad es un concepto de enlace que permite atribuir sentido delictivo a un comportamiento determinado en un contexto de división de tareas, tanto para evitarlo (a), como para imputarlo (b). a) Basado en la doctrina de la imputación objetiva, antes de la ejecución, el principio de accesoriedad enlaza el comportamiento del interviniente con la actuación culpable de otro, permitiendo realizar un pronóstico de peligrosidad. La accesoriedad entonces se desustancializa para significar *acceso* al injusto culpable. Se trata, en este primer momento, de evitar un peligro individualmente, de manera autónoma a la eventual realización típica. b) Después de la ejecución, la accesoriedad enlaza recíprocamente dos o más comportamientos en orden a la distribución de responsabilidades. En este segundo momento se analiza el hecho en su faceta colectiva, desentrañando su sentido último como obra conjunta a los efectos de la imposición de una pena. En consecuencia, la accesoriedad implica una doble prestación, cuya diferencia específica la constituyen los distintos momentos temporales de eficacia de la norma y sus perspectivas. La función *prospectiva* se localiza en el plano de la norma de comportamiento y opera con un criterio *ex ante*. La función *retrospectiva* se localiza en el plano de la norma de sanción y opera con un criterio *ex post*.

Registro prospectivo del principio de accesoriedad: opera en el nivel de la norma primaria, mira hacia delante y permite predicar frente a una determinada actividad un sentido de continuación delictiva. Cuando se trata de procesos ejecutivos dilatados en el tiempo el tipo penal aparece en la fase pre-ejecutiva de modo *proyectado*. Desde una perspectiva *ex ante* la accesoriedad se encarga de adecuar la teoría de la imputación objetiva del comportamiento típico a comportamientos antinormativos que exceden su paradigma original, esto es, la atribución de sentido delictivo a conductas que se describen específica y detalladamente en un *tipo penal*. En este primer registro el tipo penal aparece como *objeto de referencia* de la norma de comportamiento que vincula al interviniente. Si bien es cierto que el interviniente también realiza el tipo, dicha afirmación debe matizarse o más bien corregirse cuando se trata de un proceso ejecutivo dilatado en el tiempo, en tanto la realización típica aparece proyectada. El efecto principal del primer registro de la accesoriedad entonces consiste en concretizar la peligrosidad de la acción individual a la luz del colectivo en el que se insertará.

La segunda función de la accesoriedad es *retrospectiva* y opera en el ámbito de la norma de sanción. Aquí el hecho típico realizado por mano ajena se presenta como *medio de valoración* del comportamiento individual a luz de la “performance” colectiva. La accesoriedad mira hacia atrás haciendo posible que el juez atravesase en su línea de visión al último causante hasta abarcar otros agentes a los que les pertenece el hecho en mayor o menor medida. Si la

accesoriedad prospectiva tiene como destinatario al partícipe en primer lugar, diciéndole “¡no vayas hacia allí!”, la accesoriedad retrospectiva tiene como destinatario al juez, permitiéndole ver “hacia dónde ha ido eso”. El juez penal se encarga de aplicar la norma de sanción una vez cumplidos todos los presupuestos asociados a la infracción de la norma de comportamiento. Ellos son, por un lado, la lesividad típica de la actividad del partícipe y, por otro, su culpabilidad.

VIII.

Tanto desde un punto de vista fáctico como desde un punto de vista normativo, el devenir de la imputación del hecho al autor también dependerá de lo que haya hecho u omitido el resto del colectivo. Esta es la llamada accesoriedad reflexiva de la intervención. El doble registro del principio de accesoriedad opera para partícipe y autor, pues estos títulos solo pueden individualizarse una vez que se ha detonado el hecho delictivo, definiendo el grado de responsabilidad que le corresponde a cada agente. Esto significa asumir que no solo el partícipe avanza hacia el estadio ejecutivo y después la consumación mediante la mano del autor, sino que, a la inversa, también este último se desplaza apoyándose en la actividad de aquel, algo propio de la división del trabajo. El principio de accesoriedad es un vínculo bidireccional dinámico entre los intervinientes, producto de la síntesis entre los aspectos individuales y colectivos de su actividad, en la que ambos polos pierden la solidez de su identidad. Se trata de una imputación recíproca y reflexiva de las conductas de los demás intervinientes. Esto implica en el nivel de la discusión sobre el fundamento del injusto del partícipe que la actitud teórica emancipadora no ha de apuntar a la independencia plena de la actividad individual del agente —autor o partícipe— ni a su opuesto, la dependencia absoluta del hecho principal. Por su parte, en lo estrictamente sistemático significa una ganancia explicativa tanto para los casos en los que el ejecutor es el autor, como para aquellas hipótesis de autoría no ejecutiva; igualmente, un marco teórico como el propuesto facilita resolver los casos de sabotaje al autor, así como los de exceso y error de alguno de los intervinientes.

IX.

El injusto de la participación es autónomo, porque es el mismo partícipe el que infringe personalmente la norma primaria dirigida hacia él en el momento en que alcanza el estadio de la tentativa acabada de intervención. La ubicación sistemática del resultado fuera de la antijuridicidad del hecho del partícipe no lo neutraliza como tal. La participación no acaba con el *poner-a-disposición* a modo de un delito de peligro. El resultado en el plano de la norma de sanción dice mucho más que el *sí* y el *cuándo* de la reacción formalizada mediante pena — es algo más que una condición objetiva de punibilidad—, expresa al colectivo y permite aprehender el sentido social de la intervención. La accesoriedad externa condiciona la aplicación de la norma de sanción, a la vez que, reflexivamente termina de definir los contornos cualitativos y cuantitativos del comportamiento de intervención a través del sentido y marco penal del hecho principal. En suma, el efecto retroactivo del principio de accesoriedad se produce cuando la externalización de la tentativa acabada de intervención, que funciona como un “acontecimiento apropiador” desde atrás hacia adelante, se invierte y

el hecho colectivo vuelve hacia el partícipe y se “reapropia” de su actividad previa, la resignifica en sus contornos y permite definir su valoración en el plano material (como autor o partícipe de modo especular frente al resto de las intervenciones) y formal (articulando la escala penal de la participación con un tipo penal en particular con un determinado grado de realización).

X.

En los procesos ejecutivos dilatados en el tiempo la participación suele producirse en la fase previa a la ejecución. Hay dos razones prácticas para ello: primero, la división del trabajo suele retardar el proceso ejecutivo en el tiempo estirándolo hacia atrás; segundo, el actuar a la distancia brinda la ventaja de no ensuciarse las manos. A pesar de esto, la clasificación entre intervenciones anteriores y concomitantes a la ejecución no puede realizarse únicamente teniendo en cuenta la dimensión temporal-espacial: el criterio debe ser normativo. Las intervenciones pre-ejecutivas son aquellas en las que el inductor o cooperador se desentiende del *porvenir* de su actividad en manos del ejecutor antes de del estadio de la tentativa punible y, cuando este se alcanza por la mano del ejecutor, el partícipe se encuentra lejos del lugar del delito o estando allí es incapaz de evitar que se produzca el resultado de su acción de tentativa. Es decir, cuando se comprueba un intervalo de tiempo relevante entre el momento en el que el interviniente deja pasar la última posibilidad de revocar en forma segura su intervención y el momento del comienzo de la realización típica.

En las hipótesis de intervención concomitante, por el contrario, se superponen la acción y el resultado de las infracciones de las normas de comportamiento de todos los intervinientes. Coinciden en el tiempo la acción individual de tentativa acabada y la obra colectiva que alcanza el estadio ejecutivo. La infracción individual de la norma de comportamiento de la participación y su punto de referencia colectivo (como mínimo un *intento de*) se solapan. Este sobrevenir de la actividad individual del partícipe se ajusta al ataque actual al bien jurídico en manos del autor, que es también su ataque. El partícipe realiza su intervención en un contexto delictivo actual y se postula como tal, localizándose e insertándose de inmediato en el hecho típico. Por lo tanto, esta integración no requiere un esfuerzo adicional para interpretarla, a diferencia de lo que sucede con los casos de intervención previa a la ejecución. Cuando el agente interviene en un contexto inequívocamente delictivo no solo se postula de inmediato como parte de ello, sino que a la vez objetiva el límite entre la singularidad de su comportamiento y la faceta colectiva del proyecto común. Con todo, *el criterio determinante no es la presencia física del partícipe en el momento y lugar del hecho, sino si conserva o no la capacidad de retirar su aportación o motivación en el instante en que el autor se dispone inmediatamente a la realización del tipo delictivo.*

XI.

Los supuestos de *omissio libera in causa* y los casos en los que el partícipe interviene en la fase previa al comienzo de ejecución son estructuralmente análogos. Tanto en la teoría de la *alic* como en la intervención pre-ejecutiva se presentan dificultades para reprocharle al agente su comportamiento teniendo en cuenta exclusivamente el instante en que se produce la lesión material del bien jurídico, problema no reducible a una cuestión de dolo alternativo. En *fase*

uno el partícipe *defrauda la norma de sanción*, puesto que con su intervención infringe la norma de conducta, pero esta es impune antes de la ejecución del hecho colectivo con base en las reglas de la accesoriedad externa. Y una vez que en *fase dos* el autor realiza el tipo, el partícipe estaría *protegido por la norma de cobertura* derivada del principio de coincidencia, si entonces fuera incapaz de cumplir con la acción debida —consistente en retirar su aportación o motivación— la que le corresponde por haberse colocado por injerencia en una situación de garantía. Mientras que en los casos de *alic* la acción ejecutiva consiste en, por ejemplo, eliminar la capacidad de acción —*liberarse a sí mismo del propio control*— en la participación la acción ejecutiva individual consiste en el realizar la intervención y desentenderse de ella —*liberar un curso causal peligroso fuera del propio ámbito de control*—. Paralelamente a lo que sucede con el autor que obra en estado defectuoso, el injusto del partícipe y, por lo tanto, los elementos del tipo subjetivo, deberán determinarse en el momento en que se favorece el hecho delictivo (la acción precedente como *causa libre*).

Cuando el partícipe actúa antes que el autor se disponga inmediatamente a la realización del tipo, se está en presencia de un proceso ejecutivo con división del trabajo extendido en el tiempo con dos fases: la acción precedente representada por la ayuda o motivación y el posterior ataque al bien jurídico a manos del autor, prueba de que el partícipe ha decidido dejar pasar la última oportunidad para revocar su intervención. Al igual que en las hipótesis comprendidas bajo la figura de la *alic*, en esta segunda fase el partícipe ha perdido el control del riesgo (porque está lejos del lugar del hecho, por ejemplo) y no puede evitar que se actualice el peligro de su intervención. A partir de aquí, la intervención pre-ejecutiva es pensada mediante la estructura de una *omissio libera in causa*: el partícipe con su intervención en *fase uno* se coloca por injerencia en una posición de garantía acotada a evitar que su cooperación o motivación se concrete en el proyecto delictivo colectivo y, llegado el momento, omite realizar la acción debida. Tanto en los casos de *alic* como en los casos de intervención en el estadio anterior a la tentativa existe un agente en posición de garantía. Sin embargo, esta responsabilidad por injerencia del partícipe, a diferencia de la situación del autor en los casos de *alic*, se encuentra acotada (antes del comienzo de ejecución) a retirar su intervención —o tolerar que el Estado lo haga por su cuenta— y no le obliga a frustrar el hecho delictivo en su totalidad. Únicamente después integrarse su aportación o motivación al proyecto colectivo que al menos ha alcanzado el estadio de la tentativa, su posición de garantía se amplía y, si pretende evitar el castigo, entonces deberá frustrar el hecho delictivo, el cual ya le pertenece. El partícipe que actúa en la trastienda y se aleja del hecho presenta el mismo estatuto de un *incapaz de acción*, pues, si bien en abstracto posee capacidad de acción, su *distanciamiento del proceso ejecutivo le impide cumplir en concreto con la acción debida que consiste en evitar el resultado típico de su intervención*.

Tanto en los casos de *alic* como en los casos de intervención pre-ejecutiva el fundamento de la imputación ha de buscarse en la acción llevada a cabo en la primera fase: la producción de la situación defectuosa o la realización de la intervención. Es aquí donde se localiza el disvalor de acción propio de la participación, el cual no se compone únicamente de la creación de la voluntad delictiva ajena o de la cooperación en el delito, sino que, a su vez requiere el correspondiente disvalor omisivo de la pérdida de control sobre el curso causal peligroso.

Sin embargo, el objeto de la imputación necesariamente habrá de completarse con la concreción de la actividad del agente en la segunda fase del *iter criminis*, esto es, con el disvalor de resultado de la participación. La posibilidad de articular ambos momentos, la *acción individual* de tentativa acabada de intervención y su *resultado colectivo* (al menos una infracción de un tipo penal en grado de tentativa) es posible a través de la figura de la *omissio libera in causa*, figura dogmática que acecha tras la accesoriedad externa de la participación cuando el interviniente ha perdido el control del riesgo antes del comienzo de la acción ejecutiva.

Parte de la doctrina trata al autor que provoca su propio estado defectuoso como si fuera un autor mediato que se utiliza a sí mismo como mediador del hecho. Se afirma así que la *alic* dolosa y la autoría mediata son constructivamente semejantes. En el supuesto básico de autoría mediata el autor deja actuar al instrumento tras “haberlo preparado”, en los casos de *alic* el autor se sirve de sí mismo como instrumento luego de “haberse preparado” y, finalmente, estimo que en las hipótesis de intervención pre-ejecutiva, el partícipe coopera con el autor dejando en sus manos la ejecución del hecho delictivo “ya preparado”. La *gracia* en estas tres constelaciones de casos consiste en que el agente mantiene las manos limpias, esto es, desde la trastienda proyecta su actividad hacia adelante en la persona de otro. Esto sucede incluso en la *alic*, pues si bien el autor obra fenomenológicamente de propia mano, no lo hace así normativamente, ya que cuando se ha vuelto inimputable acaba siendo un *otro frente a sí mismo*. Así, en la intervención pre-ejecutiva también puede decirse que el partícipe “prepara” al ejecutor, haciendo nacer su voluntad delictiva o allanándole el camino y distanciándose del momento de la ejecución. Pero, a diferencia del supuesto de *alic* y autoría mediata, en la participación el agente comparte la responsabilidad con el ejecutor. Si esto es correcto, las soluciones dogmáticas en el plano de la tentativa, el desistimiento y el tipo subjetivo en las figuras de la *alic*, la autoría mediata y la intervención pre-ejecutiva han de tener un estatuto similar.

XII.

Debe fracturarse la oposición entre la solución individual y la solución global de la tentativa, asociadas usualmente con las teorías autónomas y las teorías derivadas del injusto de la participación, respectivamente. Así, considero que el principio de autorresponsabilidad, el principio de culpabilidad y una concepción normológica coherente imponen en el nivel de la norma de comportamiento la solución *individual*. La relación entre agente y norma se configura de manera bilateral entre él y la directiva de conducta, alcanzando su punto crítico con la tentativa acabada de intervención. Por su parte, la solución global de la tentativa opera en el nivel de la norma de sanción y puede no coincidir con aquel momento en el que se infringe la norma de comportamiento. Esto rige tanto para la teoría de la intervención, como para los casos de autoría mediata y *alic*. En estos casos, la norma de comportamiento se infringe en el nivel de la antijuridicidad cuando el agente pierde la posibilidad de revocar en forma segura su intervención, influencia sobre el instrumento o provocación de la situación defectuosa, respectivamente. Esta formulación ha de pensarse ligada a la distinción entre acción de tentativa [*Versuchsbehandlung*], resultado de tentativa [*Versuchserfolg*] y delito de tentativa [*Versuchsdelikt*] —tal como en su hora propusiera HERZBERG para resolver los problemas de adelantamiento de la barrera de punibilidad a los que conducía en la *alic* el

modelo de la tipicidad—, la cual evita caer en la trampa de confundir lo individual de la tentativa acabada de intervención con lo global del presupuesto de aplicación de la norma de sanción para todo el colectivo.

XIII.

Los casos denominados de “partícipe desconfiado” son aquellos en los que el interviniente comienza a realizar su aportación o motivación en un momento anterior al comienzo de ejecución, pero no se desentiende del porvenir delictivo en manos del autor —ya sea que se encuentre o no en el lugar de los hechos— hasta que se alcanza el estadio de la tentativa. Estos deben ser considerados supuestos de intervención concomitante a la ejecución del hecho típico y, por ende, no es necesario recurrir a la figura de la *omissio libera in causa* para explicarlos. La apariencia engañosa que ha de evitarse es confundir la manifestación fenotípica de la acción individual de inicio de tentativa inacabada en un momento anterior a la ejecución con su relevancia normativa como acción individual de tentativa acabada: si bien usualmente ambos momentos coinciden, ello no siempre es así, tal como sucede en los supuestos en los que el interviniente actúa antes del inicio de ejecución, pero mantiene consigo la posibilidad de revocar en forma segura su prestación.

XIV.

Los actos preparatorios son acciones que, si bien se encaminan hacia un proyecto delictivo, todavía no cuestionan de manera relevante la norma de comportamiento. Como tales, se circunscriben a la esfera íntima del individuo y están permitidos. Los actos preparatorios abarcan, en primer lugar, la etapa de la ideación del delito [actos *íntimos*]. En segundo lugar, incluyen las manifestaciones de esta subjetividad que se concretan en interacciones estereotipadas [actos *éxtimos*]. El trazado de un perímetro de libertad primordial en el ámbito de los actos preparatorios es el anverso de asumir el criterio de la pérdida del control del riesgo para determinar el momento de la infracción de la norma de comportamiento. En algunos casos, el agente traspasará este límite aun cuando mantenga consigo el control sobre el curso causal en que consiste su intervención, pero lo haya perdido sobre el sentido de su conducta, en tanto intención delictiva objetivada. El común denominador entre los actos preparatorios y la intervención pre-ejecutiva no es su función, llevar adelante el hecho típico, sino la forma de la expresión, uno se mantiene dentro del perímetro de libertad primordial del ciudadano y otra lo desborda de modo prohibido. El acto preparatorio ha de ser equiparado con una conducta neutral que puede ser anudada a un proyecto delictivo, pero que no es una infracción de la norma de conducta.

XV.

Las dimensiones interna y externa de la accesoriedad son complementarias. La relación de implicación de ambas dimensiones es producto de la síntesis entre las funciones político-criminales y las funciones dogmáticas que se le atribuyen al principio de accesoriedad de la participación. El contenido material de la dimensión externa repercute en su sistemática interna; la accesoriedad es una sola y su diseño depende de cómo se resuelva aquella síntesis. La distinción dual entre los aspectos interno y externo de la accesoriedad, por lo tanto, no puede ser postulada a modo de un ensamble teórico de dos cuestiones que corren por carriles

independientes. Si bien es cierto que el lado ‘interno’ de la accesoriedad determina las condiciones que debe reunir el hecho principal al que se adapta el partícipe, más allá de si se exige posteriormente el comienzo de ese hecho principal, no es menos cierto que esto no alcanza para afirmar la independencia absoluta de ambas dimensiones. En efecto, de lo que se trata es de la existencia de un único hecho principal con un doble registro.

XVI.

La crítica al modelo limitado de la accesoriedad no solo puede construirse *desde abajo*, en lo que respecta a la insolvencia del injusto no culpable como bisagra de la teoría del delito, sino también *desde arriba*, en relación con las soluciones poco satisfactorias que arroja frente a un grupo de casos adversos. Estos atraviesan toda la teoría del delito y ponen en duda tanto el indiscutido *punto de vista negativo*, según el cual el decaimiento de la antijuridicidad en la persona del autor principal cancela la eventual participación de terceros, como el *punto de vista positivo* que sostiene la conclusión inversa de que la comisión de un hecho principal típico, doloso y antijurídico sería suficiente para afirmar la responsabilidad por participación. Asimismo, la redacción de los preceptos de la participación en los códigos penales español y alemán no impiden trabajar con una accesoriedad máxima en la norma de sanción.

XVII.

Si la operación y los presupuestos de la norma de comportamiento y de la norma de sanción son distintos, entonces la fisonomía del hecho principal no habrá de poseer necesariamente las mismas características como criterio rector para regular la actividad de los destinatarios de las normas de la participación, que como criterio de atribución de responsabilidad. Si se pretende construir un principio de accesoriedad útil para resolver los problemas que plantea la participación como injusto punible, entonces habrá de renunciarse a la unidad de su fisonomía —en cualquiera de sus modelos— tal como ha sido concebida hasta ahora. Tanto el aspecto interno como el aspecto externo del principio de accesoriedad dependen de los presupuestos jurídicos que se exijan en los niveles de la antijuridicidad y la punibilidad de la participación, respectivamente. Tales presupuestos, no pueden concebirse como una amalgama inarticulada. Una accesoriedad que permita diseñar el injusto de la participación a partir del principio de autonomía habrá de enfocarse, en primer término, en la relación personal del infractor con la norma como directiva de comportamiento individual. Pero esto no es suficiente. La accesoriedad, en segundo término, también habrá de ser una guía útil para señalar a qué persona ha de castigarse y por cuál título, debiendo entonces centrarse en la obra colectiva como menoscabo de la posición jurídica de la víctima.

La clave reside precisamente en “no disolver” los antagonismos de la accesoriedad, sino en escenificar un desplazamiento conceptual para percibirlos como tales, y así, reconocerlos en su función a través de la teoría de las normas. Si esto es correcto, quizá estemos en condiciones de cruzar una frontera que suele considerarse como cerrada y descartar la adscripción a un modelo de accesoriedad *in totum*, tal como ha sido planteado el problema hasta ahora. Lo que pretendo es evitar la confusión a la que conduce la atribución de funciones diversas al principio de accesoriedad, trazando una distinción entre ellas y al mismo tiempo relacionándolas unas con otras. La tensión entre la accesoriedad en la norma de

comportamiento y la accesoriadad en la norma de sanción es inherente al contenido complejo que la participación intenta designar, ya que su ambigüedad señala tanto un deber de no adaptación a una lesión actual o futura (prescripción) como la existencia de una división del trabajo que fundamenta la pena (imputación). El doble registro de la accesoriadad, en consecuencia, lejos de revelar los límites del concepto propuesto, señala la verdad más íntima de la participación en tanto norma jurídico-penal: prevenir y castigar.

Si se pretende construir un principio de accesoriadad útil para resolver los problemas que plantea la participación como injusto punible, entonces habrá de renunciarse a la unidad de su fisonomía. Tanto el aspecto interno como el aspecto externo del principio de accesoriadad dependen de los presupuestos jurídicos que se exijan en los niveles de la antijuridicidad y la punibilidad de la participación, respectivamente. Pero tales presupuestos, no pueden concebirse como una amalgama inarticulada. Una accesoriadad que permita diseñar el injusto de la participación a partir del principio de autonomía habrá de enfocarse, en primer término, en la relación personal del infractor con la norma como directiva de comportamiento individual. Pero esto no es suficiente. La accesoriadad, en segundo término, también habrá de ser una guía útil para señalar a qué persona ha de castigarse y por cuál título, debiendo entonces centrarse en la obra colectiva como menoscabo de la posición jurídica de la víctima. Esta doble función del principio de accesoriadad, basada en la distinción normológica apuntada, implica necesariamente que su dimensión interna varíe conforme se encuentre operando como guía para la acción del partícipe o como guía para la imputación.

XVIII.

La dimensión interna de la accesoriadad en su registro prospectivo equivale a la realidad recortada del injusto culpable como valoración proyectada. Este injusto se configura según los conocimientos personales del partícipe y en él se manifiesta la desautorización de una norma de conducta por un tercero. Como tal es un límite a la libertad del agente prescribiéndole omitir o realizar una conducta determinada, de manera independiente a la comprobación *ex post* de la infracción real de la norma de comportamiento dirigida al autor. Aquí se trata de identificar al hecho en función de su lesividad para las posiciones jurídicas de los ciudadanos y orientar la actividad del destinatario de la norma de la participación hacia la abstención. En el plano *ex ante* de la norma primaria de la participación, el desvalor material del hecho principal no ha de corresponderse con una relación normativa completa del ejecutor con la norma jurídica (accesoriadad máxima). Se opone así la lesividad del hecho proyectado como guía para la acción del partícipe (nivel de la antijuridicidad) a la infracción culpable de la norma real en el marco de una relación normativa completa (nivel de la punibilidad).

La infracción de la norma de la participación se produce cuando el inductor o el cómplice pierde el control sobre su motivación/aportación, la cual, según sus conocimientos personales, se dirige a aumentar el riesgo de lesión de una posición jurídica protegida. Se trata de una *norma de conducta individual objetivamente delimitada*. Como tal, orienta al agente conforme sus conocimientos personales definidos por su específico rol social. La accesoriadad a la norma promulgada como regla intersubjetiva individual solo puede operar como

instrumento de prevención si se construye tomando en consideración los conocimientos particulares del agente. Esto tendrá importantes consecuencias sistemáticas, pues un mismo hecho podrá ser para un interviniente un objeto de referencia idóneo de la participación y para otro interviniente no. Esta idea casa perfectamente con una fundamentación autónoma del injusto de la participación, en tanto no es necesario esperar al comienzo de la ejecución para afirmar que el agente tiene (e infringe) el deber de no participar, con consecuencias precisas diferentes a la pena. En el nivel de la norma primaria el juicio de antijuridicidad es estrictamente individual. Lógicamente, las cosas son distintas en el nivel de la norma de sanción cuando se trata de determinar si una conducta antijurídica ha de ser refutada mediante pena. Allí habrá de operarse con una perspectiva *ex post*: solo podrá responsabilizarse a quienes les pertenece el delito como expresión de sentido relevante.

XIX.

Aunque la actividad del partícipe, considerada en su momento individual, tiene un significado recortado respecto a un objeto de referencia potencial, la suma inarticulada de esos “actuables” no equivale al concepto perfecto con el que se asimila su unidad, en tanto construcción de sentido. Por ello, en el registro retrospectivo no es posible *responsabilizar* como partícipe al agente tomando como única referencia lo que hace y deja de hacer de propia mano. En otras palabras, no puede reaccionarse frente a su comportamiento teniendo exclusivamente en cuenta su relación individual con la norma de comportamiento, en tanto allí no hay nada en común (aún) con el resto de las prestaciones individualmente consideradas. La intervención se desintegraría, pasando a ser algo similar a una autoría paralela. Pero tampoco basta con compartir el lado objetivo del hecho, sino que se hace imprescindible además compartir el hecho en tanto comunicación hostil al modelo de conducta institucionalizado. Por ello, en el nivel de la punibilidad, donde se procura enlazar la actividad de los distintos intervinientes en una unidad de sentido con significado social, la accesoriadad no podrá ser, sino máxima.

Siempre que se infrinja la norma de comportamiento de la participación en tanto prohibición de adaptación a una actividad que se presenta como realización actual o futura de una norma promulgada, el partícipe habrá realizado —conforme los criterios expuestos— una conducta antijurídica en el nivel de la norma primaria. Ello le implicará no solo colocarse por injerencia en una posición de garantía acotada a evitar la actualización típica de su intervención, sino también deberes de tolerancia frente a la intervención del Estado y, eventualmente, una pena en aquellos casos en los que se trate de *participación en grado de tentativa* en delitos graves. Asimismo, podrá concurrir idealmente un reproche a título de autoría imprudente en relación con el resultado no abarcado por el dolo de participación en tanto no activación evitable de un conocimiento relevante. Cuando el agente se autopostule como partícipe expresándose individualmente, pero como tal no alcance a articularse con el resto del colectivo que ha sido artífice de la lesión de la posición jurídica protegida, entonces se tratará de una participación en grado de tentativa. Solo la perfecta unidad de la expresión de la voluntad individual en la expresión de la voluntad general amerita una pena de participación —o coautoría—. Pues solo en estos casos de completa congruencia entre lo individual y lo colectivo es posible afirmar que el hecho *ex ante apropiable, ex post ha sido apropiado*.

XX.

El principio de accesoriadad de la participación rige de forma irrestricta tanto para los delitos comunes como para los delitos especiales propios en sentido estricto, propios en sentido amplio e impropios. En los delitos especiales impropios y en los llamados delitos de infracción de deber en sentido amplio el estatuto del principio de accesoriadad es estrictamente análogo al de los delitos comunes. En los delitos especiales en sentido amplio, no obstante, se supedita la relevancia penal de la conducta a que la calidad especial exigida por el tipo concurra en alguno de los intervinientes. En los delitos de infracción de un deber el estatus especial no define *ad intra* automáticamente el título de imputación. La calificación de la intervención como de autoría o de participación corresponde a un segundo nivel analítico de la teoría de la intervención y viene impuesta por el principio de proporcionalidad. En los delitos de infracción de un deber el principio de accesoriadad opera *ad extra* en su faceta negativa, la prohibición de regreso. Ella como tal no es la ausencia del orden simbólico de la accesoriadad, sino su anverso en relación con el tipo especial.

La norma primaria de la participación establece un deber general de no impulsar proyectos delictivos por mano ajena que abarca la actividad del *extraneus* frente a la afectación de la institución en los delitos de infracción de un deber. Sin embargo, en el nivel de la norma secundaria al no poseer el estatus especial, en tanto elemento fundamentador de la pena, no podrá ser sancionado. Para su punibilidad los ataques contra la institución habrán de tipificarse expresamente. La actividad antinormativa no punible explica la adopción de medidas intermedias de frustración del proceso ejecutivo a costa del *extraneus*, así como una eventual pena de participación en grado de tentativa cuando se tratase de un delito grave, en los ordenamientos jurídicos que contaren con tales cláusulas. Se trata de una intervención paralela que no se articula en una unidad de sentido con el ataque del obligado especial. El partícipe vulnera una norma distinta a la amenazada con pena para el titular del deber. Este giro puede darse sin romper con las afirmaciones precedentes si se trabaja con el registro prospectivo del principio de accesoriadad. En el nivel de la antijuridicidad de la participación—independiente en sus presupuestos del nivel de la sancionabilidad— lo importante es la peligrosidad de la conducta en tanto actividad proyectada, juicio que no se modifica por la comprobación *ex post* de que en realidad se trata de una conducta atípica, justificada o no culpable. No se propone aquí con la doctrina dominante el imputarle al partícipe a través del hecho del autor determinadas características del delito que él en su propia persona no cumple, sino evaluar la infracción del mandato fundamentado en un imperativo categórico de no impulsar hechos delictivos por mano ajena.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO ÁLAMO (1989), «La acción “libera in causa”», *ADPCP*, pp. 55 ss.
- AUDI (1996), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, 1ª reimpr., Cambridge University Press, Cambridge.
- BACIGALUPO (1986), «La función del concepto de norma en la dogmática penal», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (ejemplar dedicado a Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Jiménez de Asúa), núm. 11, pp. 61 ss.
- BAUMANN/WEBER/MITSCH (1995), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Ernst und Werner, Bielefeld.
- BECKER (2012), *Der Strafgrund der Verbrechenverabredung gem. § 30 Abs. 2, Alt. 3 StGB*, Duncker & Humblot, Berlín.
- BELING (1923), *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung: zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919*, Rothschild, Berlín.
- BELING (1964), *Die Lehre vom Verbrechen* (1906), Scientia Verlag, Tubinga.
- BEROLZHEIMER (1904), *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, Schweitzer, Munich.
- BINDING (1991), *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts* (1872), t. I, vol. I, Scientia Verlag, Aalen.
- (1991), *Handbuch des Strafrechts* (1885), Scientia Verlag, Aalen.
- (1905), *Lehrbuch des Gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil*, Engelmann, Leipzig.
- BLOY (1985), *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin.
- BOCKELMANN (1957), *Strafrechtliche Untersuchungen*, Otto Schwartz, Gotinga.
- (1954), BOCKELMANN, «Nochmals über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme», *GA*, 1954, pp. 193 ss.
- (1949), *Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme*, Fleischer, Gotinga.
- BOLDOVA PASAMAR (1995), *La Comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid.
- BOLEA BARDÓN (2000), *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia
- BOTTKE (1992), *Täterschaft und Gestaltungsherrschaft. Zur Struktur von Täterschaft bei aktiver Begehung und Unterlassung als Baustein eines gemeineuropäischen Strafrechtssystems*, Müller, Heidelberg.
- BUSCH (1964), *Die Strafbarkeit der erfolglosen Teilnahme und die Geschichte des § 49 a StGB*, disertación, Marburg.
- CAMPO MORENO (2000), *Los actos preparatorios punibles*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

- CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ (2006), «¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar» en JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ (trads.), Thomson Cívitas, Cizur Menor, pp. 15 ss.
- COBO/VIVES (1999), *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CONRAD (1977), *Die "akzessorische" Teilnahme und sog. Mittelbare Täterschaft unter Berücksichtigung des Jugendgerichtsgesetzes, ein Beitrag zur Entwicklung der Lehre vom materiellen Täterbegriff* (reimpr. 1937), Kelp, Fráncfort del Meno.
- CUELLO CONTERAS (1976), *La conspiración para cometer el delito: interpretación del art. 4, I, CP (Los actos preparatorios de la participación)*, Bosch, Barcelona.
- DENCKER (2002), «Beteiligung ohne Täter» en PRITTWITZ *et al* (ed.) *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 525 ss.
- (1996), *Kausalität und Gesamttat*, Duncker & Humblot, Berlin.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (2008) «Autoría y participación», *Revista de Estudios de la Justicia*, 10, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 13 ss.
- (1997), «Coautoría alternativa y coautoría aditiva: ¿Autoría o participación?» en SILVA SÁNCHEZ (ed.) *Política criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*, Bosch, Barcelona, pp. 295 ss.
- (1991), *LA AUTORÍA EN DERECHO PENAL*, PPU, BARCELONA.
- ENGLÄNDER, (2011), «Die Pflicht zur Notwehrhilfe», en HEINRICH (ed.) *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, t. I, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 657 ss.
- FAD (2005), *Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium*, Duncker & Humblot, Berlín.
- FARRÉ TREPAT (1986), *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona.
- FEIJÓO SÁNCHEZ (2007), *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*, Reus, Madrid.
- (1997), «La imprudencia en el Código penal de 1995 (cuestiones de "lege lata" y de "lege ferenda")», *CPC*, 62, pp. 303 ss.
- FLETCHER (2011), «Strafrecht ohne Straftäter», en HEINRICH (ed.) *Strafrecht als Scientia Universalis: Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, t. I, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 793 ss.
- FRANZHEIM (1961), *Die Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat*, Walter de Gruyter, Berlín.
- FREUND (2014), «Actio libera in causa vel omittendo bei Rauschdelikten im Straßenverkehr», *GA*, pp. 137 ss.
- (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre*, 2ª ed., Springer, Berlín.
- (1992), *Erfolgsdelikt und Unterlassen: zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Carl Heymanns, Colonia.

- (1991), «Richtiges Entscheiden – am Beispiel der Verhaltensbewertung aus der Perspektive des Betroffenen, insbesondere im Strafrecht: zugleich ein Beitrag zur Relativität objektiver Daten», *GA*, pp. 387 ss.
- FRISCH, (1988), *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Müller, Heidelberg.
- (1983), *Vorsatz und Risiko, Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes, zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Carl Heymanns, Colonia.
- FRISTER (2015), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: ein Studienbuch*, 7^a ed., Beck, Munich.
- (2012), «Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme» en DEGENER/HEGHMANN (eds.) *Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübinga, pp. 119 ss.
- GARCÍA CAVERO (2003), *Derecho penal económico. Parte General*, t. I, ARA Editores, Lima.
- GÓMEZ MARTÍN (2006), *Los delitos especiales*, Edisofer, Madrid.
- GONZÁLEZ, «(Sin título), una cuestión conceptual», *online* en [www. artecontexto.com](http://www.artcontexto.com).
- GÖSSEL (2001), «Überlegungen zum sog. Strafgrund der Teilnahme» en COURAKIS (ed.) *Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert, Festschrift für Professor Dr. Dionysios Spinellis*, t. I, Sakkoulas, Atenas/Komotini, pp. 379 ss.
- GRECO (2009), «Wider die jüngere Relativierung der Unterscheidung von Unrecht und Schuld», *GA*, pp. 636 ss.
- HAAS (2008), *Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen: zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín.
- (2004), «Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik» en KAUFMANN/RENZIKOWSKI (dirs.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, pp. 193 ss.
- (2002), *Kausalität und Rechtsverletzung: ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Duncker & Humblot, Berlín.
- HAFKE (1995), «El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal» en SILVA SÁNCHEZ (ed. española) *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, pp. 129 ss.
- HAMDORF (2002), *Beteiligungsmodelle im Strafrecht — Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitsstatensystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland*, Friburgo, Iuscrim.
- HEGHMANN (2000), «Überlegungen zum Unrecht von Beihilfe und Antiftung», *GA*, pp. 473 ss.
- HERNÁNDEZ MARÍN (2002), *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2^a ed., Marcial Pons, Barcelona.

- HERZBERG (2001), «Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen» en SCHÜNEMANN *et al* (ed.) *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, pp. 749 ss.
- (1992), «Gedanken zur actio libera in causa: Straffreie Deliktsvorbereitung als Begehung der Tat (§§ 16, 20, 34 StGB)?», en SEEBODE (ed.) *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin, pp. 203 ss.
- (1991), «Akzessorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale», *GA*, pp. 145 ss.
- (1977), *Täterschaft und Teilnahme: eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, Beck, Munich.
- (1971), «Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände», *GA*, pp. 1 ss.
- HIRSCH (2002), «Tatstrafrecht — ein hinreichend beachtetes Grundprinzip?», en PRITTWITZ *et al* (ed.) *Festschrift für Klaus Lüderssen: zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 253 ss.
- HÖPFNER (1906), «Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe», *ZStW* 26, pp. 579 ss.
- HRUSCHKA (2002), «“Actio libera in causa” und mittelbare Täterschaft», en DÖLLING (ed.) *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, pp. 145 ss.
- (1998), «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW* 110, pp. 581 ss.
- (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode: systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, 2^a ed, Walter de Gruyter, Berlin.
- (1979), «Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit», en KAUFMANN *et al* (ed.) *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, Beck, Munich, pp. 421 ss.
- (1976), *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin.
- (1968), «Der Begriff der actio libera in causa und die Begründung ihrer Strafbarkeit», *JuS*, pp. 554 ss.
- JAKOBS (2017), «Akzessorietät» en JOERDEN *et al* (ed.) *Rechtsstaatliches Strafen: Festschrift für Prof. Dr. Dr. H.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 105 ss.
- (2014), *Theorie der Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt del Meno.
- (2011), «Mittäterschaft als Beteiligung» en PAEFFGEN *et al* (ed.) *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, pp. 547 ss.

- (2004), *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, Ferdinand Schöningh, Paderborn.
- (2004), «Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma» (trad. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES) en *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, pp. 75 ss.
- (2003), *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, (trad. CANCIO MELIÁ/FEIJÓO SÁNCHEZ) Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (2003), «Beteiligung» en DÖLLING (ed.) *Jus humanum: Grundlagen des Rechts und Strafrecht: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 561 ss.
- (1999), *Norm, Person und Gesellschaft: Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.
- (1998), «Die sogenannte actio libera in causa» en ESER (ed.) *Festschrift für Harou Nishihara zum 70. Geburtstag*, Nomos, Baden-Baden, pp. 105 ss.
- (1998), «Zur gegenwärtigen Straftheorie» en KODALLE (ed.) *Strafe muss sein! Muss Strafe sein? Philosophen – Juristen – Pädagogen im Gespräch*, Kritisches Jahrbuch der Philosophie, nm. 1, Königshausen & Neumann, Würzburg, pp. 29 ss.
- (1994), «El concepto jurídico-penal de acción» (trad. CANCIO MELIÁ) en *Revista peruana de Ciencias penales*, núm. 3, pp. 67 ss.
- (1996), *Sociedad, Norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Universidad del externado de Colombia, Bogotá.
- (1996), *La imputación objetiva en Derecho penal*, 1ª ed., (trad. CANCIO MELIÁ), Civitas, Madrid.
- (1996), «Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation», *GA*, pp. 253 ss.
- (1996), *SOBRE EL INJUSTO DEL SUICIDIO Y DEL HOMICIDIO A PETICIÓN: ESTUDIO SOBRE LA RELACIÓN ENTRE JURIDICIDAD Y ETICIDAD*, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, BOGOTÁ.
- (1995), «Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und “alteuropäischem” Prinzipiendenken», *ZStW* 107, pp. 843 ss.
- (1992), «El principio de culpabilidad» *ADPCP*, (trad. CANCIO MELIÁ), pp. 1051 ss.
- (1992), «Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten», *ZStW* 104, pp. 82 ss.
- (1991), *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed, Walter de Gruyter, Berlín.
- (1989), «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», en DORNSEIFER *et al* (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 271 ss.

- (1985), «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», *ZStW* 97, pp. 751 ss.
- (1974), «Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem», en STRATENWERTH *et al* (ed.) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 307 ss.
- JESCHECK (1986), «Nueva dogmática penal y política criminal en perspectiva comparada», *ADPCP*, pp. 9 ss.
- JESCHECK (1961), «Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Beling im Vergleich mit der österreichischen Lehre», *ZStW* 73, pp. 179 ss.
- JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.
- JOSHI JUBERT (1990), *La doctrina de la «actio libera in causa» (ausencia de acción o inimputabilidad provocadas por el sujeto)*, Bosch, Barcelona.
- KALINOWSKI (1973), *Einführung in die Normenlogik* (trad. KLEIN), Athenäum, Fráncfort del Meno.
- KANT (1921), *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (trad. GARCÍA MORENTE) Madrid (edición de ROSARIO BARBOSA, San Juan, 2007).
- KATZENSTEIN (1901), *Die Strafflosigkeit der actio libera in causa*, Reimer, Berlín.
- KAUFMANN (1988), *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 2ª ed., Otto Schwartz, Gotinga.
- (1977), *Teoría de las normas, fundamentos de la dogmática penal moderna*, Depalma, Buenos Aires.
- (1974), «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en STRATENWERTH *et al* (ed.) *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 391 ss.
- (1968), «Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf», *ZStW* 80, pp. 1 ss.
- (1954), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie: Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Otto Schwartz, Gotinga.
- KELSEN (1960) *Teoría pura del Derecho: introducción a la ciencia del derecho*, Eudeba, Buenos Aires.
- KINDHÄUSER (2007), «Zum Begriff der Beihilfe» en DANNECKER *et al* (coord.) *Festschrift für Harro Otto, zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns, Múnich, pp. 335 ss.
- (1997), «Anmerkung zu BGH, Beschl. V. 12.2.1997 – 2 StR 28/97» en *NStZ*, pp. 273 ss.
- (1992), «Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico» en ZAPATERO *et al* (ed.) *Hacia un Derecho penal económico europeo: jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín oficial del Estado, Madrid, pp. 441 ss.
- (1984), *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

- KLESCZEWSKI (2010), «Die Grundformen beteiligungsdogmatischer Systembildung. Ein Streifzug durch Europa in kritischer Absicht», en PAEFFGEN *et al* (ed.) *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 613 ss.
- (1998), *Selbständigkeit und Akzessorietät der Beteiligung an einer Straftat*, Escrito de habilitación, inédito, Hamburgo.
- LANGER (1972), *Das Sonderverbrechen: Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlín.
- LANGE (1940), *Die Notwendige Teilnahme*, Walter de Gruyter, Berlín.
- LEONE, (1972), «Tentativo di una nuova configurazione delle actiones liberae in causa», *L'Indice penale*, fasc. 1-4, pp. 19 ss.
- LESCH (1995), *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (1994), «Täterschaft und Gestaltungsherrschaft» *GA*, pp. 112 ss.
- (1993), «Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung», *ZStW*, 105, pp. 271 ss.
- (1992), *Das Problem der Sukzessiven Beihilfe*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.
- (2000), «¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la autoría?» *Revista del Poder Judicial* 57, pp. 83 ss.
- LESS (1957), «Der Unrechtscharakter der Anstiftung», *ZStW*, 69, pp. 43 ss.
- LETZGUS, (1972), *Vorstufen der Beteiligung: Erscheinungsformen und ihre Strafwürdigkeit*, Duncker & Humblot, Berlín.
- LOOS, (2007) «Dogmenhistorische Bemerkungen zum Rücktritt vom Versuch» en PAWLIK/ZACZYK (eds.) *Festschrift für Günther Jakobs: zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns, Berlín, pp. 346 ss.
- LOPEZ PEREGRIN (2000), *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch.
- LÜDERSSEN (1995), «Der Typus des Teilnehmertatbestandes» en HEINER/KÜHNE (eds.), *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanischdeutschen Strafrechtsdiskurses*, Nomos, Baden-Baden, pp. 449 ss.
- (1967), *Zum Strafgrund der Teilnahme*, Nomos, Baden-Baden.
- LUZÓN PEÑA, (1997), «“Actio illicita in causa” y provocación en las causas de justificación», en SILVA SÁNCHEZ (ed.) *Política criminal y nuevo derecho penal (libro homenaje a Claus Roxin)*, Bosch, Barcelona, pp. 243 ss.
- (1996), *Curso de Derecho penal. Parte General*, t. I, Universitas, Madrid.
- (1995), «La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito», en SILVA SÁNCHEZ (ed. española) *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal – Libro homenaje a Claus Roxin*, Bosch, Barcelona, pp. 115 ss.

- (1991), *Estudios penales*, CPU, Barcelona.
- MAÑALICH (2014), *Norma, causalidad y acción, una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo.
- (2009), *Nötigung und Verantwortung: rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden
- MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (2014), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, t. II, 8ª ed., Müller, Heidelberg.
- (1989), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, 7ª ed., Müller, Heidelberg,
- M. E. MAYER, (1915), *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Carl Winter, Heidelberg
- H. MAYER (1967) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, W. Kohlhammer, Stuttgart.
- (1957), «Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft», en HOHENLEITNER *et al* (ed.) *Festschrift für Theodor Rittler: zu seinem 80. Geburtstag*, Wagner, Innsbruck, pp. 243 ss.
- (1936), *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Enke, Stuttgart.
- M. K. MEYER (2007), «Rezensionen: Sánchez Lázaro, Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 13, pp. 570 ss.
- (1984), *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum: Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Carl Heymanns, Colonia, Berlín.
- MERKEL, (1867), *Kriminalistische Abhandlungen*, t. I., Breitkopf und Härtel, Leipzig.
- (1889), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Enke, Stuttgart.
- MIR PUIG (2015), *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Reppetor, Barcelona.
- (2002), *Introducción a las bases del Derecho penal*, 2. ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- (1994), *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Ariel, Barcelona.
- (1990), *Derecho penal. Parte General*, 3ª ed., PPU, Barcelona.
- (1988), «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», *ADPCP*, pp. 661 ss.
- (1973), «Los términos “delito” y “falta” en el Código penal», *ADPCP*, pp. 319 ss.
- MIRÓ LINARES (2009), *Conocimiento e imputación en la participación delictiva : aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Atelier, Barcelona.
- MOLINA FERNÁNDEZ (2001), *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Bosch, Barcelona.
- (2000), «Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre libertad y responsabilidad)», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM* 4, pp. 57 ss.

- MONTIEL (2014), «¿Existen las *Obliegenheiten* en el Derecho penal?» *InDret* 4, pp. 1 ss.
- MURMANN (1999), «Sobre el tipo de la complicidad en Derecho penal» (trad. ROBLES PLANAS), *Revista del Poder Judicial* 53, pp. 153 ss.
- NIKOLIDAKIS (2004), *Grundfragen der Anstiftung: Strafgrund – agent provocateur – Objektverwechslung*, Duncker & Humblot, Berlín.
- NINO (2003), *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona.
- OLMEDO CARDENETE (1999), *La Inducción como forma de participación accesorio*, Edersa, Madrid.
- OROZCO LÓPEZ (2018), *Beteiligung an organisatorischen Machtapparaten*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- OTTO (1996), *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 5ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.
- (1976), «Straflose Teilnahme?» en WARDA *et al* (ed.), *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 197 ss.
- PADILLA ALBA (2001), «Algunas observaciones sobre la doctrina de la *actio libera in causa* en el Derecho penal español», *RECPC*, 03-04.
- PALERMO (2010), «Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad: las tesis del Profesor Silva Sánchez» en ROBLES PLANAS – SÁNCHEZ OSTIZ (coords.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo. Las tesis del Profesor Silva Sánchez*, Atelier, Barcelona, pp. 125 ss.
- (2006), *La legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona
- PAWLIK (2006), *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades* (trad. ROBLES PLANAS *et al.*), Atelier, Barcelona.
- (2012), *Das Unrecht des Bürgers, Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- (2007), «Der wichtigste dogmatische Fortschritt der letzten Menschenalter? Anmerkungen zur Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld im Strafrecht» en DANNECKER *et al* (coord.) *Festschrift für Harro Otto, zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns, München, pp. 133 ss.
- (1999), «Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten», *ZStW* 111, pp. 335 ss.
- PEÑARANDA RAMOS (2015), *La Participación en el delito y el principio de accesoriedad* (reimpr.), BdeF, Montevideo.
- (2008), «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 *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. II, Edisofer, Madrid, pp. 1419 ss.
- (2008), «Autoría y participación en la empresa» en SERRANO-PIEDECASAS DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Colex, Madrid, pp. 161 ss.

- POPPE (2011), *Die Akzessorietät der Teilnahme Eine kritische Analyse der dogmatischen Grundlagen*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2011.
- PUPPE (2016), *Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung*, Nomos, Baden-Baden.
- (2008), «Jedem nach seiner Schuld. Die Akzessorietät und ihre Limitierung», *ZStW* 120, pp. 504 ss.
- (2005), «Comentario al § 28» en KINDHÄUSER *et al* (ed.), *NK-StGB*, t. I, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.
- (1984), «Der objektive Tatbestand der Anstiftung», *GA*, pp. 101 ss.
- PUSCHKE (2010), «Origen, esencia y límites de los tipos penales que elevan actos preparatorios a la categoría de delito», *InDret* 4, pp. 1 ss.
- RENZIKOWSKI (2017), «Normen als Handlungsgründe» en SALIGER (ed.) *Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, pp. 335 ss.
- (2014) «Täterschaft und Teilnahme» en MAURACH/GÖSSEL/ZIPF (2014), *Strafrecht Allgemeiner Teil, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, t. II, 8ª ed., Müller, Heidelberg, caps. 12 y 13.
- (2013), «Normbegründung und Zurechnung – Grundlagen eines restriktiven Tatbegriffs», disertación, Universidad Pompeu Fabra, 2013, pp. 1 ss.
- (2007), «Pflichten und Rechte. Rechtsverhältnis und Zurechnung», *GA*, pp. 561 ss.
- (2005), «Normentheorie und Strafrechtsdogmatik» en ALEXY (ed.), *Juristische Grundlagenforschung, ARSP* 104, Franz Steiner, Stuttgart, pp. 115 ss.
- (2002), «Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie» en DÖLLING (ed.) *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*, Müller, Heidelberg, pp. 3 ss.
- (1997), *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- RIGGI (2010), *Interpretación y ley penal. Un enfoque desde la doctrina del fraude de ley*, Atelier, Barcelona.
- (2005) «El nuevo artículo 65.3 del Código Penal: entre el debate dogmático y las consecuencias político-criminales» *Revista de Derecho penal* 15, pp. 11 ss.
- ROBLES PLANAS (2017), «Norma y delito en Binding, Armin Kaufmann y Mir Puig», en SILVA SÁNCHEZ *et al* (ed.) *Estudios de Derecho penal: homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, Euros Editores, pp. 835 ss.
- (2014), «Réplica» en ROBLES PLANAS *et al* (ed.) *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, BdeF, Montevideo, pp. 351 ss.
- (2013), «Deberes negativos y positivos en Derecho penab», *InDret* 4, pp. 1 ss.
- (2012), «Dogmática de los límites al Derecho penal» en HIRSCH *et al* (ed.) *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona, pp. 19 ss.

- (2012), «Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión)», *InDret* 2, pp. 1 ss.
- (2007), *Garantes y cómplices: la intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona.
- (2003), *La Participación en el delito. Fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid.
- (2002), «Participación en el delito e imprudencia», *RDPC* 9, pp. 223 ss.
- ROBLES PLANAS/RIGGI (2014), «El extraño artículo 65.3 del Código penal» en ROBLES PLANAS *et al* (ed.) *La responsabilidad en "los delitos especiales"*, BdeF, Montevideo, pp. 59 ss.
- ROSS (1968), *Directives and Norms*, Routledge & Kegan Paul, Londres.
- ROTSCH (2009), *"Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normativ-funktionalen Straftatlehre*, Mohr Siebeck, Tübinga.
- ROXIN (2015), *Täterschaft und Tatherrschaft*, 9ª ed., Walter de Gruyter, Berlín.
- (2013), «Der im Vorbereitungsstadium ausscheidende Mittäter», en FREUND *et al* (ed.) *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 59 ss.
- (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I y II, 4ª ed, Beck, Munich.
- (1995), «Was ist Beihilfe?» en HEINER/KÜHNE (eds.), *Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegbereiter des japanischdeutschen Strafrechtsdiskurses*, Nomos, Baden-Baden, pp. 501 ss.
- (1993), «Strafgrund der Teilnahme» en KÜPER/DENCKER (eds.) *Beiträge zur Rechtswissenschaft: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, pp. 365 ss.
- (1987), «Bemerkungen zur actio libera in causa», en KÜPER (ed.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 307 ss.
- (1976), *Problemas básicos del Derecho penal* (trad. LUZÓN PEÑA), Reus, Madrid.
- (1972), «Der Anfang des beendeten Versuchs», en SCHROEDER (ed.) *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Müller, Karlsruhe, pp. 213 ss.
- RUDOLPHI (1985), «Die Zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe» en VOGLER (ed.) *Festschrift für Hans-Heinrich Jeschke zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 559 ss.
- RUIZ ANTÓN (1980), «El fundamento material de la pena en la participación», *CPC* 11, pp. 47 ss.
- SÁNCHEZ LÁZARO (2010), «Deconstruyendo la participación» *InDret*, 4, pp. 1 ss.
- (2008), «Injusto y participación» *InDret*, 1, pp. 1 ss.
- (2007), *Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt: die Zuständigkeit für die Risikoquelle als Täterbegriff*, Duncker & Humblot, Berlín.

- (2007), «¿Qué es la autoría?» *Revista penal*, 20, pp. 167 ss.
- (2006), «Breves notas sobre autoría, tentativa e imprudencia», *Revista de estudios penales y criminología*, v. XXVI, pp. 295 ss.
- (2004), *Intervención delictiva e imprudencia*, Comares, Granada.
- SÁNCHEZ-OSTIZ (2015), «¿Incumbencias en Derecho penal? – Depende», *InDret* 1, pp. 1 ss.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (2014), «Delito de infracción de deber», en ROBLES PLANAS *et al* (ed.) *La responsabilidad en “los delitos especiales”*, BdeF, Montevideo, pp. 288 ss.
- (1995), *Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- (2002), *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid.
- SANCINETTI (2003), *Dogmática del hecho punible y ley penal = Dogmatik der Straftat und Strafgesetz*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- (1997), *Ilícito personal y participación: apéndice: modelo de disposiciones legales de orientación penal subjetivistas*.
- (1995), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Temis, Santa Fe de Bogotá.
- (1991), *Teoría del delito y disvalor de acción : una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires.
- (2001), «Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la Parte general de los Códigos penales» en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, año 7, núm. 11, pp. 93 ss.
- SAX (1978), «Zur Problematik des Teilnehmerdelikts», *ZStW* 90, pp. 927 ss.
- SCHAFFSTEIN (1970), «Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe», en BARTH (ed.) *Festschrift für Richard M. Honig: zum 80. Geburtstag*, Otto Schwartz, Gotinga, pp. 169 ss.
- SCHELLING (2002), *Las edades del mundo textos de 1811 a 1815*, NAVARRO PÉREZ (ed.), Akal, Madrid.
- SCHILD TRAPPE (1995), *Harmlose Gehilfenschaft: eine studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft*, Stämpfli, Berna.
- SCHLUTTER (1941), «Zur Dogmengeschichte der Akzessorietät der Teilnahme (unter besonderer Berücksichtigung des neunzehnten Jahrhunderts)», *Strafrechtliche Abhandlungen* 420, Kurtze, Breslau-Neukirch.
- SCHMIDHÄUSER (1984), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- (1970), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Mohr Siebeck, Tubinga.

- SCHMIDT (1969), «Die mittelbare Täterschaft» en HEGLER (ed.) *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, t. II, Scientia, Tubinga, pp. 106 ss.
- SCHROEDER (1965), *Der Täter hinter dem Täter Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Duncker & Humblot, Berlín.
- SCHUMANN (1986), *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Mohr Siebeck, Tubinga.
- SCHÜNEMANN (1995), «Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld» en SCHÜNEMANN *et al* (ed.), *Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra Symposium für Claus Roxin*, Carl Heymanns, Colonia, pp. 149 ss.
- SILVA SÁNCHEZ (2014), «¿Adiós a un concepto unitario de injusto en la teoría del delito?», *InDret* 3, pp. 1 ss.
- (2012), «Prólogo a la edición española» en HIRSCH *et al* (ed.) *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona, pp. 13 ss.
- (2010), *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires.
- (2006), *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Atelier, Barcelona.
- (2006), «Del Derecho abstracto al Derecho “real”», *InDret*, 4, pp. 1 ss.
- (2005), «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia» en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, pp. 1007 ss.
- (2005), «Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand» en B. SHARON *et al* (ed.) *Philosophia practica universalis: Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 681 ss.
- (2004), *Estudios sobre los delitos de omisión*, Editora Jurídica Grijley, Lima.
- (2003), *Normas y acciones en Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires.
- (2001), «Zur Dreiteilung der Unterlassungsdelikte», en SCHÜNEMANN *et al* (ed.) *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 641 ss.
- (1998), *Consideraciones sobre la teoría del delito*, Ad-Hoc, Buenos Aires.
- (1988), «La embriaguez atenuante o eximente en el delito del art. 340 bis a) 1ª (A la vez algunas observaciones sobre la doctrina de la “actio libera in causa”)», *Revista de Derecho de la Circulación* 4, pp. 168 ss.
- (1997), *El Nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona.
- (1986), *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Bosch, Barcelona.
- STEIN (1988), *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Duncker & Humblot, Berlín.
- STRATENWERTH (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 6ª ed., Vahlen, Munich.
- SUPPERT (1973), *Studien zur Notwehr und notwehrähnlichen Lage*, Ludwig Röhrscheid, Bonn.
- TRECHSEL (1967), *Der Strafgrund der Teilnahme*, Stämpfli, Berna.

- TRÖNDLE (1956), «Teilnahme an unvorsätzlicher Haupttat», *GA* 1956, pp. 129 ss.
- VOGLER (1986), «Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat», *ZStW* 98, pp. 331 ss.
- (1972), «Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat» en LÜTTGER (ed.) *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 295 ss.
- VOLK (2001), «Tendenzen zur Einheitstäterschaft – Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs» en SCHÜNEMANN *et al* (ed.) *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlín, pp. 563 ss.
- VON HIPPEL (2001), *Deutsches Strafrecht* (1930), t. II, Kelp, Berlín.
- VON HIRSCH (2012), «La tolerancia como *mediating principle*» en HIRSCH *et al* (ed.) *Límites al Derecho penal*, Atelier, Barcelona, pp. 163 ss.
- VON LISZT (1914), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 20^a ed., J. Guttentag, Berlín.
- VON WRIGHT (1977), *Handlung, Norm und Intention*, Walter de Gruyter, Berlín.
- WELP (1968), *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, Duncker & Humblot, Berlín.
- WELZEL (1967), *Das Deutsche Strafrecht*, 10^a ed., Walter de Gruyter, Berlín.
- WESSELS (2010), *Strafrecht Allgemeiner Teil: die Straftat und ihr Aufbau*, Müller, Heidelberg.
- ZACZYK (1989), *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humblot, Berlín.
- ZIELINSKI (1973), *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff: Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluss*, Duncker & Humblot, Berlín.
- ZIMMERL (1935), «Täterschaft, Teilnahme, Mitwirkung», *ZStW* 54, pp. 575 ss.
- (1932), «Vom Sinne der Teilnahmevorschriften», *ZStW* 52, pp. 166 ss.
- ZIZEK (2013), *Less than nothing: Hegel and the shadow of dialectical materialism*, Verso, Londres.
- (2003), *El sublime objeto de la ideología*, Siglo XXI, Buenos Aires.

