

APA:

SANCINETTI, M. (2022). El ilícito propio de participar en el hecho ajeno: sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial: Teoría del Delito*, (36), 195-215.

## EL ILÍCITO PROPIO DE PARTICIPAR EN EL HECHO AJENO: SOBRE LA POSIBILIDAD DE LA AUTONOMÍA INTERNA Y EXTERNA DE LA PARTICIPACIÓN\* \*\*

MARCELO A. SANCINETTI\*\*\*

**SUMARIO:** 1. La cuestión. 2. Las llamadas “accesoriedad externa” e “interna” de la participación. 3. Autonomía interna de la participación. 3.1. La renuncia al presupuesto del dolo del autor principal e incluso al de su imprudencia. 3.2. Partícipe que reconoce lo inicuo del hecho intentado por el autor. 3.3. La independencia de los presupuestos objetivos de justificación. 4. Autonomía externa de la participación. 4.1 ¿Cómo reza la norma referida a la participación? 4.2. El riesgo de un exagerado adelantamiento de la punición. 4.3. La gradación del ilícito de la participación. 4.3.1. El agotamiento del ilícito por omisión. 4.3.2. El comienzo del ilícito de la participación. 4.4. Consecuencias prácticas. 4.5. La defensa de Jakobs de la accesoriedad externa. 5. Autonomía de la participación y prohibición de regreso. 6. Conclusiones. Bibliografía.

### RESUMEN:

En el presente artículo el profesor Marcelo Sancinetti busca dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿en qué consiste aquello por lo que se hace responsable al partícipe de la conducta desviada que desarrolla otra persona? De este modo, realiza un estudio de la accesoriedad externa e interna de la participación, donde busca proponer un criterio que prescinda de ambas formas de accesoriedad; por lo tanto, formular límites autónomos de responsabilidad por participación en el hecho ilícito.

\* Originalmente publicado en *RPCP*, Número 4, 1994, pp. 571-594.

\*\* Conferencia pronunciada por el autor en el VI Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología, el 26/5/1994, en San Miguel de Tucumán (Argentina).

\*\*\* Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal en la Universidad de Buenos Aires.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Penal, participación, accesoriedad externa, accesoriedad interna, ilícito, prohibición de regreso.

**TITLE:** The illicit Nature of Participation in Another's Act: On the Possibility of Internal and External Autonomy of Participation

**ABSTRACT:**

In this article, Professor Marcelo Sancinetti seeks to answer the following question: What is it that makes an accomplice responsible for the deviant behavior of another person? He conducts a study on the external and internal accessory liability of participation, aiming to propose a criterion that dispenses with both forms of accessory liability, and instead formulates autonomous limits of responsibility for participation in the illicit act.

**KEYWORDS:** Criminal Law, participation, external accessory liability, internal accessory liability, illicit act, prohibition of return.

## 1. LA CUESTIÓN

Quien haya seguido mi exposición anterior acerca del fundamento del ilícito penal<sup>1</sup>, es decir, acerca de si el contenido de la antijuridicidad consiste en la lesión a un objeto de bien jurídico o en el quebrantamiento de una norma de conducta, podrá entender el hilo de las siguientes reflexiones como una continuación de la problemática: ¿en qué consiste aquello por lo que se hace responsable al partícipe de la conducta desviada que desarrolla otra persona?

Vuélvase a nuestro ejemplo de la niñez<sup>2</sup>:

- 1 Me refiero en el texto a la conferencia que pronuncié el 25/5/1994 en el encuentro mencionado en la llamada anterior. La disertación previa se titulaba: *Fundamento del ilícito Penal: ¿lesión del bien jurídico o quebrantamiento de la norma? A la vez, una refundamentación de la punibilidad de la tentativa*, pero vio la luz posteriormente bajo el título: *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?* En cualquier caso, ambos trabajos son la síntesis de dos investigaciones de cierta extensión. La primera de ellas hubo de ser parcialmente realizada durante una estadía de investigación en el Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, gracias a la generosidad de una beca del Instituto de Cooperación Iberoamericana (1985-1986), posteriormente presentado ante la Universidad de Buenos Aires como trabajo de tesis doctoral (1990). El segundo trabajo fue redactado durante una estadía de investigación en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn, esta vez gracias al estipendio concedido por la Fundación Alexander von Humboldt (1991-1993), posteriormente presentado ante la Universidad Complutense de Madrid también como trabajo de tesis doctoral (1994). Ambas obras fueron publicadas, respectivamente, bajo el título: *Teoría del delito y disvalor de acción – Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto de ilícito circunscripto al disvalor de acción* (Hammurabi, Buenos Aires, 1991) y *Fundamentación subjetiva del ilícito desistimiento de la tentativa – A la vez, una investigación sobre la teoría del ilícito de Jakobs* (Temis, Bogotá, 1995).
- 2 Mi ejemplo anterior comenzaba con esta situación: Un niño travieso arroja una piedra contra

Ahora es un hermano *perverso* el que ha persuadido al niño *travieso* de que arroje la piedra contra el parabrisas del automóvil del padre, en tanto la piedra del peso adecuado ha sido escogida por el hermano *timorato*. El niño reflexivo presencia la situación al igual que en el caso anterior: el travieso acierta justo en uno de los ángulos superiores de los parantes, y no quedan huellas de la travesura, pero el padre, que ha visto todo, reprende también aquí, muy ofuscado, a *todos* los infractores, y los amenaza con sanciones más graves para el caso de que, reiterado un hecho similar, se produzcan daños al vehículo.

Nuestro crítico intelectual queda otra vez atrapado en sus reflexiones:

—¿Qué fue lo perverso de que mi hermano mayor convenciera al menor de que tirara la piedra? ¿Y qué lo malo de que el otro colaborara con el proyectil apropiado? ¿Lo malo fue para los tres que el travieso se animara a tirar la piedra? No puedo creer en esto —se contesta—. Más bien cada uno tiene que haber cometido su propia travesura, una que ha de ser juzgada según lo hecho por sí mismo. ¿O es que un padre podría prohibir, con algún sentido, no incitar a Fulano a dañar a Mengano, o no ayudarlo a hacerlo, sólo para el caso de que en definitiva, Fulano intente efectivamente el hecho? ¿Cómo sabría entonces de antemano, cada interviniente, que su aporte está prohibido, si la acción de Fulano podría ser siempre exitosa o frustrada justamente recién después del aporte del interviniente? Nada de esto puede ser correcto —se dice nuevamente a sí mismo—.

Pero los problemas son ahora mucho más complejos. Si el perverso estuvo mal ya al convencer al hermano, ¿en qué momento habría comenzado a actuar mal? ¿Al iniciar la conversación? ¿Podría ser esto tan malo como el ponerse a arrojar uno mismo la piedra? ¿Y qué debería decirse del timorato? Porque buscó la piedra justa, ¿ha hecho algo tan grave como si la hubiera arrojado?

Nuestro niño es demasiado reflexivo y su monólogo no termina aquí. Pronto ve que, cualquiera que fuesen las respuestas a tales preguntas, podrían interferir en cada hipótesis variantes incómodas. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si el travieso tirase la piedra creyendo que ésta no tiene la potencia suficiente para romper los cristales y sólo quisiera intentar dar justo en el parante del automóvil, mientras los otros saben

---

el parabrisas del automóvil de su padre que observa desde lejos con atención. La piedra da en la parte cromada de uno de los ángulos superiores de los parantes, y, sólo por ello, ni los cristales ni la carrocería resultan afectados. Ni siquiera se distingue el sitio del impacto de la piedra. El padre sanciona al niño levemente, amenazándolo con sanciones más severas para el caso de que una reiteración futura del hecho tuviera consecuencias dañosas. Un hermano del niño travieso, el mismo que aparece enseguida en escena en el ejemplo del texto, consideraba la enseñanza del padre poco feliz: el niño travieso no podría internalizar una norma de conducta para el futuro, porque la evaluación según las consecuencias del hecho no permite orientarse *antes* de realizar la acción.

bien de la superioridad del peso de la piedra y del riesgo efectivo? ¿Influye todo esto en la infracción de cada uno?

## 2. LAS LLAMADAS “ACCESORIEDAD EXTERNA” E “INTERNA” DE LA PARTICIPACIÓN

Más o menos de este modo se reflejan en la teoría de la participación las alternativas entre ver el sentido del ilícito penal en la lesión de un objeto físico de bien jurídico, o en el quebrantamiento social de una norma de conducta, entre ver al hecho punible como un suceso exterior que perturba –algo se rompe, hace ruido, sangra–, o verlo como la decisión de una conducta desviada.

Es obvio que habré de fundar también en este ámbito la segunda posibilidad, pero el camino de la argumentación no es sencillo.

Ante todo, hay que distinguir dos grupos de problemas que la doctrina argentina prácticamente siempre confundió en uno solo, el llamado principio de “accesoriedad de la participación”. “Accesoriedad” se puede entender en dos dimensiones distintas: accesoriedad *externa* (o *cuantitativa*), y accesoriedad *interna* (o *cualitativa*).

Lo primero supone que el ilícito de un partícipe sólo es punible si al menos hay comienzo de ejecución del autor principal; lo segundo supone que las modalidades de la ejecución del hecho principal -dolo del autor principal, justificación del autor principal, o incluso su culpabilidad, etc.– afectan necesariamente la responsabilidad del partícipe. Estas dos nociones de la accesoriedad están relacionadas, pero no se identifican. Por un lado, se podría aceptar un principio de accesoriedad interna -exigir, por tanto, el dolo del autor principal-, y renunciar a una accesoriedad externa; por ejemplo, se podría hacer responsable a quien alcanzó la piedra con independencia de si el autor principal realmente la arrojó, pero siempre que éste al menos la haya aceptado con dolo de arrojarla después. Por otro lado, a la inversa, bien se podría renunciar a la accesoriedad interna, y exigir la accesoriedad externa, como, por ejemplo, no prestarle atención al dolo personal del ejecutor para penar al partícipe como cómplice, pero sí esperar al acto externo de ese autor principal.

El objeto de este trabajo es el de proponer un criterio que prescinda de ambas formas de accesoriedad, formular, por tanto, límites autónomos de responsabilidad por participación, lo que he tratado de fundamentar con más extensión en mi primer trabajo de tesis doctoral ante la Universidad de Buenos Aires (1990) y tocado también tangencialmente en la investigación que desarrollé en la Universidad de Bonn sobre ilícito subjetivo y desistimiento de la tentativa, posteriormente

defendida como segunda tesis doctoral ante la Universidad Complutense de Madrid (1994)<sup>3</sup>.

La accesoriad interna o cualitativa de la participación ha sido puesta en cuestión por diversos autores en los últimos años de dogmática alemana, y, a mi juicio, no existe un argumento mucho más fuerte en favor de la accesoriad interna, que el hecho de que el Código Penal alemán, en su versión de 1975 (§§ 26, 27, *StGB*), haya receptado la llamada teoría de la accesoriad limitada, es decir, que la tipicidad (dolosa) y la antijuridicidad del hecho del autor principal, se trasladan al partícipe como presupuesto de su propio ilícito. Para un texto como el del Código Penal argentino, que no dice *nada* sobre la accesoriad desde el punto de vista interno, no hay ninguna razón para atenerse a un principio que no conduce a soluciones razonables. Pero de este aspecto he de ocuparme apenas brevemente y enseguida, para concentrarme luego en el ataque a la accesoriad externa, la cual, en general, sigue siendo no controvertida, está recibida en el Código Penal argentino {arg. arts. 42-47 *in fine*, C.P.arg.<sup>4</sup>}, y, a pesar de esto, también constituye, en mi opinión, un principio equivocado.

### 3. AUTONOMÍA INTERNA DE LA PARTICIPACIÓN

La accesoriad interna (cualitativa) de la participación podría estar justificada, si se hallara un sentido material en que la norma sólo dirija su prohibición o mandato al partícipe, según cómo sea el hecho individual del autor, y requerir así, por ejemplo, un hecho principal doloso típico y antijurídico, como lo hace el Código Penal alemán (§§ 26, 27, *StGB*). El legislador es libre de formular la norma –también la del partícipe– con los elementos que le parezcan adecuados a su finalidad. Sin embargo, de *lege ferenda* –o de *lege lata*, para los países que carecen de una disposición explícita sobre la accesoriad *interna*, como el Código Penal argentino–, la teoría de la participación puede llegar a mejores consecuencias elaborando una norma autónoma que determine qué es típico y antijurídico para un partícipe, lo cual puede ser, en cierta medida, independiente de qué lo sea para el autor.

3 Respecto de estos dos trabajos, cf. las referencias de nota 1.

4 Por cierto, la solución no se deriva de modo claro o textual. Al respecto, cf. SANCINETTI. *Teoría del delito*, ps. 743 y ss. Incluso a partir de una interpretación a contrario del mismo art. 47, primera parte, del Código Penal argentino, que declara que el exceso del autor principal no es trasladable al cómplice, se podría formular la tesis de que no hay accesoriad externa, porque la no realización del comienzo de ejecución por parte del autor, es un exceso invertido de parte de este ejecutor, respecto de lo pactado con el cómplice. Contra esto habría a lo sumo solo el peso de la tradición, más que el del texto.

Esta opinión se vuelve cada vez más frecuente en la dogmática alemana, como lo demuestra la tesis doctoral de Stein<sup>5</sup>, el último discípulo de Rudolphi. Incluso en Jakobs –que dice mantener la accesoriedad interna– se puede demostrar fácilmente que ella –en *su* sistema– no juega ningún papel. Sean traídos a colación sólo tres constelaciones de casos.

### 3.1. La renuncia al presupuesto del dolo del autor principal e incluso al de su imprudencia

En primer lugar, Jakobs reconoce que la transformación de todo “hombre de atrás” en autor mediato, por el solo hecho de que al “hombre de adelante” le falte el dolo, no halla justificación. Una idea criticada desde siempre por Schmidhäuser<sup>6</sup>. El requerir un hecho principal doloso para hablar de participación, y, si no, automáticamente autoría mediata, agrava la situación de quien bien puede ser un mero partícipe<sup>7</sup>: “Por tanto, de *lege ferenda* [dice Jakobs] debería ser reconocida la posibilidad de una participación en un hecho no doloso”<sup>8</sup>. Brevemente: “el dolo no es accesorio”<sup>9</sup>. “Incluso en el caso límite de que el error del ejecutor sea inevitable, se podría llegar a reconocer una participación sin acción típica del autor principal”<sup>10</sup>.

Esto ya constituye una fractura con el principio de la accesoriedad interna: la cualidad que reviste el ilícito del autor principal *no* constituye un presupuesto razonable para determinar el quebrantamiento de la norma cometido por el partícipe.

### 3.2. Partícipe que reconoce lo incho del hecho intentado por el autor

Un segundo ejemplo lo constituye el problema, en cierto modo inverso al anterior, del partícipe que actúa reconociendo que la realización del tipo no es posible, es decir, “sin dolo”; él no responde como partícipe, aun cuando reconozca que el

5 ULRICH STEIN, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, Berlín, 1988.

6 Sobre una crítica general contra la accesoriedad, cf. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Studienbuch* (con la colaboración de HEINER ALWART), 10/21, 10/26, 10/184, 10/122, entre otros.

7 JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/68 y ss., esp. 21/72; v. también 22/12 y ss., esp. 22/14; cf. también SANCINETTI, *Teoría del delito*, ps. 773 y ss. ZIELINSKI (*Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff*, Berlín, 1973, ps. 302 y ss. (*Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, 1990, ps. 358 y ss.) advirtió la necesidad de restringir el principio de accesoriedad (interna) de la participación, pero no llegó a renunciar al requisito de un hecho principal *doloso*.

8 JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/72 in fine.

9 JAKOBS, *Lehrbuch*, 23/16; cf. también SANCINETTI, *Teoría del delito*, ps. 779 y ss.

10 JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/72 (subrayado en el original).

autor actúa con dolo. Ahora, si la participación recibiera su tipicidad y antijuridicidad de la circunstancia de que cada uno “es competente para responder por todo el ilícito”<sup>11</sup> –en términos tradicionales: de la circunstancia de que sea favorecido un hecho principal típico y antijurídico–, habría que afirmar que el partícipe actúa él mismo con dolo, ya cuando conoce que el autor principal cometerá un ilícito, por ejemplo, una tentativa inidónea (¡el fantasma de un hecho, en conjunto!). Análogo a esto es el caso del cómplice que reconoce la situación de justificación que el autor principal no alcanza a ver.

Jakobs se vale de este ejemplo para argumentar en contra de quienes sostienen la pena del delito consumado para el autor que desconoce la situación de justificación, objetivamente existente. Él piensa que esa solución obligaría al castigo del agente provocador<sup>12</sup>, cuando, en verdad, es el principio de accesoriedad interna (cualitativa) el que –tomado estrictamente– debería obligar a esa consecuencia, porque el agente provocador, tanto en este caso como en el caso simple de falta de dolo sobre la realización del tipo, de todos modos sería consciente de su participación en (al menos) una tentativa antijurídica y punible. “Pero [acota Jakobs] una perturbación social de esa clase no está abarcada por el tipo de la norma infringida”<sup>13</sup>. Eso es plenamente correcto; pero, ¿de qué tipo y de qué norma infringida se habla aquí?: justamente, ¿de los referidos al partícipe!; no de los que se refieren a un hecho llevado a cabo en definitiva por el *ejecutor*.

### 3.3. La independencia de los presupuestos objetivos de justificación

El tercer ámbito de problemas está configurado por los presupuestos *objetivos* de justificación, que tampoco se trasladan sin más de autor a partícipe. El *extraneus* que coacciona con amenazas de muerte, a quien sí está calificado, a cometer un delito especial, sigue siendo responsable, dado que la justificación alcanza personalmente sólo al intraneus<sup>14</sup>. Y esto es así, porque, ya *en general*, “la requeribilidad [del medio empleado, en la legítima defensa o en el estado de necesidad] se orienta según las capacidades *individuales*”<sup>15</sup>.

Por consiguiente, que estén cumplidos los presupuestos objetivos de justificación en el hecho del autor no prejuzga sobre el ilícito (o exclusión del ilícito) del partícipe. Y esta es una conclusión que el Código Penal argentino establece con toda

11 Acoto: “por todo el ilícito del autor”.

12 JAKOBS, *Lehrbuch*, 11/22

13 JAKOBS, *Lehrbuch*, 23/17

14 JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/84 in fine.

15 JAKOBS, *Lehrbuch*, 11/60 (subrayado en el original); v. también 12/30 y ss., 13/16 y ss.; otros ejemplos en SANCINETTI, Teoría del delito, ps. 770 y ss.

claridad y expresamente, al señalar que la provocación suficiente por parte de quien se defiende en una legítima defensa no perjudica a la defensa ejercida por un tercero, en tanto él no haya tomado parte en la provocación. Y si el tercero puede intervenir en este caso como autor, naturalmente, también puede hacerlo como cómplice (justificado) del hecho ajeno (no justificado). También aquí, por tanto, los presupuestos objetivos de la causa de justificación corren por separado.

Todo esto habla en favor de que siempre es posible construir una norma que se dirija *individualmente* a cada interviniente. El hecho de que esta norma estará infringida, generalmente, cuando a su vez esté infringida la norma referida al autor, es algo obvio, pero, también, sólo estadístico. De ello no se debe derivar un *principio* de accesoriadad, cruzado de excepciones.

#### 4. AUTONOMÍA EXTERNA DE LA PARTICIPACIÓN

Parece mucho más resistido por la doctrina tradicional el poder llegar a una autonomía externa de la participación, es decir, el prescindir del presupuesto del comienzo de ejecución del autor principal, para poder penar al instigador o al cómplice. La cuestión se extiende también al campo de la coautoría, donde se enfrentan las llamadas “solución total” y “solución individual”. La solución total pretende que incluso en caso de coautoría -con más razón entonces en caso de simple participación- hay un solo comienzo de ejecución, es decir, hay que tratar a los coautores como si realizaran el hecho en una *sola* persona, y establecer un solo comienzo de la tentativa válido para todos; la solución individual atiende, en cambio, a la acción de cada coautor, él realiza su propia tentativa con (co-)dominio del hecho. Esta misma disparidad se puede plantear en la instigación y en la complicidad. Es lo que paso a considerar.

##### 4.1. ¿Cómo reza la norma referida a la participación?

Toda reflexión sobre la teoría de la participación tiene que partir del dato indudable, pero raramente hecho consciente, de que si el partícipe realiza un hecho punible, es porque también él infringe una norma. Ahora, ¿cuál es la norma que infringe el partícipe? Hagamos un esfuerzo por construir la prohibición que se podría dirigir, por ejemplo, al cómplice de un homicidio, cuyo aporte consistiera en proveer al autor del arma indicada.

Si uno quisiera integrar esta norma con el comienzo de ejecución del autor, tendría serias dificultades para concretar un imperativo dirigido al cómplice. La norma tendría que rezar más o menos así:

– No des un arma a quien está dando comienzo a la ejecución.

Para que esta prohibición tuviera sentido, habría que imaginarse un autor principal que pudiera empezar la ejecución de un homicidio con armas de fuego, sin tener todavía el arma. Uno podría esforzarse por formular un caso con esta peculiaridad. No sin deficiencias, el ejemplo rezaría: el autor toma a la víctima del cuello y le grita “voy a matarte de un tiro”, tras lo cual el cómplice le alcanza el arma. En el supuesto de que se admitiera que el tomar del cuello fuera ya comienzo de ejecución, éste sería un caso por demás artificial en comparación con el caso normal de un cómplice, que justamente da el arma antes del comienzo de ejecución. Si la norma prohibiera ser cómplice sólo en hechos ya iniciados, prácticamente desaparecería la punibilidad de la participación cotidiana<sup>16</sup>. Esto es más claro aun en el caso de instigación, dado que el instigador participa necesariamente antes del comienzo de ejecución.

Si nos tomamos la cuestión en serio, para que un imperativo dirigido personalmente al instigador o al cómplice tuviese sentido, él tendría que ser formulado con los elementos propios de la conducta del partícipe, es decir, para el instigador, prohibirá crear en otro la *voluntad de realizar un hecho que a juicio del partícipe sea capaz de lesionar*; para el cómplice, *contribuir de cualquier otro modo a la realización de esa misma acción*. ¿Cómo rezan, entonces, estos imperativos? Adelanto una formulación que habré de completar y afinar después:

– te prohíbo crear en otro la *voluntad* de realizar un hecho que consideres idóneo para afectar un objeto de bien jurídico (instigador);

– te prohíbo *colaborar* en un hecho que realizará otro, que consideres idóneo para afectar un objeto de bien jurídico (cómplice).

Esto parece mucho más razonable, pero no puede resolver el problema por sí solo. Una visión del ilícito de la participación tan autónoma, ¿no produciría un adelantamiento exagerado de la punibilidad?

#### 4.2. El riesgo de un exagerado adelantamiento de la punición

Las opciones parecen odiosas.

Por un lado, admitir el carácter constitutivo del comienzo de ejecución del autor principal, para definir el ilícito del partícipe, convertiría al autor en una suerte de mandatario del partícipe en materia penal: el principio visto hoy como tan “natural”, de que la responsabilidad penal es personal, de que nadie puede ser inculcado por el hecho de otro, no podría ser tomado realmente en serio si el autor tuviera el

16 Por tratarse de un problema secundario a los fines de lo que aquí se discute, en el texto queda de lado la cuestión de si *toda* intervención posterior al comienzo de ejecución del hecho principal ya constituye coautoría, en lugar de simple participación.

poder no sólo de volverse él mismo punible, sino también de incriminar a sus partícipes; fuera de ello –como se vio–, si la orden normativa sólo pudiera ser infringida realmente por el autor, sería imposible construir un imperativo inteligible dirigido al partícipe.

Pero esto es *un* aspecto del problema; del otro lado de la medalla, nos hallamos ante infracciones a la norma que estarían muy alejadas de la afectación del objeto de bien jurídico. Es decir, la norma prohibiría algo que no está próximo al quebrantamiento de la norma del hecho final. Si suprimimos mentalmente la pluralidad de participantes y reunimos en una sola persona –el autor– los pasos de acción que dan instigador y cómplice *antes* del hecho, es decir, si pensamos en el autoconvenimiento del autor que se dice a sí mismo “tengo que hacerlo” (instigador), o en la adquisición del arma lograda por él mismo (cómplice), nadie dudaría de que estaríamos allí ante actos impunes (*ideación y preparación* de un autor principal). ¿Por qué podría modificarse esta condición de ámbito libre de prohibiciones y mandatos, cuando son otros los que intervienen en la ideación y preparación?

En pocas palabras: una solución transforma en constitutiva del ilícito de “A”, la decisión de acción que toma “B”; la otra, que respeta estrictamente la decisión de “A”, parece extender la punibilidad más allá de lo deseado. La pregunta es si este dilema tiene solución.

### 4.3. La gradación del ilícito de la participación

#### 4.3.1. *El agotamiento del ilícito por omisión*

Si lo cercana o lejana que sea la decisión de acción respecto de la afectación del objeto de bien jurídico tiene que reflejarse en el juicio de disvalor sobre la conducta, sólo la última decisión, la que asume definitivamente la posible lesión del bien jurídico, está identificada con la infracción a la “norma máxima”; entonces, la decisión de convencer a otro de que afecte el objeto de bien jurídico, o la de darle un instrumento para que lo haga, no podría revestir el mismo grado de disvalor que aquella decisión definitiva, porque esta decisión de instigar presupone que necesariamente *falta* algo, todavía, para la afectación del bien jurídico: la acción del autor. Esta lejanía no podría ser nunca indiferente, y ello, precisamente, ya por razones teórico-normativas; es decir, una decisión más próxima a la lesión del objeto de bien jurídico tiene que ser –*ceteris paribus*– necesariamente más grave que una más *alejada*.

Se podría decir, sin embargo, que la parte que le falta al partícipe es tan ajena a él como lo es un curso causal dejado en manos de la naturaleza por el autor del hecho principal. Si esto es así, tendría que ser indiferente que todavía falten días para que el hecho suceda, porque hay casos en que también un autor (mediato o directo) puede

terminar el plan de acción y sentarse a esperar el desenlace lesivo para el objeto de bien jurídico. Pero en los casos en que el curso causal que subsigue a la acción acabada como tal es totalmente controlable por el sujeto actuante –porque él puede interrumpir con facilidad el curso causal generado por su propia conducta anterior (ej., se sienta a ver cómo explota la bomba ya accionada, pero manteniendo un percutor anulante, al costado de su refresco) –, la acción debería ser tratada como *inacabada*, al menos hasta el momento en que el autor asumiera, por omisión, la posibilidad de perder ese control, es decir, de que el curso causal se independizara de él a tal punto que aparezcan ya posibilidades no totalmente controlables de que se produzca el resultado.

Del mismo modo, cuando el instigador intenta convencer a otro de cometer después el hecho principal, de ninguna manera realiza ya un ilícito tan grave como el autor de una tentativa acabada, porque todavía puede controlar el suceso y evitar que su propósito se concrete en riesgo real, en peligro concreto.

Así, una parte del secreto está en que el disvalor propio de la participación no sólo se integra con el paso *activo* de crear en otro la voluntad de realizar el hecho o prestarle una colaboración, sino también con el disvalor omisivo de permanecer inactivo después, por ejemplo, quedando indiferente al desarrollo ulterior del suceso. Cuando el partícipe pierda todo contacto con el ejecutor, perderá también –generalmente– la posibilidad de revocar la influencia de su aporte; por tanto, su ilícito acabará en ese punto. Entonces, no es difícil hallar el punto final del ilícito de la participación: cuando el partícipe haya perdido el control de la posibilidad de frustrar el hecho del autor principal, habrá *acabado todo su ilícito*. Por consiguiente: el disvalor completo de una instigación y de una cooperación necesaria, para que puedan ser legítimamente equiparados al del 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. Lo mismo rige para el cooperador no necesario: su disvalor disminuido proviene de la menor relevancia valorativa de su aporte al hecho (dar un revólver, por ejemplo); ahora, incluso para el máximo de esta escala reducida, sería preciso que él haya permanecido indiferente a la posibilidad de *perder el control sobre la realización del hecho*.

Con esto, sin embargo, se aclara sólo lo más fácil, es decir, cuándo se *agota* el disvalor del comportamiento de cada partícipe. La pregunta más difícil de responder es realmente cuándo comienza el ilícito de la participación.

#### ***4.3.2. El comienzo del ilícito de la participación***

Cuando un interviniente se dispone a apuntar él mismo contra la víctima –es decir, como autor–, realiza una acción sobre cuyo control de retractación tiene un seño-

río absoluto. En cambio, cuando uno deja inmiscuirse a *otro* en un proyecto de acción complejo, y entrega a su dominio las decisiones finales -como por definición le sucede a un partícipe- hace nacer el riesgo de que cada vez sea más difícil, después, precisamente la interrupción de su injerencia independiente (la del autor). Es decir, mucho antes de que haya comienzo de ejecución del hecho principal, puede suceder que el instigador o cómplice, al dejar entrar al autor principal en la cadena de intervenciones, debiesen invertir un esfuerzo cada vez mayor para evitar el comienzo de ejecución.

Eso no quiere decir que el comienzo del ilícito del partícipe deba ser ya el inicio de su aporte activo: empezar a proponer el plan (instigación), sacar el arma del cajón para dársela al autor (complicidad). Con muy poca frecuencia un instigador ya haría nacer el riesgo de que el autor tome injerencia propia por el mero hecho de que aquél empiece a decirle, por ejemplo: “¿qué tal si matas al marido de Rosita?”. Sería poco concebible que ya con esto el curso de los hechos se le vuelva al instigador de difícil dominio. Mientras lo razonable sea juzgar que el instigador tiene *tanto* dominio *como antes* de hablar, no se podrá decir que haya comenzado ningún ilícito, porque el fin de la norma no está en evitar las malas proposiciones por sí mismas, sino en la medida en que se haga cada vez más difícil revocar el peligro que nazca de ellas.

Esta dificultad aparece, por ejemplo, si el proponente sugiere el hecho ante una posibilidad relativamente próxima de ejecución. Ejemplo: “A” hace un paseo de caza con “B”, y al ver a un enemigo común a cierta distancia, le sugiere a “B” que lo mate él, porque su arma es más precisa. Dado que aquí las posibilidades de retractación por parte de “A” nacen disminuidas, su intento de persuadir a “B” inicia la infracción a la norma de la participación, con independencia de lo que “B” haga efectivamente. Si, tras esto, el instigador permanece indiferente hasta el momento en que el autor está apuntando con posibilidades de gatillar, el ilícito de “A” estará acabado, aunque “B” desista y no tire.

En síntesis, la norma de la participación se funda en el mismo valor del bien jurídico en que se funda la norma principal, referida al autor. Pero el juicio de disvalor sobre la conducta (la norma en sí), se adelanta a un momento anterior al del comienzo de ejecución del autor; por un lado, este quebrantamiento de la norma refleja un menor contenido de disvalor -el minus de ilícito de la participación-, en razón de la lejanía del menoscabo al objeto de bien jurídico, pero, por otro lado, ese minus se compensa con la circunstancia de que el aporte del instigador o cómplice queda en manos de otra voluntad ya no siempre dominable por el partícipe: aquí reside el *plus* de ilícito de la participación.

#### 4.4. Consecuencias prácticas

El ilícito propio de participar en el hecho conducido por otro aparece cuando el instigador 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.

En los casos concretos, esta regla sólo podría ofrecer dificultades entre el momento en que empieza el primer acto de instigar o colaborar, y el momento en que, a juicio del partícipe, pudiera volverse inevitable para él el comienzo de ejecución del autor principal. Siempre antes de este momento tiene que estar el *inicio del ilícito de la participación*.

En principio, prácticamente nunca debieran ser punibles la pura instigación o complicidad frustradas sin más. Porque la mera propuesta de cometer el hecho o de recibir el aporte difícilmente pudieran ocurrir al mismo tiempo en que ya hubiera chances del nacimiento de una injerencia propia del autor principal.

Por ello, las formas de participación autónomas para toda tentativa (aun “inacabada”) de instigación y para diversas clases de conspiración o proposiciones de hechos futuros que prevén los códigos alemán y español (§ 30 *StGB*, y art. 4, C.P.esp.), constituyen formas de delitos de peligro demasiado alejadas del ámbito de protección de un ilícito que pudiera ser razonablemente equiparado a la tentativa (inacabada) de un hecho principal; en este sentido, pues, son poco aconsejables desde el punto de vista político-criminal. A su vez, el sistema el Código Penal argentino, que sólo convierte en punible una participación cuando el hecho principal ha llegado al menos al principio de ejecución, pone una barrera clara desde el punto de vista de dónde comienza el castigo, a la manera de una auténtica *condición objetiva de punibilidad*; esta seguridad podrá parecer plausible, pero será injusta en todos los casos en que el partícipe permanezca indiferente ante la posibilidad de injerencia propia del autor.

Lo ideal sería un criterio intermedio, quizá menos *preciso* para el observador poco avezado, pero apto para resolver adecuadamente cada caso. Instigación y complicidad deberían ser punibles con total independencia de la concreción “objetiva” del comienzo de ejecución, dependiendo sólo de si el momento activo de la participación, o el posterior omisivo, existieron aun cuando el autor, según la representación del partícipe respectivo, hubiera podido tomar injerencia propia.

Si nos representamos, por ejemplo, un caso en el que “A” debe disparar sobre el presidente en el momento en que atravesase lentamente la bocacalle indicada, y agregamos mentalmente la participación de “B” –que hubiera propuesto el plan e indicado los detalles de realización–, y del utilero “C” –que hubiera proporcionado los instrumentos del delito–, estos “B” y “C” –que, por ejemplo, esperan la ejecución mirando el hecho por televisión–, tendrían que volverse culpables y punibles mucho antes que el autor. Y si el conductor frustra todo el plan –con consciencia o sin ella–

llevándose a su casa al presidente, antes de que el tirador apostado haya comenzado su ejecución, este autor sería impune, en tanto que los partícipes tendrían que ser plenamente punibles, por haber perdido toda posibilidad segura de revocación del hecho en el que admitieron colaborar.

Así se demuestra que, desde el punto de vista de una teoría del ilícito personal, la accesoriedad externa carece de razón de ser, y la doctrina del disvalor *propio* de la participación puede dar al problema una solución valorativamente *acertada* y teórico-normativamente *consecuente*. Sólo hace falta establecer qué será, propiamente, lo ilícito de ser partícipe.

Los imperativos referidos a la participación rezan, por tanto, de un modo algo complejo:

- te prohíbo crear en otro la voluntad de cometer un hecho que consideres idóneo para afectar un objeto de bien jurídico, en tanto –según tu representación– exista el peligro de que el autor pueda tomar injerencia propia en la configuración del hecho;
- bajo las mismas condiciones, te prohíbo también colaborar en el hecho ajeno.

#### 4.5. La defensa de Jakobs de la accesoriedad externa

Me interesa controvertir ahora las opiniones de Jakobs a este respecto, pues él mantiene decididamente la accesoriedad externa o cuantitativa de la participación. Según él, dado que sólo habría una conducta ejecutiva típica, constitutiva del ilícito, la actuación en el “campo previo” al comienzo de ejecución no sería una perturbación social, por falta de externalización; la actuación en común configuraría “sólo el fundamento para imputar la conducta ejecutiva a cada participante”<sup>17</sup>.

Esta defensa en favor de que la suerte del partícipe –e incluso la del coautor<sup>18</sup>– dependa de lo que haga el ejecutor que “se pone a cometer el hecho directamente”, quiere ser apoyada invocando el estado de libertad, contraponiendo el derecho penal del ciudadano, al derecho penal del enemigo: “En un estado libre, un ponerse de acuerdo entre varias personas, que no tiene efectos exteriores sin un actuar ulterior, debería estar exento de controles; pero, si se renuncia a la accesoriedad, sólo queda el camino de caracterizar como perturbación social a... [una] conducta *interna*; el principio del hecho, por tanto, se deja de lado”<sup>19</sup>.

---

17 JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/3, 22/19 y s.

18 JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/59 y ss.

19 JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/8a (subrayado por mí).

Estos argumentos de legitimación política del derecho penal vienen seguidos de consideraciones dogmáticas. Por un lado, para el problema del comienzo del ilícito en caso de coautoría, Jakobs apoya la “solución total” de un único comienzo de la tentativa, porque, con la llamada “solución individual”<sup>20</sup>; “la tentativa comienza para cada uno, a veces antes, a veces después, según el entrelazamiento de los actos de organización”<sup>21</sup>. Por otro lado, él argumenta sobre la base de que, si se renuncia a la accesoriedad externa, las conductas que se hallan en el “campo previo”, que serían actos preparatorios impunes si todo el hecho fuera realizado por una sola persona, se convertirían en un hecho punible sólo porque actúan varias, con división del trabajo<sup>22</sup>.

Contra las argumentaciones de legitimación política vale en resumen lo siguiente: el Estado de Derecho no impide incriminar autónomamente actos que, desde el punto de vista material, son *preparatorios*; especialmente el principio del hecho no dice nada en contra de esto. Pero, para el tema que ahora nos ocupa en particular, el punto de vista de Jakobs tiene de extraño lo siguiente: El partícipe (o el “primer” coautor) no haría nada, él, que sea “externo”. Por ende, sus entendimientos con el autor final (como también sus aportes) valdrían tanto como sus pensamientos. Pero la mano ejecutora del autor “definitivo” tendría el poder de expropiarle al partícipe (o coautor anterior) sus “cogitaciones” (o “alguna otra conducta interna”), transformándolas en una acción pública. Ahora, si los actos previos al comienzo de la tentativa debieran corresponder realmente -conforme al principio del hecho- a la esfera privada de los individuos, carecería de todo sentido que un comportamiento a ser realizado por otro que el partícipe ya *no controla* pudiera convertir al aporte, antes *privado*, en una perturbación *social exterior*, santificando la injerencia del Estado, antes proscripta. Lo que es realmente interno, nadie puede expropiarlo<sup>23</sup>.

Con la solución del “hecho único”, el mensaje de la norma al partícipe se daría más o menos en estos términos:

- corresponde a tu esfera privada el prestar un arma de precisión para matar a otro; esto, por tanto, puedes hacerlo, dado que tampoco puedo prohibírtelo; pero a *ti* puedo prohibirte, y así lo hago, que el autor mate con tu arma o intente hacerlo.

20 Así, GEORG SCHILLING, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, Köln (y otras), 1975, ps. 100 y ss.

21 JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/61 (subrayado por mí).

22 JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/6.

23 En contra del carácter “interno” de los comportamientos producidos antes del comienzo de la tentativa, también habla el hecho de que JAKOBS afirme que “no hay una diferencia cualitativa entre autoría y participación” (*Lehrbuch*, 21/n. la). Entre una conducta “externa” y una “interna” tendría que haber necesariamente una diferencia de cualidad.

Sobre esta base, es difícil que el partícipe pueda tomar una posición racional ante la norma, ni ajustarse a ella, ni infringirla; de un mensaje de esa índole, él podría inferir, en efecto, tanto la conclusión de que, entonces, tiene la libertad de prestar el arma, como también la de que no la tiene.

Los argumentos dogmáticos de Jakobs son quizá de mayor interés. El aferrarse a la accesoriedad externa cuando él deja de lado –aunque no lo reconozca expresamente– la accesoriedad interna –especialmente, cuando la imputación al partícipe ha sido liberada de la rémora del dolo en el autor principal– le presenta diversas dificultades. Porque, dado que el comienzo de ejecución sí depende del dolo del ejecutor, de su “imagen del decurso del hecho”<sup>24</sup>, la condición que supuestamente *externaliza* el acto *privado* del cómplice, contiene un ingrediente que, en verdad, ha sido ya declarado como innecesario por Jakobs: el dolo del autor principal. Aquí se echa de menos un criterio que permita identificar un elemento en el que la ejecución de un autor no doloso pudiera representar un “comienzo de ejecución”, para lo cual siempre sería relevante algún proyecto de acción; y ¿cuál?, ¿el del autor o el del partícipe? Es verdad que se podría construir un comienzo de ejecución que prescindiera del dolo del ejecutor, al solo efecto de hacer regir la accesoriedad externa, individualizando aquel acto del autor que, a juicio del partícipe, configure el cuadro de un comienzo de ejecución. Pero todo esto demuestra que si el “dolo no es accesorio”, tampoco se podrá evitar la criticada *multiplicidad* posible de “comienzos del ilícito” que Jakobs le reprocha a la llamada “solución individual”; ello así, porque la imagen del hecho de cada interviniente podría no coincidir incluso en el caso de que *todos* actuasen *con* dolo. Si autor y cómplice tienen una imagen diferente respecto del momento en que existe un ponerse a realizar el tipo directamente (por ejemplo, mientras que uno cree que las primeras tabletas de “veneno” fortalecerán el organismo [preparación], el otro piensa que ya serán nocivas para la salud [ejecución]), habría que reconocer *dos* momentos distintos de externalización de la conducta privada de cada interviniente. Si éstos son *varios*, y cada uno tiene una imagen *diferente* del hecho, habría *tantos* comienzos de la tentativa como *divergencias* hubiera entre los dolos respectivos. Pero, en razón de que los partícipes podrían perder *todo control* acerca de cuándo realizará el ejecutor aquel acto que –según la respectiva imagen del hecho– dará comienzo a la tentativa, el ejecutor tendría la facultad de dar comienzo a tantas ejecuciones como dolos distintos hubiera, aunque ninguno de los intervinientes estuviese ya observando el hecho, ni formulándose ninguna imagen de la realización definitiva del tipo. El desplazar la responsabilidad penal al “comienzo de ejecución” –salvo que se admita la accesoriedad interna– no garantiza, entonces, una “solución uniforme”.

24 JAKOBS, *Lehrbuch*, 25/59.

Ahora, ¿es, en cambio, atinado, el argumento de que la punición autónoma de los actos de participación conduciría a penar actos preparatorios, que serían impunes si los realizara una sola persona? Aquí reside realmente el núcleo del problema como se ha señalado también aquí<sup>25</sup>. Pero la solución se halla en el propio Jakobs, y curiosamente en su artículo más *objetivista*: “Con el final del dominio del sujeto termina la libertad ciudadana, porque, si no, padecería la imputación... La punibilidad de lo no más dominable es la contrapartida de la libertad de la organización sólo interna”<sup>26</sup>. Si este principio es tomado en serio, resulta evidente que los aportes prestados por varios participantes pueden tener ya el significado de un ilícito, a pesar de que esos mismos comportamientos tendrían un carácter distinto si todo el hecho estuviera gobernado por el mismo centro de imputación. Porque el autor único que se convence a sí mismo de cometer el hecho (instigador), o que se procura el arma (cómplice), mantiene aún un dominio pleno sobre la evitabilidad de la realización del tipo, un dominio que precisamente se pierde en momentos distintos, en caso de división del trabajo. Si la imputación no ha de *padecer*, con el final del dominio debería estar ya firme la responsabilidad del partícipe.

Esto podría comprenderse mejor con una inversión de las reglas válidas para lo que Jakobs llama “tentativa acabada con posibilidad de revocación”. Así como, en ésta, lo que sería un acabamiento del ilícito si el autor careciera de la posibilidad de revocación, es, en el mejor de los casos, una tentativa inacabada –que acabará por omisión–, así también, a la inversa, un acto preparatorio configura ya todo el ilícito posible (acabamiento del ilícito), si el preparador pierde la posibilidad segura de frustrar la realización del tipo, por ejemplo, poniendo el instrumento riesgoso en manos de quien seguirá adelante: sólo 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).

Ciertamente Jakobs ha percibido con toda claridad -aunque en un lugar apenas divisable en toda su obra- que su conversión de la *pérdida de control* en el centro neurálgico de la teoría del ilícito y las restricciones al desistimiento derivadas de esto, no se corresponden con sus soluciones a la teoría de la participación. Así lo puede notar el lector atento en su reticente traslado de los estrictos límites dados por él al desistimiento de un autor único -que sólo vale como tal, liberando de pena, si el autor tiene todos los riesgos de consumación bajo su control, por ende, sólo durante la tentativa inacabada-, al desistimiento del partícipe: “No del todo sencillo es el traslado de las reglas desarrolladas por lo aquí explicado, a los partícipes que producen su aporte en el estadio previo de la realización del tipo. Como ejemplo podría servir el cómplice que da al autor un medio, mucho tiempo antes del hecho, y que, con la

25 Cf. *supra*, IV-B; la respuesta en IV-C, 1 y 2.

26 JAKOBS, *Kriminalisierung*, ps. 766 y s. (subrayado por mí); cf. también *Tätervorstellung*, p. 283.

finalización de esta conducta, pierde a la vez, según su juicio, la influencia sobre el acontecer ulterior, después la recupera, ciertamente en forma sorpresiva, y la utiliza con éxito, tras el comienzo de ejecución, para la evitación del hecho”<sup>27</sup>.

Lamentablemente, él resuelve la contradicción, inclinándose por reafirmar la accesoriedad cuantitativa de la participación, en lugar de hacerlo en favor de un principio rector de su teoría de la imputación: la pérdida de control. “Recién cuando el ejecutante ha terminado su conducta, y ha perdido la posibilidad de una reversión segura, está completamente externalizado, a la vez, también el aporte de todos los demás participantes. Hasta aquí basta con la mera evitación del hecho, sin considerar cuándo le apareció al evitante el poder de evitación, ni cuán grande era la chance de resultado...”<sup>28</sup>. Un indicio de que, entre los dos principios en pugna, Jakobs se inclinó por el equivocado, lo da el hecho de que tilda de “naturalista” el posible argumento –evidentemente correcto– de quien dijera que, “en definitiva, es la suerte del cómplice y no una consecuencia de su planeamiento, el que todavía haya podido evitar la realización del tipo, por tanto, su conducta habría terminado ya antes, y la evitación del hecho sería una conducta posterior al hecho”<sup>29</sup>. El recurso al adjetivo “naturalista” sugiere que no había algo terminante para decir. Pero, en todo caso, ¿por qué sería esto una “falacia naturalista”, si el principio de que “*con el final del dominio del sujeto termina la libertad ciudadana, porque, si no, padecería la imputación*”, es justamente un principio normativo (!).

La situación no mejora si, en lugar de a las *palabras*, se atiende a la *solución del problema*, lo cual ilustra Jakobs con este ejemplo: “El cómplice se arrepiente de su aporte, y, después del comienzo de la tentativa, logra alcanzar al ejecutante, con escasa dificultad, y disuadirlo –desistimiento, no conducta posterior al hecho, dado que la tentativa era, incluso para el cómplice, una tentativa aún inacabada y la chance de reversión del ejecutante todavía era segura–”<sup>30</sup>. Las palabras claves son aquí: “incluso para el cómplice”. ¿Qué sucedería si el autor ya considera suficientemente condicionado el resultado (acabamiento de la tentativa), mientras que el cómplice se ha reservado una posibilidad segura de revocación? La respuesta razonable sería: el cómplice *puede* desistir, aun cuando el desistimiento ya esté vedado para el autor principal; pero, entonces, *no* es verdad que “cuando el ejecutante ha terminado su conducta, y ha perdido la posibilidad de una reversión segura, está completamente externalizado, a la vez, también el aporte de todos los demás participantes”. Si, como aquí se propone, se concede que el cómplice que se reserva la posibilidad segura de desistir –desconocida por el autor–, puede hacerlo, es porque tanto el desistimiento

27 JAKOBS, *Rücktritt*, p. 94.

28 JAKOBS, *Rücktritt*, p. 95 (subrayado por mí).

29 JAKOBS, *Rücktritt*, p. 94.

30 JAKOBS, *Rücktritt*, p. 95.

(revocación del dolo), como el dolo, *no son accesorios en ningún caso*, tampoco cuando, a la inversa, el cómplice ha considerado perdida la posibilidad de revocación que el autor, por su parte, considera *segura*. No interesa cuál de los dos participantes tenga razón en esta divergencia sobre la imagen del hecho –que quizá sea, de todos modos, una tentativa no peligrosa–. Para todos los casos debe regir: el principio de accesoriedad externo (cuantitativo) es equivocado. Sólo erradicándolo de la teoría de la imputación se puede reafirmar el principio normativo (*no naturalista*): “*La punibilidad de lo no más dominable es la contrapartida de la libertad de la organización sólo interna*”.

## 5. AUTONOMÍA DE LA PARTICIPACIÓN Y PROHIBICIÓN DE REGRESO

La *autonomía* del ilícito de la participación, tanto en su dimensión interna como en la externa, podría ser derivada ya como consecuencia lógica de algunos principios de la teoría de la *imputación objetiva*.

En efecto, es una verdad recurrente, y especialmente en el sistema de Jakobs, que la “prohibición de regreso” (un principio *capital* de su formulación de la teoría de la imputación objetiva) es la contrapartida de la responsabilidad de un “partícipe accesorio”. Esto significa que un aporte al hecho no constituye participación criminal –cualquiera que sea su modalidad– si la conducta realizada por el partícipe está amparada por la “prohibición de regreso”, es decir, por el hecho de que *él* ha realizado un comportamiento que, según *su rol*, se mantiene dentro del riesgo permitido: “El participante [dice Jakobs] ha creado una situación que, si bien otras personas podrían continuar hacia la realización del tipo, ha obtenido por él mismo un sentido que precisamente no realiza el tipo, y que no puede ser teñido retroactivamente por la realización del tipo. La argumentación es la misma que para el riesgo permitido y para la injerencia: el ‘participante’ no ha pretendido un riesgo especial”<sup>31</sup>.

Pero esta posibilidad de cualquier colaborador de quedar *personalmente distanciado* de la ejecución que lleva a cabo “el resto del grupo” por el hecho de que su aporte –al menos respecto de quien lo rinde dentro del rol que él tiene– no puede configurar una realización *típica* –es decir, infringir *ninguna norma*– sólo puede ser entendido en un sistema que proceda de modo individualizador no sólo para *impedir* la fundamentación del ilícito del partícipe, sino también para *fundamentar positivamente* su ilícito, es decir: distinguiendo el ilícito propio de cada “participan-

31 JAKOBS, *Lehrbuch*, 24/15, cf. también 7/50 y s., 29/105a; para una exposición particular de la relación entre “prohibición de regreso y accesoriedad” en JAKOBS, cf. esp. su trabajo, publicado solamente en lengua castellana hasta hoy: *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de MANUEL CANCIO MELIÁ, ps. 61 y ss.

te”. En pocas palabras, también para el partícipe que sí responde, su responsabilidad proviene de su propio hecho; de otro modo, si su hecho no constituyera de por sí un ilícito, “no podría ser teñido de ilícito retroactivamente por la realización del tipo”. No hay, pues, una “obra en común” que fundamente la responsabilidad de cada uno; la obra en común es sólo el *producto* de la reunión de los aportes individuales. La medida en que cada uno es responsable de esta “reunión” es justamente la medida de su *contribución*; pero para juzgar la medida de su contribución sólo hace falta evaluar lo ilícito del aporte propio, cualquiera que haya sido el disvalor propio del hecho de cada uno de los demás participantes –entre los cuales puede haber, justamente por el principio de la prohibición de regreso, un sujeto no responsable–; y esa evaluación debe quedar firme cualquiera que haya sido el éxito final de la empresa en común.

El principio de la prohibición de regreso, por consiguiente, no tiene por qué ser entendido como el mero *reverso de la accesoriedad* de la participación, sino más bien como su negación, también para el caso de que el partícipe sí sea responsable. La llamada “prohibición de regreso” es más bien, por ende, una “prohibición de traslación”. El principio reza:

– ¡Prohibido trasladar sin más<sup>32</sup> el ilícito de “A” al ilícito de “B”!

Precisamente por *eso* un mismo aporte físico puede ser típico o no serlo, según la posición de quien lo rinde. Entonces, la prohibición de regreso (traslación) tiene una capacidad de rendimiento mucho mayor a la que se le atribuye: ella demuestra justamente la autonomía del ilícito de la participación, tanto en su dimensión interna como externa. La infracción de cada uno es propia, es -como lo es siempre- una “toma de posición [personal] frente a la norma”<sup>33</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

El derecho positivo argentino condiciona la punición del partícipe al comienzo de ejecución de un hecho principal, por tanto, impone la accesoriedad externa; no contiene, en cambio, una regla sobre la accesoriedad interna.

Desde el punto de vista de una teoría de la responsabilidad que se base en el quebrantamiento de una norma de conducta que sirve de modelo del contacto social, ni una ni otra forma de accesoriedad tienen razón de ser. Construida que sea la norma dirigida personalmente al partícipe, él infringe el precepto por su comportamiento *individual*.

32 “Sin más” significa aquí que el ilícito del autor puede teñir, por cierto, el ilícito del partícipe; pero esto sólo puede justificarse en tanto haya razones para que la norma referida *autónomamente* al partícipe tome elementos del hecho ajeno.

33 JAKOBS, *Handlungsbegriff*, p. 34.

Al menos cuando él asume la posibilidad, ya no revocable con seguridad, de que el hecho en el que colabora pueda llegar a lesionar el bien jurídico, ya habrá infringido la “*norma máxima*”, cualquiera que sea el contexto objetivo real y los hechos o representaciones del autor principal. A partir de aquí, el partícipe no puede desistir.

La prohibición de regreso es un principio central de la teoría de la “imputación objetiva” actual, un principio que, sin embargo –en contra de la opinión corriente–, sólo puede demostrar la *autonomía* del ilícito de cada participante en el hecho conjunto.

## BIBLIOGRAFÍA

El discurso se ha reducido en este trabajo a la reproducción parcial de formulaciones desarrolladas por el autor en otros trabajos. La bibliografía está reducida, por ello, prácticamente, a la obra de Jakobs, con quien el expositor compartió dos años y medio de investigaciones, con vivas discusiones en sus seminarios; algo por lo que le estará siempre agradecido. En las notas, los trabajos de Jakobs están citados de modo abreviado según una palabra clave de cada título. Las referencias completas son las siguientes:

- JAKOBS, G. (1983). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*. De Gruyter.
- JAKOBS, G. (1985). Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97. 751 y ss.
- JAKOBS, G. (1989). Tätervorstellung und objektive Zurechnung. En: DORNSEIFER, G. (Ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Heymanns.
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*. (2ª ed.). De Gruyter.
- JAKOBS, G. (1992). *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*. Beck.
- JAKOBS, G. (1992). Rücktritt als Tatänderung versus aligemeines Nachtatverfaalen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 104. 82 y ss.