

CLAUS ROXIN

*Dr. Dr. h. c. mult. Catedrático de Derecho Penal en la Universidad
de Munich*

DOGMÁTICA PENAL Y POLÍTICA CRIMINAL

*Traductor y editor: Dr. MANUEL A. ABANTO VÁSQUEZ
Doctorado en Friburgo (Alemania), Profesor de Derecho Penal
Miembro del Estudio Jurídico Duan & Kresalja*


IDEMSA
LIMA-PERU

ACERCA DEL FUNDAMENTO PENAL DE LA PARTICIPACIÓN*

* N. de. T.: se publicó en el LH a Walter Stree y Johannes Wessels, editado por Wilfried Küper y Jürgen Welp, Heidelberg 1993, p. 365-382. Título original: "Zum Strafgrund der Teilnahme".

[365 ->]

La discusión sobre el fundamento penal de la participación se ha movido mucho tiempo alrededor de la cuestión de si el injusto de la participación sería independiente o se derivaría del injusto del hecho principal. La exposición que sigue desarrollará la tesis de que ambas posiciones extremas son incorrectas en cuanto a su unilateralidad; más bien el injusto de la participación es en parte autónomo y en parte se deriva del hecho principal.

I.- LO IRREALIZABLE DE INDEPENDIZAR PLENAMENTE EL INJUSTO DE LA PARTICIPACIÓN

1.- Si se ve el injusto de la participación como totalmente independiente frente al injusto del autor, tendría que ser posible una participación punible incluso sin un hecho principal típico y antijurídico. Esto también es admitido consecuentemente por LÜDERSEN¹, un principal defensor moderno de esta concepción, llegando al resultado de que la participación en un suicidio es penada según los arts. 26 [inducción], 27 [complicidad], 212² [homicidio] y que la

¹ "Zum Strafgrund der Teilnahme", 1967, p. 168, 214 (a favor del suicidio), p. 192 (a favor de la omisión de auxilio).

² Los artículos que no tienen designación de una determinada ley provienen del C. P. alemán.

instigación a una omisión de auxilio, en caso de muerte del accidentado, lo es según los arts. 26, 211 [asesinato], 212, pese a que el "autor" o bien no ha completado ningún tipo o ha completado un tipo totalmente diferente que el "partícipe". Tal concepción es plenamente imaginable, pero no puede armonizar así como así con el principio de accesoriadad previsto en los arts. 26 y 27, y por ello no pueden ser defendidos como Derecho vigente. Además, como muestran los ejemplos, ella lleva a una enorme extensión de la punibilidad de la participación. Impedir esto debe ser el objetivo político-criminal legítimo de la vinculación establecida por la accesoriadad.

2.- Por otro lado, en caso de admitir autonomía del injusto de la participación, sería consecuente dejar impune la participación en delitos de deber (delitos especiales), p. e. [366->] la inducción al prevaricato, tal como SCHMIDHÄUSER³, el segundo defensor principal de un injusto independiente de la participación, también había admitido al principio, aunque por cierto difiriendo considerablemente de LÜDERSEN en las consecuencias. Pues quien no cuenta en el círculo de autores del art. 336 no puede realizar en su persona el injusto del prevaricato. No obstante, está comprobado que el legislador quería tratar como participación y someter al art. 28, primer párrafo [la ausencia de elementos personales especiales del tipo permite atenuar la pena], bajo puntos de vista político-criminales, aquellos casos cuya impunidad también sería poco convincente⁴, de manera que en tal medida tampoco se

³ "Strafrecht. AT" 1ª ed. 1970, cap. 14, n. marg. 98, de manera diferente en la segunda edición, 1975, en donde se admite la punibilidad, pero se la declara por "no objetiva" (cap. 14, n. marg. 25). En su "Studienbuch" (2ª ed., 1984, cap. 10, n. marg. 38) recomienda la creación de disposiciones penales especiales para terceros no involucrados.

⁴ Comp. solamente la fundamentación del Proyecto 1962, BT-Drucks, IV/650, p. 152.

puede compatibilizar con la ley que el injusto de la participación se separe totalmente del injusto del hecho principal.

3.- M.-K. MEYER⁵, siguiendo a su maestro SCHMIDHÄUSER, pretende derivar del art. 30 [tentativa de la participación] la autonomía del injusto de la participación: "Y es que en tanto en el art. 30... ya ha sido penada la participación tentada, esto denota que el carácter lesionador del bien jurídico de la participación, en última instancia, sí es independiente de la existencia de un hecho principal". Pero esto tampoco es evidente, pues la inducción tentada no es precisamente *ninguna* participación, sino solamente la tentativa de ella. Así como el hecho tentado del autor no encierra dentro de sí una lesión del bien jurídico protegido por el tipo, así tampoco existe un carácter lesionador del bien jurídico en la participación tentada. Su independencia del hecho principal no permite por ello deducir la independencia de la participación, prescindiendo totalmente de que incluso la participación tentada está referida a un hecho principal (sólo que no se llega a realizar), de manera que, entonces, ni siquiera ésta es independiente, si se toman como base las representaciones del autor.

4.- También parte de un injusto independiente de la participación la teoría de la participación de la culpabilidad, al contemplar el fundamento de la pena de la participación en que el partícipe implica al autor en la culpabilidad y la pena. Esta teoría atenta claramente contra el principio de la accesoriadad limitada (arts. 26, 27, 29 [punibilidad independiente del partícipe]), según el cual la participación no presupone necesariamente una culpabilidad del autor; por ello no puede ser defendida de lege lata y tampoco tiene

⁵ GA 1979, p. 252 y ss. (255).

ya propulsores. Todavía juega algún papel la "teoría modificada de la participación en la culpabilidad" fundamentada por TRECHSEL⁶, también llamada "teoría de la participación del injusto", de la "corrupción" o de la "desintegración". Esta teoría quiere penar al partícipe porque expone al autor a la desintegración social que también trae consigo un actuar injusto. Contra esto se responde desde hace ya tiempo que la pena de la participación, según la ley, está vinculada al marco penal del hecho del autor y [367->] no a la magnitud de la desintegración ocasionada; además, de esta manera no podría explicarse la complicidad que se presta a un autor ya decidido por sí mismo a cometer el hecho, quien, por lo tanto, ya no puede ser desintegrado.

Últimamente KELLER⁷ ha puesto en duda la consistencia de ambas objeciones. Sobre el argumento del marco penal opina que podría ser "que la desintegración [haya sido] estimada en la ley de manera valorizante y generalizadora en abstracto", de manera que la magnitud de la supuesta desintegración se guiaría según la gravedad del hecho. Y también la complicidad tendría efecto desintegrador, ya que uno podría plenamente "promover una carrera criminal prestando ayuda para hechos punibles". Esta defensa de la concepción desintegradora no es muy convincente. Pues aun cuando la gravedad del hecho no deja de tener importancia para la magnitud de cualquier desintegración, la cuestión de si, p. e. una persona sin antecedentes penales o un delincuente profesional es motivado a cometer el hecho es en cambio mucho más importante; no puede admitirse que el legislador haya desconocido o no considerado esto. Aparte de ello, tam-

⁶ "Der Strafgrund der Teilnahme", 1967.

⁷ "Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten", 1989, p. 163 y s.

bién sigue sin explicación por qué la desintegración del autor, aun cuando se la represente como que crece con la gravedad del hecho, deba siquiera merecer la pena de la comisión del hecho del autor. Pues el reproche de haber desintegrado socialmente a otro está situado en un nivel totalmente diferente del reproche, p. e. de haber practicado un robo o un homicidio, y por ello está lejos de poder justificar el mismo marco penal. Y en lo que concierne a la complicidad, la influencia de una ayuda particular a la carrera criminal de un delincuente no tiene importancia o, en todo caso es totalmente mínima; esta influencia no puede explicar una punición siguiendo el marco penal del autor (así esté atenuado).

Pero finalmente también KELLER llega a rechazar la "teoría modificada de la culpabilidad en la participación", mediante una tercera objeción igualmente acertada. Su reflexión consiste en que cada uno tendría que "responder por sí mismo por su desintegración social". Efectivamente, nuestro ordenamiento jurídico es ajeno a un "delito de desintegración" tal como aquí se postula. Si, tal como reconoce actualmente la jurisprudencia, la participación en una real autopuesta en peligro de la integridad corporal (como p. e. en el consumo de drogas) es como tal impune, con más razón no puede ser punible la cooperación en la desintegración social de una persona responsable. En resumen se podrá entonces decir que también la teoría modificada de la culpabilidad en la participación puede ser considerada actualmente como definitivamente refutada.

5.- Finalmente SCHUMANN⁸ ha intentado, otra vez, re-

⁸ "Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen", 1986, p. 42 y ss. (49).

novar la idea de la independencia del injusto de la participación en una forma totalmente distinta. [368->] Opina que no podría hacerse responsable al partícipe por la lesión del bien jurídico, porque el “resultado [estaría] dentro del ámbito de responsabilidad del autor principal”. Más bien, la participación, “como tal, ya [contendría] un desvalor especial del acto” que fundamentaría su punibilidad. Según la teoría de SCHUMANN aparece “la acción de solidaridad con el injusto ajeno como fundamento penal de la participación”. El que el partícipe se “solidarice con un injusto doloso ajeno, haga causa común con el hecho ajeno”⁹, fundamenta consecuentemente “el desvalor de la acción socialmente insoportable” que porta en sí su punición.

SCHUMANN dice que constituye una ventaja especial de esta concepción que, al vincularse la pena de la participación al marco penal del hecho principal y al darse la punibilidad de la participación de extraños, ella no tendría ninguna dificultad en el delito especial propio. Esto es cierto, pues es plausible que también un injusto del hecho de solidarizarse, entendido independientemente, “se rija en su naturaleza y medida según el objeto de referencia del solidarizarse”. Y dado que también un extraneus puede p. e. solidarizarse con un funcionario delincuente, puede explicarse sin más la punibilidad del no obligado a través de este punto de vista.

Sin embargo, la idea de solidarizarse convence tan poco como la del principio de desintegración. SCHUMANN¹⁰ ve en el solidarizarse “un peligro socio-psicológico para la vi-

⁹ Sobre esto y lo que sigue, op. cit., p. 51.

¹⁰ Sobre esto y lo que sigue, op. cit., p. 50.

gencia del Derecho” que sería idóneo “para conmover el sentimiento de una segura paz jurídica” y que daría “un ejemplo insoportable”. Luego, el injusto de la acción de la participación sería “idéntico con aquél en el cual la así llamada teoría de la conmoción [vería] fundamentado el injusto (de la acción) punible de la tentativa (inidónea)”. Según esto, la participación es una forma de delito de turbación de la paz. Pero la turbación de la paz que parte de la participación no radica pues, a la manera de la tentativa inidónea, en una “caída de los valores fundamentales de la actitud jurídica interna”, que es independiente del resultado, en la mala impresión [o en la conmoción = Eindruck] que genera el solidarizarse con delincuentes, sino en algo mucho peor, a saber en aquello que el partícipe causa motivando y apoyando, ¡es decir en el resultado! En caso contrario, la participación tentada tendría que ser equiparada a la consumada.

El que el resultado esté exclusivamente “dentro el ámbito de responsabilidad del autor” no resulta evidente porque los arts. 26, 27 extienden la responsabilidad por él precisamente a los partícipes. El simple solidarizarse (aparte del art. 140 [recompensa y aprobación de hechos punibles]) no es punible en lo absoluto. Incluso como complicidad psíquica sólo puede ser comprendido en tanto influya en el resultado. Por ello no se puede colocar la participación exitosa que ha causado una lesión típica de bienes jurídicos al mismo nivel que la tentativa inidónea, que no causa nada. Aparentemente SCHUMANN mismo no quiere prescindir totalmente del resultado cuando dice¹¹ que “la exigen[369->]-cia de una lesión mediata del bien

¹¹ Op. cit., p. 44/45.

jurídico” constituiría “solamente una exigencia mínima al contenido de injusto de la participación”, pero no podría “ser reconocida como fundamento penal suficiente”. Pero por regla general, la perturbación de la paz mediante el solidarizarse no es nada que se añada como algo decisivamente nuevo y fundamentador de pena para la lesión del bien jurídico. Más bien, por su dañosidad social ésta se queda muy por detrás de la lesión del bien jurídico causada mediatamente, y constituye solamente un efecto concomitante, impune por sí mismo. Por cierto que todavía tendrá que mostrarse que, pese a todo, en la concepción de SCHUMANN, al igual que, en general, en la idea de la autonomía del injusto de la participación, se esconde una acertada verdad parcial.

II.- ELEMENTOS INDEPENDIENTES, NO ACCESORIOS DEL INJUSTO DE LA PARTICIPACIÓN

Según lo expuesto puede, entonces, partirse de que el injusto de la participación no puede ser separado del injusto del hecho principal: cada participación es una causación accesoria, a través del autor, de una lesión mediata y típica del bien jurídico. Éste es el parecer dominante desde hace tiempo. También el BGH (BGHSt, 4, 355, 358) enfatiza “que la ley penal no pena al inductor porque sea culpable de que otro se haga punible, sino porque coopera como autor lejano de que un hecho punible sea cometido (RGSt 5, 228; 15, 316...)”. “La causación de una conducta antijurídica” importaría “la esencia de la inducción”.

Pero ya se están multiplicando las voces que reconocen, junto a la causación de un hecho del autor, también elementos independientes del injusto del partícipe, no deducibles del hecho principal. Antes había exigido yo, siguiendo parcialmente a SAMSON y a STRATENWERTH,

un “ataque al bien jurídico” autónomo del partícipe, y había tratado, mediante este concepto, de completar con algunos criterios la causación orientada accesoriamente¹². Esta idea encuentra cada vez más resonancia¹³ y está consiguiendo poco a poco atención en los comentarios y manuales provenientes de la doctrina dominante. Así, si bien CRAMER¹⁴ dice que el injusto de la participación sería “dependiente del injusto del hecho principal”, sin embargo también encarnaría “un propio [370->] desvalor”. Si bien JESCHECK¹⁵ considera el injusto de la participación “dependiente del hecho principal en cuanto a su fundamento y a su medida”, sin embargo, al mismo tiempo habla de la “dirección del ataque al bien jurídico protegido, que también es exigible para el partícipe”. Para WESSELS¹⁶ “ambas formas de participación derivan su contenido de injusto del injusto del hecho principal. Esto no significa que la inducción y la complicidad no encarnen ningún desvalor propio”. Por cierto que es mucho menos claro en qué consiste realmente la independencia parcial del injusto de la participación y cómo se refleja en la práctica. A continuación quiero tratar aclarar esto un poco y de explicarlo usando cinco grupos de problemas.

¹² ROXIN, LK, 10ª ed., 1978, com. previo art. 26, n. marg. 1-7; STRATENWERTH, AT, 3ª ed., 1981, n. marg. 858, 860; SAMSON, en: „SK-StGB”, 1985, com. previo art. 26, n. marg. 14-18.

¹³ En los resultados igualmente BLOY, “Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht”, 1985, p. 252 y ss.; JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, cap. 22, n. marg. 9; RUDOLPHI, StV 1982, p. 518 y ss.; STEIN, “Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre”, 1988, p. 117 y s.; similar, OTTO, LH a Lange, 1976, p. 201 y ss.; el mismo autor, JuS 1982, p. 558; el mismo autor, AT, 4ª ed., 1992, cap 22 I, 2, c.

¹⁴ En Schönke/Schröder, “StGB”, 24ª ed. 1991, com. previo art. 25, n. marg. 17.

¹⁵ AT, 4ª ed., 1988, cap 64 I, 2, III 2 b.

¹⁶ AT, 22ª ed., 1992, cap. 13 IV, 1.

1. LA PARTICIPACIÓN PUNIBLE PRESUPONE QUE EL BIEN JURÍDICO LESIONADO POR EL AUTOR TAMBIÉN ESTÁ PROTEGIDO FRENTE EL PARTÍCIPE

Este punto de vista -que también es frecuentemente resaltado¹⁷- juega un papel importante especialmente en la participación necesaria. La víctima de una acción de usura (art. 302 a) o de un delito sexual (arts. 174-176), el prisionero liberado (art. 120) o el autor de un delito cualquiera [primer autor] favorecido por un delito de encubrimiento personal (art. 258) pueden hacerse no punibles como partícipes en un hecho principal, aun cuando hayan inducido a ello. Pues nadie puede atacar de manera punible su propio patrimonio (art. 302 a) o su propia integridad sexual (arts. 174 y ss.). Tampoco la custodia estatal, tal como lo demuestra la impunidad de la autoliberación [evasión de un establecimiento penal], está protegida en contra del apresado (art. 120) ni tampoco la administración de justicia penal estatal está protegida contra un delito de encubrimiento (art. 258) cometido por el propio delincuente.

Aquí el inductor (si me es permitido proseguir con esta forma de participación que es la más fuerte) participa plenamente en una acción punible del autor y tendría que ser penado si la realización mediata y accesoria de un tipo circunscribiera hasta el agotamiento el fundamento penal de la participación. Pero el ataque a un bien jurídico, protegido también frente a aquél, tiene que adicionarse como elemento independiente del injusto de la participación. La falta de capacidad de protección del bien jurídico frente al "partícipe" excluye el injusto de la participación, pese a la

¹⁷ Comp., por mencionar sólo a algunos, LÜDERSSEN, igual que nota 1, p. 131 y s.; SAMSON, en "SK-StGB", 1985, n. marg. 17, com. previo art. 26; STRATENWERTH, AT, n. marg. 860, M.-K. MEYER, GA 1979, p. 263 y s.; HERZBERG, "Täterschaft und Teilnahme", 1977, p. 133 y ss.

causación accesoria de un hecho punible del autor. Sólo el autor, no también el "inductor", ejecuta en tal caso un ataque al bien jurídico.

Los mismos resultados, sin recurrir al fundamento penal de la participación son explicados por una opinión difundida, a partir de las particularidades de cada uno de los [371->] tipos. Así se advierte que hablaría en favor de una impunidad de la participación, en los arts. 302a, 174 y ss., la necesidad de proteger a la víctima, y en los arts. 120, 258, la situación del presidiario y del delincuente parecida al estado de necesidad. Por ejemplo, WOLTER¹⁸ es escéptico frente a una argumentación desde el fundamento penal de la participación, porque el instituto de la participación necesaria seguiría "reglas completamente propias". Pero las diferentes fundamentaciones no se excluyen entre ellas. Más bien sucede que la necesidad de protección de la víctima y la situación parecida al estado de necesidad del cooperador son el motivo *por el cual* el legislador ha dejado sin protección al bien jurídico frente a ellos.

Pese a todo lo anterior, lo decisivo para la fundamentación dogmática sí es la situación de desprotección del bien jurídico frente al partícipe y no el motivo de ella. Pues es siempre indiscutible en qué medida deba liberarse de pena a alguien debido a una "situación parecida a un estado de necesidad"; como se sabe, la jurisprudencia ha declarado punible en caso del art. 120 la inducción por el prisionero, y en caso del art. 258 -por lo menos antes¹⁹- la inducción

¹⁸ JuS 1982, p. 343 y ss. (344). No obstante, él admite que, precisamente desde el punto de vista de la concepción aquí y por él defendida sobre el fundamento penal de la participación, podría alcanzarse, con su ayuda, "casi una seguridad plena de los resultados".

¹⁹ Me parece que hoy en día la conclusión en sentido contrario del art. 257, tercer párrafo, segunda oración, garantiza la impunidad.

por el delincuente. Una fundamentación inobjetable a favor de la impunidad es solamente conseguida por el reconocimiento de que la falta de punibilidad de la autoliberación del prisionero y de la frustración de pena [el encubrimiento] por el delincuente tiene que arrastrar consigo necesariamente también la impunidad de la realización mediata, no autoral de tales resultados. Allí donde la "autoría" es impune, con más razón debe serlo la participación.

Esto rige también para el homicidio y las lesiones corporales. La vida y el cuerpo son protegidos contra cualquier tercero, pero no contra su "titular". Entonces, quien exige su propia muerte (art. 216) o su mutilación, inmoral según el art. 226a, no comete una inducción punible. Pues nadie puede atacar su propia vida y su propio cuerpo de manera penalmente relevante. OTTO²⁰ ve esto de manera diferente. Para él lo central es que el portador del bien jurídico no tendría ningún derecho a disponer de su vida y de su cuerpo. Por ello quiere penar por inducción a lesiones corporales y, en el caso del art. 216, arriba a la liberación de pena solamente atendiendo a la "especial situación psíquica de la víctima". Pero la liberación de pena en el art. 216 resulta poco consecuente, pues la "exigencia expresa y seria" presupone la responsabilidad y la falta de carácter coactivo de lo pretendido. Por otro lado no hay ningún motivo comprensible para penar la inducción a una automutilación cuando la automutilación del autor (por más inmorales que sean sus motivos) es impune como tal. Por ello, [372->] en ambos casos no interesa la falta de libertad de disposición del participante, sino la impunidad del suicidio y de la autolesión. Hace falta un propio concepto

²⁰ LH a LANGE, 1976, p. 212 y s.

de bien jurídico y con ello, pese a la cooperación en un hecho de autoría punible, el fundamento penal de la participación²¹.

Ya el caso de las lesiones corporales muestra que la problemática va mucho más allá de la participación necesaria. Quien induce a otro a hurtar en una casa aparentemente ajena, pero en realidad perteneciente al inductor, no es partícipe necesario. Pese a todo es impune porque no es posible un ataque penalmente relevante contra la propia propiedad²². Casos como éste, que pueden ser trasladados a todos los bienes jurídicos disponibles, dejan totalmente en claro que la impunidad del cooperador no resulta de particularidades de la participación necesaria, sino de un fundamento penal de la participación, esto es, de la necesidad de un ataque independiente al bien jurídico.

2.- LA PARTICIPACIÓN PUNIBLE PRESUPONE QUE EL PARTÍCIPE TENGA POR SÍ MISMO EL DOLO DE REALIZAR EL TIPO

En la actualidad prácticamente no se discute que una participación punible solamente se presente cuando el dolo del partícipe se dirija a una plena realización del tipo. Quien solamente pretende que se llegue a la tentativa, es decir p. e. el que da al autor decidido a asesinar por envenenamiento un polvo inocuo, o quien ayuda al ladrón fracturador [Einbrecher], pero se asegura desde el principio su captura en el lugar de los hechos, no puede ser penado por

²¹ Igual que aquí, por sus resultados, WOLTER, JuS 1982, p. 345 y s.; JAKOBS, AT, cap. 24, n. marg. 9; HERZBERG, igual que nota 17, cap. 13, II, 1.

²² Luego, no se necesita fundamentar la impunidad en que, de cualquier modo, el autor solamente podría cometer una tentativa debido al acuerdo del propietario. Esta fundamentación sería incluso errónea, pues este acuerdo tendría que destacarse exteriormente de alguna manera para poder desarrollar efectos jurídicos (ROXIN, AT I, 1992, cap. 13, n. marg. 47, 48).

complicidad. Esta constelación alcanza la mayor importancia práctica en la figura del "agent provocateur": quien induce a otro para poder probar el delito y hacer que lo arresten en el estadio de la tentativa, es impune.

Todo esto tiene tal reconocimiento hoy en día que prácticamente apenas puede uno ponerse a pensar en la fundamentación. Y es que el usual discurso sobre el doble dolo en la participación, que tendría que referirse primero a la determinación hacia el hecho y a la cooperación, y luego a la consumación de la realización típica, sólo constituye una expresión (acertada), pero ninguna fundamentación. Es claro que la teoría de la participación en la culpabilidad (y en el injusto) tendría que llevar a la punibilidad en el "agent provocateur", porque ya en una tentativa punible se presenta también un implicar al autor en la culpabilidad o [373->] en la desintegración social. Pero con el rechazo global de esta teoría no se prueba de ninguna manera la impunidad, mayormente considerada evidente, del partícipe. Pues dado que existe el injusto de un hecho principal tentado, la deducción de la punibilidad de la participación desde el injusto del autor tendría que conducir igualmente a la punición del tercero ajeno (por participación en un delito tentado).

La concepción preponderante que ve el fundamento penal de la participación únicamente en la causación orientada a la accesoriedad, no puede llegar a la absolución fundamentando p. e. que el partícipe, para ser punible, tendría que haber querido causar el resultado típico²³. Pues también la tentativa es ya un resultado, y el partícipe ha

²³ Así aparentemente HERZBERG, igual que nota 17, p. 130, resumiendo la "jurisprudencia y la doctrina dominante".

querido causar éste y lo ha causado de manera accesoría; puesto que dicho resultado es suficiente para el autor, tendría que ser igualmente suficiente para la pena por participación si el injusto de la participación se agota en la deducción del injusto del autor.

La solución correcta recién se obtiene cuando se reconoce que el dolo es un elemento no accesorio. Esto quiere decir: no basta para la pena del partícipe que el autor tenga el dolo y que el partícipe lo sepa. Antes bien, el partícipe tiene que tener un propio dolo que sea independiente de aquél del autor y que represente una pieza de injusto independiente de participación. Es mérito de HERZBERG²⁴ el haber trabajado por primera vez claramente el carácter no accesorio del dolo. Pero me parece que la fundamentación dada por él oscurece más bien su trascendente entendimiento. A saber, opina HERZBERG que el dolo como criterio "referido a valores" sería un "elemento personal especial" en el sentido del art. 28. Deduce entonces: "Según esto... para el agent provocateur resultaría solamente una atenuación de la pena (art. 28, primer párrafo). No obstante, sólo es explicable ir más allá de esto por el hecho de que no se siente como suficiente un ablandamiento atenuador de la pena. En el dolo se ve -por así decirlo- un elemento personal extremadamente especial, cuya ausencia en el partícipe obliga a aplicar la solución radicalmente no accesoría de la plena absolución".

Esto convence poco, porque aparta simplemente la regulación distinta del art. 28, primer párrafo, invocando un sentimiento jurídico que obliga a la absolución. Esto no

²⁴ De entre sus numerosas obras pertinentes aquí sólo cito el breve resumen en su monografía "Täterschaft und Teilnahme", 1977, p. 129 y ss. (131).

sería permitido si el dolo fuera siquiera un problema del art. 28. Pero, de manera correcta no deberá verse al dolo como un elemento personal especial, ni tampoco deberá llegarse a la absolución mediante la construcción de un elemento „extremo“ de este tipo, desconocido por la ley [374->]²⁵. Más bien es imperioso adjudicar al fundamento penal de la participación la no-accesoriedad del dolo, reconocida por HERZBERG de manera tan aguda, al igual que todos los elementos no accesorios del injusto de la participación : quien no quiere la realización del tipo, no ataca al bien jurídico protegido por la correspondiente disposición y ya por ese motivo no puede ser un partícipe.

3.- LA PARTICIPACIÓN PUNIBLE PRESUPONE QUE EL PARTÍCIPE ADMITA EN SU DOLO TAMBIÉN LA REALIZACIÓN DE INTENCIONES RELACIONADAS CON EL BIEN JURÍDICO

También las intenciones relacionadas con el bien jurídico, como las que contiene el tipo subjetivo de muchos delitos (p. e. los arts. 164 [denuncia mendaz], 242 [hurto], 257 [favorecimiento personal], 267 [falsificación documental], 268 [falsificación de registros técnicos]), no deben ser tratados como elementos no accesorios²⁶. Entonces, quien, con la finalidad de apresar a un falsificador, le solicita determinado documento dirigido supuestamente a engañar en el tráfico jurídico, documento que, según lo planeado desde el principio, luego de su recepción es entregado a la Policía denunciando al falsificador, no es punible por

²⁵ La difícil cuestión de lo que es un “elemento personal especial” no puede ser tratada aquí con más detalle. Comp. al respecto mis comentarios al art. 28 en el *Leipziger Kommentar* que aparecerá próximamente en una nueva edición.

²⁶ Es distinto lo que sucede con las intenciones no relacionadas con el bien jurídico como la intención de enriquecerse en la estafa; comp. al respecto mi exposición en la 11ª ed. del *Leipziger Kommentar*, cap. 26, n. marg. 81.

inducción a una falsificación documental. Pues si bien el inductor no tiene que querer engañar personalmente con el documento en el tráfico jurídico, sí tiene que saber y querer que con el documento tenga lugar un engaño en el tráfico jurídico. Si su dolo no está dirigido a ello, no quiere atacar al bien jurídico protegido, el tráfico de documentos con carácter probatorio, y queda impune; no se da el fundamento penal de la participación. De manera correspondiente tampoco es punible por inducción al hurto el agent provocateur que hace apresar al ladrón inmediatamente después de haber éste alcanzado la custodia²⁷; pues aquél no quiere atacar la propiedad de la víctima en la manera presupuesta por el art. 242 de una expropiación permanente, sino solamente causar un *furtum usus* de corta duración. Esto rige *mutatis mutandis* para todos los delitos de intención referidos al bien jurídico.

La no-accesoriedad de los delitos de intención referidos al bien jurídico también ha sido reconocida por primera vez por HERZBERG²⁸. Ya se ha señalado la problemática de su construcción de “elementos personales extremos especiales”. Ellos no son necesarios, porque ya el fundamento penal de la participación explica sin problemas la impunidad. HERZBERG se acerca a esta concepción cuando [375->] dice²⁹ sobre el partícipe que, dado que éste “no habría permitido que se llegue” a la “lesión material del bien jurídico”, se equipararía “visto objetiva-

²⁷ Por cierto que, si el hecho se refiere a un vehículo motorizado o a una bicicleta, se da la punibilidad según los arts. 26, 248b; en todo caso, aquí entraría en consideración una justificación según el art. 34.

²⁸ *ZStW* 88 (1976), p. 95 y ss.; el mismo autor, *JuS* 1983, p. 742 y ss.; GA 1991, p. 151 y ss.; “*Täterschaft und Teilnahme*”, 1977, p. 131 y ss.

²⁹ Igual que nota 17, p. 132.

mente a un *agent provocateur*. Siguiendo correspondientemente el quebrantamiento no escrito de la accesoriedad desarrollada para esta figura de la participación, esta persona debe quedar plenamente impune". HERZBERG ha encontrado acogida sobre todo en JAKOBS³⁰, quien se apoya acertadamente en un "paralelismo entre el dolo de consumación y el dolo trascendente"³¹. Pero precisamente JAKOBS objeta la fundamentación que parte de la "falta de un dolo para la lesión del bien jurídico"³². Tal ampliación de la absolucón "de la falta de un dolo de consumación a la falta de un dolo para la lesión del bien jurídico" sería, "debido a la arbitrariedad con la cual puede determinarse el nivel de abstracción del bien jurídico... casi infinita". Pero esto no resulta claro. Ciertamente, el bien jurídico de cada tipo tiene que ser precisado nítidamente. Pero no puede haber otro punto de referencia para el dolo del partícipe, en especial porque JAKOBS³³ mismo determina el injusto de la participación coincidiendo ampliamente con la opinión aquí defendida como "el propio ataque -pero no uno del autor- a un bien a través de una causación imputable de un hecho autoral".

Pero, aparte de dichas diferencias de fundamentación, también el resultado defendido aquí para las mencionadas intenciones [de dolo directo de primer grado] es mucho más discutible que en el caso del dolo. Mientras que el

³⁰ AT, cap. 23, n. marg. 17, 19, 20.

³¹ AT, cap. 23, n. marg. 20.

[N. d. T.: el "dolo trascendente" (*überschießend*) se refiere a aquél que deben tener los participantes en los tipos penales de consumación adelantada. P. e. en la falsificación documental, todos deben tener el dolo de que el documento sea utilizado para engañar dentro del tráfico jurídico (ejemplo de Jakobs, "Strafrecht, AT" 1993, cap. 23, n. marg. 19)].

³² AT, cap. 23, n. marg. 17.

³³ AT, cap. 22, n. marg. 9.

tratamiento no-accesorio del dolo es reconocido por todos, por lo menos en sus resultados, la opinión dominante trata las intenciones como plenamente accesorias y, consecuentemente, tiene que llegar a la pena por inducción en los ejemplos arriba mencionados (que correspondan). En los últimos años esta opinión ha sido defendida con especial énfasis por KELLER³⁴. Una meticulosa confrontación con sus argumentos exigiría una monografía separada, la cual no puede ser realizada aquí. Sin embargo, baste con indicar que no es correcta -con seguridad- su tesis principal, según la cual una limitación de la responsabilidad por participación en el sentido aquí indicado llevaría a una "responsabilidad de la actitud interna" en el autor. Así, dice³⁵: "Si el autor es penado por un delito intencional consumado, pero el provocador es simultáneamente absuelto, entonces el autor es hecho responsable por su actitud interna de autor".

En primer lugar hay que contraponer a esto que la su-puesta "responsabilidad de actitud interna" del autor sólo puede ser deducida desde el reproche por el hecho dirigido contra él y no [376->] desde la punición o no-punición del partícipe. Pero que la realización autoral de los arts. 267, 242 ponga al descubierto una "responsabilidad por actitud interna" todavía no ha sido afirmado por nadie. Y en lo que se refiere a la punibilidad del partícipe, un precepto elemental de justicia y de igualdad de tratamiento consiste en que en la parte subjetiva no presuponga mucho menos que en el autor. Si en el autor, junto al dolo, es presupuesto de la punibilidad la intención de engañar y de apoderamiento, bajo puntos de vista de merecimiento de pena es apropiado exigir en el partícipe, junto al dolo, que

³⁴ Igual que nota 7, p. 212-236.

³⁵ Igual que nota 7, p. 236, nota 77.

él también quiera la realización de la intención específica del tipo a través del autor. En caso contrario, el partícipe sería tratado de manera más severa que el autor, pese a que su conducta tiene que ser juzgada más bien como de manera más atenuada que la del autor³⁶.

Cuando tantos autores quieren penar al partícipe, pese a que él (como "agent provocateur") no sólo no ha admitido la realización de la intención específica del tipo en cuanto a su dolo, sino que precisamente quiere frustrar esa realización, entonces, el trasfondo de ello es la desaprobación dirigida contra los actos de seducción para la comisión de delitos (seducción mayormente motivada incluso por el Estado). Pero este punto de vista (atendible desde la Política Criminal) sólo puede ser admitido por la teoría de la participación en la culpabilidad, la cual no se corresponde con el Derecho vigente (ni siquiera en forma modificada) ni tampoco es defendida por los autores que se pronuncian por la punibilidad. Pero si, tal como se exige jurídicamente, se centra uno solamente en la afección del ordenamiento estatal de bienes jurídicos, entonces no es razonable penar una conducta que es vista por las autoridades y Tribunales, unánimemente, como indispensable para su defensa.

4.- LA INDUCCIÓN PUNIBLE PRESUPONE UNA INCITACIÓN DIRIGIDA A UN OBJETIVO

Finalmente, se muestra una porción de injusto autónomo de la inducción en el hecho de que, según la opinión hoy en día mayoritaria y acertada, la causación dolosa de una decisión para cometer el hecho todavía no

³⁶ Comp. la contracritica en JAKOBS, AT, cap. 23, n. marg. 20, nota 20: "¡Quien hace responder al partícipe, pese a que no presenta el elemento subjetivo, opera con un tipo que es más corto que el positivado!".

es suficiente para una punición por inducción. Cuando alguien hace saber a otro el adulterio de su mujer, suponiendo que éste va a dar una paliza a la adúltera, si el marido reacciona según lo esperado, el primero ha causado dolosamente una decisión para una lesión corporal. Igualmente ha causado dolosamente una decisión de hurto quien coloca al alcance de alguien la billetera llena de un tercero, a fin de colocarlo en una tentación ante la cual éste también sucumbe.

[377->]

Hay que aprobar el parecer que rechaza una inducción en tales casos³⁷. La formulación frecuentemente usada de que la inducción presupondría un "contacto espiritual" o un "influjo espiritual" no es, por cierto, idónea para fundamentar la impunidad³⁸. Pues ni en el ejemplo del adulterio ni en el del arreglo de situaciones provocadoras del hecho (como en el ejemplo de la billetera) faltan un influjo espiritual [psíquico]. Una decisión para el hecho sólo puede conseguirse a través de la psique del autor, es decir por la vía del influjo psíquico. Pero lo que correctamente tiene que exigirse para la inducción es más que esto: a saber una colusión entre el inductor y el autor, una incitación dirigida al objetivo a través del inductor, tal como también se había

³⁷ JAKOBS, AT, cap. 22, n. marg. 21 y ss.; JESCHECK, cap. 64 III, 1; D. MEYER, "Das Erfordernis der Kollusion bei der Anstiftung", 1973, p. 7, 100 y ss.; el mismo autor, JuS 1970, p. 529 y ss. (530); OTTO, JuS 1982, p. 557 y ss. (560); ROGALL, GA 1979, p. 11 y ss. (12); SCHMIDHÄUSER, AT, 2ª ed., 1975, cap. 14, n. marg. 104; CRAMER, en Schönke/Schröder, "StGB", 24ª e., 1991, cap. 26, n. marg. 7; SCHUMANN, igual que nota 8, p. 52 y ss.; STEIN, igual que nota 13, p. 271; STRATENWERTH, AT, n. marg. 881; WELZEL, "Das Deutsche Strafrecht", 11ª ed., 1969, cap. 16 II 1; WESSELS, AT, 22ª ed., 1992, cap. 13 IV 4a.

³⁸ En tal medida es acertada la crítica de SAMSON en "SK-StGB", 1985, art. 26, n. marg. 5 y BLOY, igual que nota 13, p. 329.

presupuesto antes para el art. 49a, primer párrafo (actualmente art. 30, primer párrafo) en el texto legal³⁹.

Sólo tal incitación puede ser juzgada como ataque al bien jurídico, pues las informaciones y situaciones que pueden motivar a acciones punibles forman parte de las experiencias cotidianas de cualquier persona. Sea que tales "situaciones tentadoras" ocurran casual o intencionalmente: por la reacción a ello es responsable solamente cada uno, sin que se pueda participar de ella a un inductor. Luego, debe rechazarse una inducción⁴⁰. Pues falta, tal como con razón dice FRISCH⁴¹ "el claro contenido de sentido de una acción dirigida a ocasionar la resolución delictiva".

Aquí también se oculta el auténtico núcleo del criterio de solidarizarse desarrollado por SCHUMANN. Él dice acertadamente sobre la acción de arreglar las cosas para crear una situación que posibilite el hecho⁴²: "Pero, puesto que a diferencia del persuadir, el hombre de atrás no presenta el contenido de sentido de un solidarizarse con el hecho provocado, éste puede aquí retraerse al punto en que sería cuestión del otro cómo tenga que reaccionar a dicha tentación". De manera correcta SCHUMANN extiende el rechazo a una inducción también a determinadas "influen-

³⁹ Por el contrario, se va demasiado lejos cuando PUPPE - en: GA 1984, p. 101 y ss (112-114)- y JAKOBS (AT, cap. 22, n. marg. 22) exigen casi una dependencia de parte del autor del inductor. Empero, no se hará el seguimiento de esto, pues ambos autores exigen igualmente una incitación dirigida al objetivo (e incluso más).

⁴⁰ Por el contrario, a favor de la inducción, aparte de los mencionados en la nota 38: BHG, GA 1980, p. 184; BLEI, AT, 18ª ed., 1983, cap. 79 II 2; DREHER/TRÖNDLE, "StGB", 45ª ed., 1991, cap. 26, n. marg. 3; HERZBERG, igual que nota 17, 4. parte, II 2 b; LACKNER, "StGB", 19ª ed., 1991, cap. 26, n. marg. 2; WIDMAIER, JuS 1970, p. 242 y s.

⁴¹ "Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges", 1988, p. 343 y s.

⁴² Igual que nota 8, p. 52.

cias ideales" [378->], "así, p. e., cuando, mediante informaciones sobre hechos exitosos de otros o exponiéndole la posibilidad de enriquecerse mediante un delito, el autor principal es llevado dolosamente a la idea y a la resolución de cometer un hecho correspondiente". En caso contrario se tendría que prohibir de plano las informaciones sobre delitos, pues siempre pueden incitar a la imitación. Terminológicamente, por cierto, el concepto de "solidarizarse" no expresa de manera cabal lo correctamente reconocido. Pues uno se solidariza, según el lenguaje cotidiano, con la resolución ya adoptada de otro, mientras que el inductor recién tiene que ocasionar esta resolución mediante una incitación (sea expresa o implícita) dirigida al objetivo. Precisamente en ello consiste el ataque independiente al bien jurídico, que caracteriza el injusto de la inducción más allá de la causación accesoria.

5.- LA COMPLICIDAD PRESUPONE UNA REFERENCIA DELICTIVA DE SENTIDO

También la complicidad tiene un desvalor que va más allá de la causación accesoria. Esto se muestra primeramente en la necesidad de un incremento del riesgo provocado por la complicidad⁴³. Además se presenta en el problema todavía poco aclarado, pero por lo menos cada vez más reconocido de las "acciones cotidianas", de las „acciones neutrales"⁴⁴. ¿Es una complicidad punible cuando alguien vende a un hombre un destornillador, sabiendo que lo quiere utilizar para un robo con fractura⁴⁵? JAKOBS y

⁴³ Al respecto ROXIN, LK, 11ª ed., 1993, cap. 27, n. marg. 4 y s.

⁴⁴ Comp. lo más reciente en JAKOBS, ZStW 89 (1977), p. 1 y ss.; el mismo autor en AT, cap. 24, p. 13 y ss.; SCHUMANN, igual que nota 8, p. 54 y ss.; FRISCH, igual que nota 41, p. 295 y ss.; ROXIN, LH a Tröndle, 1989, p. 177 y ss.; MEYER-ARNDT, Wistra 1989, p. 281 y ss.

⁴⁵ El ejemplo es empleado por JAKOBS, ZStW 89 (1977), p. 20, y es adoptado por SCHUMANN, igual que nota 8, p. 54 y ss.

SCHUMANN no están de acuerdo con esto. Para JAKOBS⁴⁶ “los usuales negocios de intercambio de la vida diaria” no pueden fundamentar una complicidad punible “si la acción delictiva no se vuelve un sentido de acción común”. Para SCHUMANN una complicidad punible presupone que el cómplice “se solidarice con el hecho del otro, es decir, que de manera reconocible se ponga de parte del injusto”. En nuestro ejemplo faltaría ello.

Este resultado no me es muy claro. Pues si el comprador comunica al vendedor cómo quiere utilizar el destornillador, tampoco desde la perspectiva de nuestros dos autores puede discutirse plausiblemente la existencia de una complicidad punible. Pero ¿por qué debería depender la punibilidad de si el cómplice ha conocido el plan delictivo a través del propio autor o a través de un tercero o espiando al autor? Aun cuando el [379->] autor no sabe que ha sido descubierto, ello no cambia nada que, bajo un juicio objetivo, aquel que proporciona un instrumento para el robo sabiendo para qué éste será utilizado, “se pone de lado del injusto” y tiene que hacerse imputar el “sentido delictivo de acción” de la conducta del autor. Mediante su acción de promoción ejerce de manera mediata un ataque al bien jurídico. Nada cambia el hecho de que el autor no lo haya reconocido como cómplice doloso, puesto que la complicidad no presupone que el autor también se dé cuenta de la ayuda que objetivamente se le está proporcionando.

No obstante, la concepción desarrollada desde diferentes perspectivas por JAKOBS y SCHUMANN contiene la correcta idea fundamental (sólo que extendida en su campo de aplicación), de que no basta para la complicidad

⁴⁶ AT, cap. 24, n. marg. 17.

una promoción causal, sino que tiene que agregarse una “referencia delictiva de sentido” que recién haga de una conducta neutral un ataque al bien jurídico⁴⁷. Si alguien encarga trabajos a un técnico sabiendo (o incluso habiendo sido informado) que comete fraude fiscal, promueve la comisión de un delito e incluso lo posibilita recién con su acción. Pero no comete una complicidad punible porque el encargar trabajos a un técnico también sigue siendo ilimitadamente razonable para ambas partes y para un juicio objetivo, si el técnico paga correctamente los impuestos⁴⁸. El encargo del trabajo a un técnico no tiene ninguna relación delictiva de sentido; únicamente el técnico y no el cliente ataca al Derecho tributario. Por el contrario, en el caso del destornillador, la entrega de la herramienta servía exclusivamente para un fin delictivo y por ello debe ser juzgada como un ataque mediato al bien jurídico.

Por otro lado, la provisión de materiales a un fabricante, quien al fabricar sus productos atenta continuamente contra disposiciones protectoras del ambiente, tampoco es una complicidad punible en los correspondientes delitos si da el caso que el proveedor conoce las acciones delictivas de su cliente. Pues la provisión de materiales sigue siendo ilimitadamente razonable aun en caso de un procesamiento respetuoso del ambiente, y por ello no tiene ninguna “relación delictiva de sentido”. Quien, sin embargo -para traer todavía a colación un ejemplo contrario- como taxista y por el precio usual lleva a los delincuentes al lugar de los hechos o los recoge de allí, se hace culpable de una complicidad punible si conoce la finalidad para la que sirven sus

⁴⁷ Más sobre la problemática general en ROXIN, LK, 11ª ed. 1993, cap. 27, n. marg. 16-22.

⁴⁸ Acertadamente en este sentido, MEYER-ARNDT, Wistra 1989, p. 281 y ss; allí también se encuentran más referencias instructivas de la literatura y jurisprudencia.

viajes⁴⁹. Pues sus viajes no hubieran tenido ningún sentido para los autores sin los delitos para los que sirven de apoyo, y ellos no se hubieran realizado.

[380->]

Estos son -en un resumen recortado a manera de un esbozo- los presupuestos de un ataque al bien jurídico como complicidad punible cuando el cooperador *sabe* que su hacer tiene un influjo promotor de una conducta delictiva. Si él no lo sabe, sino solamente cuenta con ello, o sea que no actúa con *dolus directus* sino con *dolus eventualis*, entonces rige el principio de confianza, de manera que cualquiera debe en principio confiar en que los demás no cometerán acciones punibles. Luego, quien vende un destornillador o incluso un cuchillo y, sin un saber concreto cuenta con que el comprador de apariencia poco confiable, podría cometer con ellos acciones punibles, no se hace punible por complicidad si esto realmente ocurre. Pues, dado que se puede abusar de casi todos los objetos para cometer delitos, ya no sería posible una vida normal si uno tuviera que contar con ello desde el principio. Aquí recién se presenta un ataque al bien jurídico, punible como complicidad, cuando el cooperador permite que ello suceda pese a una *reconocible inclinación hacia el hecho* del autor potencial⁵⁰, es decir cuando p. e. aquél cede al pedido y entrega un cuchillo al participante en una pelea sangrienta que tiene lugar precisamente frente a su tienda⁵¹.

⁴⁹ Así también BGHSt. 4, 107; en favor de la impunidad en ambos casos, JAKOBS, AT, cap. 24, n. marg. 17.

⁵⁰ Al respecto con más detalle, mis "Observaciones sobre la prohibición de regreso", LH a Tröndle, 1989, p. 177 y ss. [ver aquí el segundo artículo]. Allí se tratan los problemas confrontando las opiniones divergentes y similares y tomando como ejemplo la imputación culposa; pero para el *dolus eventualis* no rige algo distinto.

⁵¹ Comp. sobre este ejemplo HERZBERG, "Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip", 1972, p. 315.

Sobre todo esto se necesita trabajar más en los detalles. Pero en este resumen se puede renunciar a ello, porque también un tratamiento diferente de esta o de aquella constelación de casos no cambiaría en nada el reconocimiento -que es el que aquí importa- de que la complicidad no se agota con la causación de una lesión accesoria al bien jurídico, sino que tienen que adicionarse criterios independientes que hagan aparecer una causación como un ataque al bien jurídico.

III.- EL ATAQUE AL BIEN JURÍDICO Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

La concepción aquí defendida, según la cual el fundamento penal de la participación puede ser caracterizado como "ataque al bien jurídico mediante causación accesoria", es una "teoría mixta" que estructura el injusto de la participación a partir de elementos independientes y derivados. En contra de ello podría objetarse que de la ley solamente resulta el principio de accesoriedad, pero no la necesidad de un propio ataque al bien jurídico. Así p. e. dice KELLER⁵² que debería [381->] "extraerse de la regulación de la accesoriedad que el ataque del hecho al bien jurídico fundamenta el injusto de la participación, luego éste no presupone que el partícipe emprenda un propio ataque al bien jurídico". Se podría decir ampliamente que el criterio del "ataque al bien jurídico propio del partícipe" reuniría soluciones para diferentes problemas que, en tanto fueran reconocidos, también podrían ser sometidos cada uno de ellos a un juicio especial sin referencia a un adicional fundamento penal de la participación.

⁵² Igual que nota 7, p. 172.

A esto hay que replicar que en la elaboración de los elementos independientes del injusto de la participación se trata de hacer fructífera para la imputación a la participación la teoría de la imputación objetiva, que ha sido mayoritariamente desarrollada con el ejemplo del hecho del autor. La condición necesaria (aunque no suficiente) de la imputación a la participación es, efectivamente, la causación accesoria de un hecho del autor (sea consumado o tentado), típico y antijurídico. En esto la causación es el criterio general y su accesoriedad, el criterio de imputación específico de la participación. Pero al igual que para la imputación al autor, para la imputación al partícipe también debe adicionarse a la causalidad (accesoria) su basamento de una creación de peligros legalmente desaprobados. Aquí juegan un papel considerable criterios no-accesorios, propios del partícipe:

Allí donde no se protege un bien jurídico frente al partícipe, o sea donde éste no puede en absoluto atacar al bien jurídico de manera penalmente relevante (II, 1), le es imposible al partícipe la creación o el incremento de un peligro jurídicamente desaprobado para su persona, de manera que se excluye una imputación de participación, pese a que ella se produce para la autoría. Allí donde el partícipe, a diferencia del autor, puede ciertamente atacar el bien jurídico típicamente protegido, pero no quiere hacerlo (II, 2, 3) e incluso frecuentemente toma medidas para que no sea afectado, nuevamente no se crea ni incrementa, o por lo menos no dolosamente, un peligro para el bien jurídico, de manera que por este motivo debe abstenerse de una imputación a la participación (a diferencia de una a la autoría). Finalmente, donde pese a una causación dolosa del resultado típico falta una incitación dirigida al fin (II, 4) o una relación delictiva de sentido (II, 5), la conducta del cooperador permanece en el marco del riesgo legalmente tolerado y por ello no es

imputable a la participación por falta de una creación o incremento del riesgo no permitido⁵³.

Todos los casos nombrados representan, entonces, solamente traslaciones de la teoría de la imputación objetiva a la participación. Su resumen dentro de la exigencia de "ataque al bien jurídico" es recomendable porque, según los arts. 26 y 27, sólo existe una participación dolosa y la creación dolosa de un peligro no permitido es acertadamente nombrada con la designación de "ataque". [382->] Seguramente también pueden tratarse por separado las constelaciones problemáticas explicadas, tal como mayormente ha sucedido hasta ahora, en tanto se las ha tenido en cuenta. Pero constituye precisamente la tarea de la dogmática sistematizadora su integración resumida en la teoría de la imputación objetiva y su referencia básica al fundamento penal de la participación.

BLOY⁵⁴ ha anunciado tener "ciertas reservas contra la concepción de ROXIN... según la cual la participación, como ataque accesorio al bien jurídico, no debiera ser explicable exclusivamente desde el principio de accesoriedad". Si bien este autor opina: "Ciertamente debe darse la razón a Roxin en la medida en que el concepto por él acuñado del 'ataque accesorio al bien jurídico' es de lo más idóneo como cifra para las estructuras preponderantes de imputación que fundamenta la punibilidad del partícipe". Y BLOY también está de acuerdo conmigo en la diferenciación "entre elementos que el partícipe debe realizar en su propia per-

⁵³ Comp. sobre los últimos grupos de casos especialmente también FRISCH, igual que nota 41, p. 333 y ss., 295 y ss.

⁵⁴ Igual que nota 13, p. 253, 252, sobre mis anotaciones acerca del fundamento penal de la participación en la 10ª ed. del Leipziger Kommentar, 1978, com. previo art. 26, n. marg. 1 y ss.

sona y aquellos que le son imputados con motivo de la relación de la participación y el injusto penal". Pero él está en contra de un "dualismo de principios". El autor y el partícipe ejercerían ambos un "ataque al mismo bien jurídico". "Pero si se trata de un presupuesto de imputación, no puede designarse con ello el injusto de la participación" de manera especial.

Frente al consenso existente, esto es en el fondo más bien una disputa sobre palabras, pero sirve para aclarar las cosas. Evidentemente también el autor doloso practica un ataque al bien jurídico. Cuando se exige al partícipe un *propio* ataque al bien jurídico, solamente se afirma que el ataque del autor no siempre es un ataque al bien jurídico del cooperador accesorio. Entonces, la exigencia de un propio ataque al bien jurídico dice solamente que en el injusto de la participación hay elementos accesorios y no accesorios. Pero esto no puede discutirse si se siguen mis resultados.

Con esto habríamos concluido este trabajo realizado con el afectuoso reconocimiento de siempre por el 70mo. cumpleaños de los muy apreciados colegas Walter Stree y Johannes Wessels, ¡los grandes promotores de la dogmática penal!