

**AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ¿ES NECESARIA UNA NUEVA
TEORÍA DE LA INTERVENCIÓN?**

Luis Gustavo Guillermo Bringas

Sumario: **I.** Introducción **II.** La evolución dogmática hasta la teoría del dominio del hecho **III.** Fundamentos de la participación delictiva **1.** Teoría de la participación en el ilícito y el principio de accesoriedad **2.** Teoría de la causalidad **A.** Tesis de Jakobs **B.** Tesis de Lesch **C.** Tesis de Robles Planas **3.** Teoría del injusto único de intervención delictiva **IV.** Crítica a la posición del Tribunal Constitucional sobre la intervención delictiva

I. INTRODUCCIÓN

Hace ya buen tiempo que el TC viene dictando sendas resoluciones en materia penal-constitucional, bajo el entendido que como supremo intérprete de la Constitución debe suministrar líneas claras en cuanto al sentido y alcance de ciertas normas, principios o institutos dogmáticos. Esta labor no está exenta de críticas, por cuanto si bien nadie duda que toda labor jurisdiccional está vinculada y sujeta a la Constitución, todos los conceptos y definiciones que establece el TC, en ramas tan especializadas como el derecho penal o procesal penal no deben ser

aceptados incondicionalmente. De lo contrario, habría que convencernos que los miembros del TC son seres omnipotentes, una suerte de dioses a los que cualquier especialista del derecho debe recurrir para tener certeza acerca de si los conceptos con los que trabaja diariamente son legítimos o válidos, puesta que, según el TC, las categorías, por ejemplo, del derecho penal, solo tienen legitimidad en tanto sean conceptos seguidos de la palabra constitucional, es decir, existiría un concepto de acción-constitucional, culpabilidad-constitucional, pena-constitucional e inclusive de intervención delictiva-constitucional.

Con miras a analizar esta temática, estudiaremos la sentencia N° 1805-2005-HC/TC, Lima, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005. Si bien en esta resolución se abordan temas referidos a los plazos de prescripción, a la detención domiciliaria, al conflicto de leyes en el tiempo y a las formas de intervención delictiva, nos circunscribiremos a estudiar solo este último tópico. En este punto, como ya se verá en detalle más adelante, el TC toma partido por una determinada posición doctrinal acerca de la intervención delictiva, definiendo quién es autor y quién es partícipe. Con este fin, se afilia a la teoría del dominio del hecho, según la cual, por un lado, es autor quien ostenta dominio sobre el resultado del hecho, y, por otro, es partícipe quien contribuye con el actuar del denominado autor, sin tener dominio del hecho. Asimismo, el TC se pronuncia acerca del fundamento de la responsabilidad penal del partícipe, afirmando que este responde por brindar un aporte accesorio al autor, para la realización del hecho punible. Con esto el TC no hace más que recoger una posición doctrinal de larga tradición, que incluso es doctrina ampliamente mayoritaria tanto en nuestro país, como en los países de nuestra órbita cultural, y que, además, ha servido de fundamento para todos los pronunciamientos judiciales de los últimos años.

Por ello, en el presente trabajo explicaremos que la tesis asumida por el TC, aun siendo ampliamente mayoritaria, viene siendo seriamente cuestionada, y trataremos de persuadir al lector —seguramente aferrado al peso de la tradición— de que, respecto a la intervención delictiva, no es cierto que solo el autor domine el hecho, que entre este y el partícipe no existe diferencia cualitativa alguna, que todos los competentes responden por un injusto único y que, en todo caso, el quantum de pena que merezca cada uno de los intervinientes depende de la relevancia normativa de su aporte; quien tenga un mayor dominio del riesgo típico merecerá más pena que aquel cuyo dominio es menor. Para lograr este objetivo, primero, esbozaremos el estado actual de la teoría de la autoría y de la participación, con minúsculas referencias históricas (para lo cual incluso se obviarán en lo posible notas al pie) y, posteriormente, con mayor detalle, analizaremos las diversas tesis doctrinales acerca del fundamento de la participación delictiva, y, finalmente, confrontaremos nuestros resultados con la sentencia bajo comentario.

II. LA EVOLUCIÓN DOGMÁTICA HASTA LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Cuando la dogmática decidió elaborar una teoría de la intervención delictiva se partió de la constatación de que el hecho delictivo, en la mayoría de las veces, era cometido por una pluralidad de sujetos, y no solamente por uno. Si los injustos fueran realizados por un autor único, una teoría de participación delictiva carecería de utilidad. Dicho esto, expondremos sucintamente la evolución de la teoría de la participación, desde el concepto unitario de autor hasta el concepto diferenciado, restringido, en el que predominado por décadas la teoría del dominio del hecho.

1. Según el sistema unitario, se califica como autor a todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del delito. Es decir, lo esencial es que la intervención de cada uno de ellos sea causa del resultado delictuoso¹. Tampoco se diferencia entre los aportes causales de los intervinientes, pues se considera a todos equivalentes respecto del resultado. Por lo tanto, todos los participantes tienen igual responsabilidad penal. Así las cosas, es claro que el concepto unitario de autor fue abandonado porque se asentaba sobre la base de una filosofía positivista, conforme a la cual los actos humanos deben entenderse como meros actos mecánicos, sin diferencia sustancial con los acontecimientos de la naturaleza. A ello hay que agregar que antiguamente regía un concepto causal de acción, de modo tal que todo movimiento corporal que producía una modificación en el mundo externo, era una conducta de interés para el derecho penal. Así, bastaba que un sujeto realice cualquier tipo de prestación causal para la realización del hecho punible, para ser considerado autor; incluso con prescindencia del elemento subjetivo.

2. Como criterio tan amplio, de considerar a todos como autores, resultaba reñida con la idea de justicia y racionalidad, había que buscar una teoría con mejores soluciones. En tal sentido, se comenzaron a esbozar teorías diferenciadoras que buscaban criterios para distinguir entre los sujetos principales (autores) y otros secundarios (partícipes), respecto del hecho punible. En esta línea, la dogmática penal utilizó el concepto extenso de autor y el concepto subjetivo, y comprendió que, si bien desde el punto de vista objetivo, es autor todo aquel que ha contribuido causalmente al mismo, era necesario apoyarse en el elemento subjetivo para marcar una barrera entre autores y partícipes. Para esto, los defensores de esta tesis se apoyan en un concepto especial de dolo, en una específica «voluntad

1 Hurtado Pozo, José 2005: 853.

de ser autor (*animus auctoris*)» que permitía distinguir al autor del partícipe, que solo actuó con «*animus socii*»².

3. Posteriormente, como concepto restrictivo de autor, se elaboró la teoría objetivo formal, conforme a la cual es autor quien realiza el verbo rector del tipo penal y quien contribuye de manera distinta, pero causal, es partícipe. Por tanto se afirma que autor es quien ejecuta la acción expresada por el verbo típico³. A esta teoría se le critica que no logra explicar casos tanto de coautoría como de autoría mediata. Así, no puede explicar correctamente el significado de la coautoría, porque, por ejemplo, quien sujeta a una persona para que otro le aseste una puñalada y le haga perder la vida, no realiza, en rigor, el verbo típico de matar, acción que solo realiza el otro sujeto. Sin embargo, es evidente que quien realiza una acción, como la descrita, merece también tener la calidad de autor y no solo la de partícipe. En cuanto a la autoría mediata, la teoría objetivo formal tampoco explica satisfactoriamente los diversos casos que pueden presentarse; y ello porque precisamente es característica de esta forma de autoría que quien tiene dominio del hecho no realiza directamente la ejecución del hecho, y, por tanto, no realiza el verbo rector del tipo penal, sino que quien lo realiza, por el contrario, es un intermediario.

4. Así mismo, también en el ámbito de las teorías restrictivas, se elaboró la teoría objetivo material, según la cual la calificación de autor depende del aporte objetivo que se realiza respecto del hecho punible. Además, se distinguían entre «causa» y «condición», de tal forma que quien pone la causa es autor y quien aporta una condición es cómplice. No obstante, es claro que el punto de partida de esta teoría es errado, pues no pueden existir diferencias a nivel natural entre causa y condición, esto es, una conducta es causal o no, pero no existen grados de causalidad.

5. Ante los problemas de las teorías subjetivas y objetivas —tanto formal como material— surge la teoría del dominio del hecho. Esta teoría, cuya máxima expresión fue consolidada en 1963 por Claus Roxín, es la tesis que puede considerarse como dominante, incluso hasta la actualidad. A efectos del presente trabajo, es importante mencionar que siendo la teoría del dominio del hecho expresión de un sistema diferenciador, marca una pauta fundamental para establecer quién es autor y quién partícipe. En lenguaje sencillo se puede afirmar: autor es quien tiene el dominio del hecho, y quien no tiene ese dominio, pero colabora con él o determina a otro a realizarlo, solo es partícipe. Asimismo, es fundamental tener presente que para esta teoría el autor realiza el hecho principal (injusto) y

2 Muñoz Conde/García Arán 1998: 480.

3 Vid. Bacigalupo Zapater 2004: 463.

la contribución del partícipe es solo accesoria. En virtud de ello, es evidente que para poder imponer una sanción al partícipe tiene que existir un hecho delictivo realizado por un autor, respecto del cual aquel solo ha colaborado. Con lo dicho, brevemente, deben quedar dos ideas claras: por un lado, que siendo el partícipe un sujeto secundario, que solo accede al hecho principal por la conducta de un tercero (autor), se necesita de un principio de accesoria; y, por otro, que para esta teoría existe una diferencia cualitativa entre autor y partícipe: el primero domina el hecho, el segundo no.

III. FUNDAMENTOS DE LA PARTICIPACIÓN DELICTIVA

En la doctrina moderna y aún dominante, donde impera el sistema diferenciador y restrictivo de autoría, se aprecia primero que la realización del tipo penal de cualquier delito y, por ende, la respectiva defraudación a la expectativa normativa que contiene, solamente es atribuida al autor, por ser quien ha dominado el hecho. Segundo, que la intervención de los otros sujetos que aportaron o contribuyeron de alguna forma al delito, pero que no dominaron el hecho, son responsables solo debido a las cláusulas de extensión del tipo penal contenidas en los arts. 24 y 25 CP, que regulan la participación⁴. En lo que sigue señalaremos las bases teóricas sobre esta institución de la dogmática penal.

En la doctrina clásica, se distinguen dos teorías generales sobre el fundamento de la participación. La primera es la teoría de la corrupción o de la culpabilidad, de acuerdo a la cual el partícipe es responsable penalmente por haber convertido al autor en criminal. Básicamente se sanciona al partícipe por haber corrompido a una persona, o, también, haber contribuido a que el autor se convierta en culpable⁵. Debido a esta última afirmación, también se le conoce como teoría de la participación en la culpabilidad. Así, pues, el acto de participación principalmente se desvalora por haber incidido en la psique del sujeto o en su culpabilidad —categoría donde tradicionalmente eran ubicados todos los elementos subjetivos del delito—. Si este planeamiento es comprendido con mayor facilidad en cuanto a la instigación, no sucede lo mismo respecto a la complicidad, en la que lo determinante es el aporte en el hecho y no en la culpabilidad del autor. Además, otro inconveniente es que para determinar la responsabilidad jurídico penal del partícipe se necesitaría que el autor tenga capacidad de reproche o culpabilidad,

4 Así, por ejemplo, en España, Bacigalupo Zapater 1996: 200; y López Barja de Quiroga 1994: 139. En Perú, Peña Cabrera 1995: 315, Villavicencio Terreros 2007: 493; Bramont-Arias Torres 2000: 327; y Hurtado Pozo 2005: 886.

5 Vid., López Barja de Quiroga 1994: 138.

lo que requiere un mayor grado de exigencia en los requisitos del hecho principal. Requisitos que en realidad no tendrían que ser impedimento alguno para la responsabilidad de un tercero, pues los elementos que se ubican en el ámbito de la culpabilidad son propios de cada persona; es decir son de índole subjetiva —referida al sujeto—⁶. Por ello, la dogmática penal contemporánea ha dejado de lado la teoría de la corrupción. En este contexto, y en contraposición aparece la segunda de las teorías, denominada Teoría de la colaboración o del favorecimiento. Conforme a esta teoría se deja de lado la idea de que la responsabilidad penal del partícipe se fundamenta en un acto corruptor sobre la culpabilidad del autor. Por el contrario, se considera que el injusto de la participación radica en la colaboración o favorecimiento al hecho del autor. De esta manera, se erige una relación entre el hecho del autor, como hecho principal, y el hecho colaborador o favorecedor del partícipe. Con esto, el plano subjetivo ya no es más el ámbito en el que hay que tratar la participación, sino más bien, en el ámbito objetivo. La doctrina moderna, en su mayoría, se ha decantado por esta última teoría y aunque en estudios posteriores se hayan dado variantes sobre el particular⁷, su núcleo se mantiene incólume.

Sin embargo, gracias al desarrollo del criterio de la imputación objetiva y su aplicación en el ámbito de la tipicidad, se están presentando nuevos virajes dentro de la teoría de la participación delictiva. Así, esta es redefinida y fundamentada de otra manera. Es así que se habla del injusto único de intervención delictiva. Por esto, resulta indispensable, antes de avanzar más en el análisis, revisar mejor las posiciones doctrinales.

1. Teoría de la participación en el ilícito y el principio de accesoriedad

Desde la visión moderna de la participación delictiva, esta se fundamenta en la colaboración o contribución a un hecho ajeno, el del autor. Ahora bien, según esta teoría, la relación entre el hecho del autor y del partícipe es de naturaleza dependiente o accesoría. Por lo que, en materia de participación rige el principio de accesoriedad⁸. Esta accesoriedad implica reconocer que la razón del desvalor jurídico penal del

6 Vid., respecto a los cuestionamientos a esta teoría, López Barja de Quiroga 1994: 138, afirma que no se puede aceptar esta teoría en virtud del Principio de culpabilidad. De igual parecer, Bacigalupo Zapater 1996: 200.

7 Por ejemplo, Roxin 2000: 378 ss, 397, defiende su teoría del «ataque al bien jurídico» y asume expresamente una posición «mixta» respecto a las teorías de la participación dentro de la genérica teoría de la causación.

8 Un estudio sobre su origen y evolución hasta el estado actual, en donde se relativiza la antes sostenida dependencia absoluta, Cfr., por todos, Peñaranda Ramos 1990.

acto del partícipe radica en el correspondiente desvalor del hecho del autor, como acto que lesiona directamente el bien jurídico tutelado por una disposición penal. De esta manera, no puede haber responsabilidad del partícipe sin la intervención del autor: accesoriadad = dependencia⁹.

La cuestión que surgió en torno a este planteamiento fue la del grado de dependencia que abarca la accesoriadad o, dicho de otro modo: cuánto y en qué forma depende la participación del hecho principal. Al respecto, se afirma unánimemente que la accesoriadad admite dos tipos de dependencias: dependencia del grado de realización del hecho del autor y dependencia de los elementos analíticos del delito. Parte de la doctrina¹⁰ utiliza como términos sinónimos de los señalados: la accesoriadad cuantitativa y la accesoriadad cualitativa, respectivamente. Por nuestra parte preferimos hacer uso de los últimos por razones de brevedad.

Por accesoriadad cuantitativa se entiende que el hecho principal debe, como mínimo, haber alcanzado el nivel de la tentativa, es decir, encontrarse en actos ejecutivos, caso contrario estaríamos ante hechos irrelevantes para el derecho penal (actos preparatorios). Mientras que en la accesoriadad cualitativa, la punibilidad del partícipe depende de la presencia de ciertas exigencias sobre los elementos constitutivos del hecho del autor y no relacionadas con la ejecución del mismo. En este sentido, se han manifestado en doctrina diversas posiciones en función que se exijan más o menos elementos del delito. Así tenemos los casos de

Accesoriadad mínima: el hecho principal deber ser solo típico.

Accesoriadad limitada: el hecho principal deber ser típico y antijurídico.

Accesoriadad máxima: el hecho principal deber ser típico, antijurídico y culpable.

Hiper accesoriadad: el hecho principal deber ser típico, antijurídico, culpable y punible.

La doctrina moderna se ha decantado en su totalidad por la tesis de la accesoriadad limitada. Y ello es así porque aceptar la accesoriadad mínima sería debilitar las consecuencias de todo acto justificado por el derecho¹¹. Así pues, se tendría que penar como cómplice al que colaboró en un acto de legítima defensa. Además, desde la perspectiva de un Estado de libertades, la culpabilidad es individual y

9 Esta fórmula es reconocida por la doctrina mayoritaria. Por ejemplo, Jescheck 1993: 596; Bacigalupo Zapater 1996: 201; López Barja de Quiroga 1994: 143 y Muñoz Conde/García Arán 1998: 488; Peña Cabrera 1995: 315, Villavicencio Terreros 2007: 492; Hurtado Pozo 2005: 885 ss.; y Bramont-Arias Torres 2000: 328.

10 Así, López Peregrín 1997: 59-79; Peña Cabrera 1995: 317ss; y Villavicencio Terreros 2007: 498 ss.; y García Caveró 2008: 583-586.

11 Cfr. García Caveró 2008: 584.

determinable en cada uno de los intervinientes en un evento criminal, y, por tanto, no puede hacerse depender la culpabilidad del partícipe de los elementos que constituyen el reproche penal del autor¹². Finalmente, tampoco se puede aceptar el último de los tipos de la accesoriedad, puesto que se refiere a elementos que modifican la responsabilidad penal en virtud a ciertas circunstancias o condiciones que la ley penal expresamente prevé como agravantes y atenuantes, las que solo influirán en los sujetos en los que concurran, mas no en todos. En otras palabras, también estamos frente a elementos que atañen a la responsabilidad individual. Con esto, no cabe duda que la accesoriedad limitada es la tesis menos objetable, ya que hace depender necesariamente de las cosas que pueden ser comunes o compartidas en toda intervención delictiva para el derecho penal: la tipicidad y la antijuricidad. Dicho de otro modo, lo único que se puede exigir que exista en común entre el sujeto que domina el hecho y el que no lo domina, para que sea responsable indirectamente por aquel, es que se realice un hecho típico y antijurídico. Así pues, el hecho principal, cualitativamente hablando, debe ser un injusto.

A decir de Enrique Bacigalupo, esta teoría resulta la más adecuada¹³ para fundamentar de lege lata la punibilidad de la participación. La misma opinión se recoge a nivel nacional, tanto en la doctrina¹⁴ como en la jurisprudencia¹⁵.

A pesar de la aceptación mayoritaria de esta tesis, no deja de ser objeto de críticas. Así, hay que considerar que en un Estado de derecho y, también, por supuesto, de libertades, no se puede dejar de lado el hecho de que todo acto y sus respectivas consecuencias son imputables de forma individual. Es decir que cada uno es responsable jurídico penalmente por su propio hecho y no por el de otro. Y es precisamente sobre esto que se asienta el principio de autorresponsabilidad en derecho penal. Así pues, desde esta perspectiva, es inevitable reconocer que la tesis de la participación en el hecho ilícito, cuya lógica consiste en que la responsabilidad jurídico penal a título de participación radica en la intervención en el hecho de otro (el autor), no es compatible con el mencionado principio¹⁶. Si aceptamos esta incompatibilidad, solo queda rechazar esta tesis de participación,

12 García Cavero 2008: 584.

13 Bacigalupo Zapater 1996: 2001. Así también, Peña Cabrera 1995: 316, la reconoce como adecuada.

14 Por todos, Hurtado Pozo 2005: 885-889.

15 Por ejemplo, en la justicia ordinaria, R.N. N° 64-99, R.N. N° 5163, R.N.N° 2924-99; y, en la justicia constitucional, Exp. N° 1805-2005-HC/TC, fundamentos 34° y 35° (precisamente el caso que comentamos).

16 Así, Reaño Peschiera 2005: 193 ss.

pues no pueden defenderse construcciones dogmáticas que se alejen de los principios que inspiran al derecho penal contemporáneo.

2. Teoría de la causalidad

Una variante de la teoría del favorecimiento es la llamada teoría de la causalidad. Según esta teoría, lo importante es el aporte, influencia o contribución que ha tenido el partícipe en el hecho ajeno¹⁷. La punición se funda solo en este acto. Además, se afirma que es el mismo partícipe quien lesiona el bien jurídico¹⁸. Es decir, no existe una dependencia con el hecho principal ajeno, el desvalor y fundamento de la responsabilidad penal del partícipe radica exclusivamente en su aporte, en su hecho. Por lo que la accesoriedad y sus consecuencias resultan innecesarias. En su desarrollo, se han presentado diversas tesis o variantes dentro del mismo esquema de postulados, como la del delito autónomo (Lüderssen, en Alemania), delito de participación (Schmidhäuser, en Alemania) y la del injusto autónomo de participación (Marcelo Sancinetti, en Argentina).

No obstante los esfuerzos de sus promotores y de la lucidez de algunas de sus afirmaciones, estos postulados no han sido muy considerados por la dogmática penal; y esto por dos razones fundamentales. La primera, de orden práctico, esta tesis trae como consecuencia que ya se puede aceptar la responsabilidad penal del partícipe, aun cuando el autor ni siquiera haya empezado la ejecución del ilícito penal (injusto del autor). En otras palabras, solo basta con que el partícipe brinde su aporte para que pueda ser punible su conducta, a pesar de que el autor no ejecute el hecho delictivo. Así pues, no interesa que el delito empiece a ser realizado en su fase de ejecución, o, lo que es lo mismo, no cobra vigencia la accesoriedad, en particular la cuantitativa. La segunda de las razones es de carácter dogmático y se apoya en el hecho de que se está atentando contra el principio de lesividad. Según este principio, solamente pueden generar responsabilidad jurídico penal aquellas conductas que lesionen o pongan en peligro a un interés o bien jurídico penal tutelado. En vista a esto, no se puede aceptar que la intervención del partícipe sea punible tan solo porque realice su injusto propio ya que si el autor no ejecuta su injusto, bajo ningún aspecto se podría aceptar que el solo hecho del partícipe lesione o, al menos, ponga en peligro el interés protegido penalmente. Lo que reafirma que se estaría violentando la máxima dogmática señalada. En suma: su excesiva consecuencia punitiva o aumento de razones de punibilidad,

17 Vid., Bacigalupo Zapater 1996: 200.

18 Cfr., López Barja de Quiroga 1994: 143.

que en «condiciones normales» no produciría imputación alguna, determina que no se le tenga en cuenta en el debate contemporáneo dominante.

No obstante lo dicho líneas arriba, es necesario señalar un efecto positivo que se alcanza con la aplicación de los postulados del injusto autónomo de participación. Este efecto consiste en el respeto al principio de la autorresponsabilidad por el hecho. En un Estado de derecho y de libertades, no cabe otra cosa que admitir que cada cual es responsable, de manera general, de las consecuencias de su propio hecho; lo cual, a su vez, es consecuente con el carácter individual de la responsabilidad penal. Si no se atendiera a tal principio jurídico penal, estaríamos ante una institución ajena a los principios del derecho penal liberal.

3. Teoría del injusto único de intervención delictiva

Las tesis anteriormente expuestas han perdurado de forma emblemática, sobre todo la primera, durante toda la etapa moderna y, en buena cuenta, también, de la contemporánea del derecho penal. Sin embargo, en nuestros días, se muestran nuevas luces en torno al fundamento de la participación delictiva y el término participación adquiere una significación más amplia, al incluir la autoría y los actos de instigación y complicidad. En buena cuenta, resulta mejor emplear el término intervención delictiva. En la doctrina penal, se encuentra aún poco material relativo a estas nuevas luces sobre la intervención delictiva¹⁹, por lo menos en lo que se refiere a textos escritos o traducidos al castellano, no obstante, de seguro, que los estudios irán en aumento.

El elemento protagónico y que constituye la piedra angular sobre la que descansa la teoría del injusto único de intervención delictiva es la imputación objetiva. Como se verá, gracias a este instituto dogmático, el entendimiento de las razones de la atribución de la responsabilidad jurídico penal ha permitido determinar cómo y a quién imputar el injusto. Esto último constituye el aspecto nuclear en el tema de la intervención delictiva.

La dogmática ha sido muy «tímida» al introducir la teoría de la imputación objetiva en el campo de la participación delictiva. Es el caso, por ejemplo, de algunos trabajos de Roxin²⁰ y de López Peregrín²¹. Pero en ambos, mediante la imputación objetiva se valora el comportamiento del partícipe en relación indirecta con el injusto, puesto que, debido al dominante pensamiento jurídico penal,

19 Los referentes, hasta donde se ha podido revisar en la literatura científica, son: en Alemania Jakobs 1997: 796-803; y 1998: 67-89; y Lesch 1995: 15-80. En España, Robles Planas 2003. Y, en Perú, Reaño Peschiera 2005: 191-208; y García Caveró 2008: 582 ss.

20 Roxin 2000: 398ss.

21 López Peregrín 1997: 230-357.

se concebía el hecho del partícipe como accesorio al principal o hecho del autor. En otras palabras, las reglas de la teoría de la imputación objetiva se aplicaban por separado al autor y a los partícipes. Hasta aquí, la lógica de la accesoriedad de la participación se mantiene vigente en sus postulados iniciales.

Posteriormente, Jakobs²² es quien, al poner en primer lugar el empleo de la imputación objetiva²³ antes que de la distinción y repartos de los concretos títulos participativos del delito a sus intervinientes, presenta una nueva estructura relativa a la participación. Estructura en la que confluyen²⁴ tanto la teoría de la imputación objetiva y la teoría de la participación delictiva: la teoría del injusto único de intervención delictiva.²⁵

A. Tesis de Jakobs

Jakobs sostiene que la responsabilidad jurídico penal se fundamenta en el quebrantamiento de roles²⁶, el especial, basado en una institución positiva, y el general de persona o ciudadano, el que se asienta en la institución básica de toda estructura social. Es decir, el *neminem laede* o el sinalagma libertad de organización/responsabilidad por las consecuencias de la organización²⁷. El rol común, en

22 La formulación originaria de Jakobs sobre esta nueva visión del fundamento de la participación la expuso y fundamentó bajo el rótulo: Teoría de la participación en el injusto referida al resultado, en su ya clásico y monumental tratado, 1997: 796 ss; y en donde, aun cuando no desarrolla sus tesis con ayuda a los criterios de imputación objetiva de modo expreso, ya concibe la idea de que el hecho no solo le pertenece al autor, sino que, también, pero en medida distinta, al partícipe.

23 Esto se da por una lógica sencilla. Debido a que, por un lado, la imputación objetiva analiza al tipo del injusto y, por otro, como en el campo de la participación delictiva no se trata de otra cosa que del alcance del tipo a las conductas intervinientes, resulta inexorable el encuentro de ambas categorías jurídico penales.

24 Roxin 2000: 399, mencionó expresamente que constituye tarea para la dogmática penal integrar totalmente la imputación objetiva y la participación delictiva. Tarea que como estamos viendo se está llevando a cabo.

25 López Barja de Quiroga 1994: 140; ubica la tesis sobre la participación de Jakobs dentro de la teoría de la participación en el ilícito. Sin embargo, reconoce la peculiaridad de su fundamentación, basándose sobre todo en su modelo de imputación objetiva. Por su parte, el mismo Jakobs, vide, 1997: 798, afirma: «esta teoría sobre la participación en el injusto referida al resultado se *corresponde*, en sus consecuencias, con la «teoría de la causación orientada a la accesoriedad», propugnada por la doctrina dominante, es decir a una teoría que complementa la causación con la participación en el injusto». El subrayado es nuestro. En la actualidad se prefiere utilizar el título que hemos colocado en esta parte de la monografía por su mayor facilidad en su uso. Así por ejemplo, Reaño Peschiera 2005.

26 Vid., Jakobs 1998: 67.

27 En torno a estas instituciones, fundamentalmente, Sánchez-Vera Gómez-Trelles 2002: 86-105.

su lado positivo, constituye al ser humano en persona en derecho²⁸; en centro de imputación construido normativamente. Desde el lado negativo, mientras tanto, los somete al mandato jurídico elemental negativo: ¡no lesionar a otro! Deber cuya finalidad es mantener una separación entre las distintas esferas de organización de las personas²⁹: respetar un Estado de libertades. Estas afirmaciones constituyen, grosso modo, el esquema de imputación en los delitos de dominio o por competencia de organización³⁰ que debemos explicar para seguir en el tema.

Jakobs considera que es admisible la organización conjunta para llevar a cabo una empresa criminal, empero, esta organización no significa que cada uno realice una propia obra dentro de un marco común, sino, por el contrario, que todos se unan en una sola obra. Puesto que, en definitiva, el campo de la participación consiste en lo que suele denominarse reparto de trabajo: «el trabajo para lograr una obra única se reparte entre varias personas cada una de las cuales aporta su parte»³¹. De este modo, es inexorable una conclusión que vaya en el sentido de que el mismo injusto se tiene que imputar a todos los intervinientes que se organizaron en forma conjunta, a todos les pertenece y a cada uno le es propio³².

Esta última afirmación es el origen del primer cuestionamiento a este planteamiento. La crítica cuestiona que si supuestamente cada uno responde por el injusto propio, cómo puede imputársele al partícipe que no realice un acto ejecutivo —acto que no punible desde el iter criminis—. Ante esto, Jakobs responde que este dilema solo puede ser resuelto considerando que: «quien realiza actos ejecutivos no solo ejecuta su propio hecho, sino el hecho de todos, en cuyo caso, la ejecución es al mismo tiempo su propio injusto y también el injusto de cada uno de los partícipes». Y continúa afirmando que «todos responden exclusivamente de su propio injusto, pero no es cierto que el injusto propio solo pueda ser el injusto realizado de propia mano; tal afirmación llegaría a excluir completamente toda participación en la fase previa»³³. Finalmente, concluye sosteniendo que «quien

28 Jakobs 1998: 68.

29 Jakobs 1998: 69.

30 Para efectos del desarrollo de la teoría del injusto único de intervención, solamente nos referiremos a la participación en los delitos de dominio, o clásicamente denominados «comunes».

31 Jakobs 1998: 70.

32 Jakobs 1997: 796, señalaba en su inicio que «el concepto de autor vincula la responsabilidad a la configuración de la concreta realización del tipo o de la decisión sobre si esta se lleva a cabo; en todo caso, queda una relación estrecha entre el comportamiento del autor y la descripción del delito de la parte especial. En la participación esa relación es más laxa, ya que el partícipe no configura el hecho igual que el autor, ni tampoco decide este como el autor. Por eso, el hecho no es obra suya en la medida en que lo es el autor; pero, desde luego, el partícipe tiene una parte en el hecho, solo que reducida cuantitativamente».

33 Idem, 72.

participa en la fase previa no responde jurídico-penalmente por coproducir el hecho de otro, sino porque el hecho resultante también es suyo»³⁴.

El segundo cuestionamiento que se le puede hacer a este planteamiento es ¿cuándo un hecho resulta ser propio? Para Jakobs, algo es propio «cuando exista una razón para imputar como propio lo sucedido» y no solo en un supuesto de realización de propia mano, lo que sería incurrir en un error naturalístico³⁵. La razón de imputar se basa, y con esto Jakobs entra al plano de los criterios de imputación objetiva del comportamiento, en entender también a un colectivo o unión de varias personas como un destinatario de la imputación. Concibiendo que este colectivo está compuesto por «todas aquellas personas que se hayan organizado de modo tal, que lo organizado objetivamente tenga sentido como para alcanzar consecuencias delictivas; la expresión de sentido de quien realiza actos de ejecución ha de serle imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían»³⁶. Y dentro de este colectivo, se encuentran tanto los inductores como los cómplices y el mismo autor o ejecutor, quién solamente ocupa, en este marco de imputación común, un caso especialmente grave³⁷. En buena cuenta, y a modo de resumen, lo que hace propio un hecho es que sea la expresión de sentido de las consecuencias delictivas producto de una organización defectuosa. La acción del ejecutor tan solo materializa o culmina la expresión de sentido de todo lo organizado por el colectivo y sirve para concretizar la imputación. O, lo que es lo mismo, pero en palabras de Jakobs, «injusto propio es el injusto que es imputable; se le imputa a todo aquel que organiza un contexto con consecuencias objetivamente delictivas [...]»³⁸. A fin de cuentas, se trata de un colectivo que infringe un deber.

De los planteamientos de Jakobs se desprenden dos consecuencias nuevas para la teoría de la participación delictiva. La primera, debido a que se imputa el mismo injusto como consecuencia de la organización conjunta de los intervinientes con sentido objetivamente delictivo, ya no se puede admitir como vigente —o, si se quiere, cuestionable— la accesoriedad cualitativa, según la cual la responsabilidad del partícipe depende del injusto de otro, del autor. La segunda consecuencia es la indudable permanencia en este nuevo sistema de participación de la accesoriedad cuantitativa. La transición del hecho hasta el estadio de ejecución para la concreta determinación de un injusto punible resulta más que necesaria

34 *Idem*, 73.

35 *Idem*, 73.

36 *Idem*, 74.

37 *Idem*, 74.

38 *Idem*, 75.

tanto para la imputación a los intervinientes, lo cual rige para todos los intervinientes, no solo para el cómplice o el inductor, como, evidentemente, también para el propio autor. Es que ya no se analiza cuando un aporte de un individuo cobra relevancia penal, sino cuándo determinadas personas (colectivo) resultan competentes por un riesgo típico, el cual solo adquiere relevancia —para todo el colectivo— con el inicio de la ejecución del hecho.

B. Tesis de Lesch

Heiko Lesch también sostiene la tesis de que el injusto se imputa a todo los que intervienen, sin considerar que el aporte de cualquiera de ellos se haya dado en la fase preparatoria o en la ejecutiva. Los argumentos de este autor alemán se caracterizan por su radicalismo redirigido a alejar a la dogmática penal de toda idea de causalismo y finalismo. Su posición teórica es confesadamente normativista³⁹. Para Lesch, la dogmática tradicional de la intervención delictiva realiza y mantiene una diferenciación de orden cualitativo entre autoría y participación, sobre la base de la idea de que el autor lleva a cabo su hecho específico, injusto que le es propio, pero diferente a de los partícipes⁴⁰. Y, a su vez, esta diferenciación se presenta gracias a la confluencia de tres elementos o pilares: la teoría de las normas (base de la teoría personal del injusto, muy sentada en la dogmática desde Armin Kaufmann), el concepto restrictivo de autor y criterio del dominio del hecho. En buena cuenta, si prestamos atención nos damos con que estamos ante lo que resultan ser los postulados del sistema diferenciador de autoría. Por tanto, de esto hay que admitir que Lesch busca reformular las tesis de la intervención delictiva.

Lesch critica, en primer lugar, la vieja noción del injusto personal cimentada en la teoría de las normas. Según esta teoría, el derecho penal tiene una labor preventivo-policial de evitar lesiones a los bienes jurídicos. Considerando que la prevención era entendida como dirección del comportamiento, exigida mediante normas de comportamiento, dirección o imperativas⁴¹. Dichas normas eran dirigidas hacia sujetos que deben ser motivables. Sin embargo, la norma solo puede exigir y esperar de un sujeto que pueda controlar su voluntad final. Es decir, la norma estaba dirigida a manipular el proceso de formación del sujeto⁴². De esta manera, nos encontraríamos ante las siguientes consecuencias. Se tendría que «lo único prohibido son pues acciones y no resultados, y en verdad acciones solo dirigidas al resultado (en tentativa) y no acciones eficientes para el

39 Vid., fundamentalmente, Lesch 1995: 18-41.

40 Idem, 41.

41 Idem, 42.

42 Idem, 43.

resultado [...]»⁴³. Y, asimismo, a ultranza, obligatoriamente se tendría que subjetivizar radicalmente el desvalor de la acción⁴⁴. Así pues, aceptar esta visión sería aceptar un derecho penal fuera de la vida social⁴⁵. Con base en esto, afirma Lesch, ya desde su perspectiva teórica y a modo de rechazo, que «para una dogmática jurídico-penal normativista es evidente que una concretización de su teoría de la imputación y del injusto ha de renunciar totalmente a lo dicho desde la teoría de las normas»⁴⁶.

En segundo lugar, rechaza la idea, a nivel de la tipicidad, de la diferenciación cualitativa entre la autoría y la participación, producto del concepto restrictivo de autor. Para Lesch, la dogmática tradicional identifica la autoría con la ejecución de lo prescrito en el tipo⁴⁷. Lo opuesto viene a ser la participación, es decir, «algo cualitativamente distinto a la autoría»⁴⁸. Y en esto, precisamente, radica su error. Este autor replica a los argumentos que sostiene la dogmática tradicional mediante algunas observaciones a las figuras de la coautoría, tentativa y, asimismo, de las consecuencias que se origina, en esta concepción, en lo relativo a la punibilidad del partícipe (el injusto autónomo del partícipe y injusto ajeno desde la accesoriedad)⁴⁹. Así pues, de esta manera, Lesch, llega a decir que la «imputación de aportes ajenos solo puede legitimarse, si tiene éxito definir la ejecución conjunta, también como injusto propio del que simplemente intervino en acciones preparatorias o en parte de la ejecución. [...] El principio de autorresponsabilidad no marca pues una diferencia cualitativa entre autoría y participación, sino tan solo una frontera de responsabilidad en general»⁵⁰. Líneas seguidas, continua afirmando que esto «significa que el tipo no recoge ninguna diferencia cualitativa entre autoría y participación; en otras palabras, que ya es hora de despedirse del concepto restrictivo de autor, el cual no ofrece en absoluto solución para los casos de ejecución en forma de división de trabajo»⁵¹. Además, dentro del mismo orden de ideas, señala que el concepto restrictivo de autor es solo un factor aparentemente delimitador, pues el espacio de la participación es excesivo, espacio que lo deja en manos de la imputación⁵². «En cambio, una delimitación de la responsabilidad

43 Idem, 44.

44 Idem, 45.

45 Vid., Lesch 1995: 46.

46 Idem, 46. Y, con más razones: 47 ss.

47 Idem, 48 y nota 89.

48 Idem, 49.

49 Idem, 49 ss.

50 Idem, 57.

51 Idem, 58.

52 Idem, 58.

razonable, y en general considerablemente más extensa, puede prestarse de mejor forma mediante una imputación de carácter normativista [...] no es pues la noción de autor la que debe ser formulada de modo restrictivo, sino los conceptos de tipo e injusto, así como el de imputación»⁵³.

Respecto al cuestionamiento del dominio del hecho, Lesch señala que esta teoría no se ajusta a una noción normativista de las cosas y no tiene, por tanto, una respuesta del por qué se atribuye el injusto. Es más, la considera de carácter naturalista; por ende, resulta inaceptable⁵⁴.

La conclusión a la que Lesch llega, luego de cuestionar a la doctrina tradicional sobre autoría y participación, se orienta en una dirección similar a la de Jakobs⁵⁵. El fundamento de la responsabilidad es idéntico para todos los intervinientes, empero las cuotas de responsabilidad son distintas⁵⁶. Así pues, primero, se debe averiguar quién o quiénes deben responder dentro del colectivo y, segundo, en virtud de qué responde cada uno de los integrantes del colectivo⁵⁷.

C. Tesis de Robles Planas

En la literatura especializada en nuestro idioma, fuera de las opiniones de los autores alemanes presentadas anteriormente y tomadas de sus obras traducidas en español, la monografía sobre participación delictiva de Ricardo Robles Planas, profesor español, constituye un hito en la dogmática jurídico penal en este tema. Este autor, hasta donde sabemos, es el único que ha elaborado en castellano un trabajo monográfico dedicado a presentar y contribuir a reorientar la dogmática jurídico penal contemporánea sobre los puntos de partida de la teoría de la intervención delictiva, es decir, sobre los fundamentos de la participación.

Robles Planas toma como punto de partida el rechazo del modelo teórico de intervención basado en la idea de entender al delito como simple infracción de una norma («sistema de responsabilidad por la propia infracción de la norma»). Para esto considera que, conforme a los argumentos de este planteamiento, si cada interviniente fuera responsable por su propia lesión, sería entonces imposible hablar de intervención o participación, ya que no se puede intervenir en la lesión de un deber ajeno⁵⁸. Por el contrario, asume como adecuado el «sistema

53 Vid. Lesch 1995: 58. Resulta más que atendibles las afirmaciones de la pagina 59.

54 Vid., Lesch 1995: 65.

55 Cabe hacer mención de que otra similitud con los postulados de Jakobs es que también maneja un esquema de imputación en base a roles sustentados en instituciones sociales tuteladas por el Derecho penal. Vid., Lesch 1995: 67-72.

56 Vid., Lesch 1995: 66.

57 Idem, 66

58 Robles Planas 2003: 147.

de responsabilidad por la intervención». En su opinión, con este sistema se «[...] abandona la idea de injusto como exclusivamente infracción de deberes personales y se construye una dogmática de autoría y participación a partir de la noción de «hecho típico». Solo cuando la lesión de una norma se objetiviza como un hecho (como suceso social con unidad de sentido) es posible hablar de intervención»⁵⁹. De donde se deduce que «al otorgar al hecho relevancia como unidad de significado, cabe tomar parte en el mismo: cada sujeto responde por el hecho, si bien en manera distinta»⁶⁰. Por esta razón, Robles Planas señala que, como consecuencia del sistema aceptado, dentro del concepto conducta típica de intervención en el delito caben toda las formas de autoría y participación⁶¹.

A la pregunta del por qué responden por el mismo hecho las personas que intervienen en momentos anteriores a su ejecución, si precisamente, según la doctrina tradicional mayoritaria, los tipos penales de la parte especial definen el objeto de la imputación y el título de responsabilidad a nivel de autoría⁶², Ricardo Robles señala que «[...] la ejecución del hecho que lleva a cabo el autor no puede ser algo ajeno al partícipe, sino que, en alguna medida, debe estar vinculado a ella. Se trata definitivamente de una vinculación de carácter normativo, es decir, de una «relación de sentido» en virtud de la cual se establece que quienes intervienen de una determinada forma en un hecho, ya sea antes o después del inicio de la ejecución, no puede renunciar a las consecuencias de su actuar. El hecho, por consiguiente, forma parte de las consecuencias a las que queda vinculado el partícipe con su intervención»⁶³. Esta vinculación consiste en la pertenencia común del hecho⁶⁴ (coconfiguración o configuración en común del hecho). Cada una de las aportaciones sirven para explicar objetivamente el hecho y, por ende, a todas les pertenece en mayor o menor medida su existencia⁶⁵.

Si se descarta lo mantenido por la doctrina tradicional en el sentido de que los tipos de la parte especial deciden per se la responsabilidad de los intervinientes (normalmente como autoría) y, más bien, se entiende que solo definen los contornos del objeto de la imputación, entonces se puede admitir sin reparos que las

59 Idem, 145. En buena cuenta, la diferencia entre ambos sistemas radica en la aparición o no de un hecho en la cual se objetiviza la lesión de la norma. Siendo que, a efectos de entrar al campo de la participación, resulta obvio por qué el autor se decanta por la segunda.

60 Vid., Robles Planas 2003: 146.

61 Idem, 148.

62 Idem, 153, reconoce que un sector de la doctrina se inclina, en contraposición a lo tradicional, por un «sistema unitario de participación», donde los planteamientos de Jakobs y Lesch destacan, pero también están otros autores alemanes que tienen posiciones próximas.

63 Robles Planas 2003: 156s.

64 Idem, 157.

65 Idem, 157.

conductas de instigación y complicidad están también comprendidas en el tipo, pero no definidas como tales, sino entendidas en su vertiente de co-creación del riesgo permitido⁶⁶. Así pues, los tipos penales específicos, en opinión de Robles Planas, «[...] definen solamente un complejo de circunstancias bajo las que puede afirmarse la existencia de un riesgo típicamente relevante»⁶⁷. Además, señala, por un lado, que para la existencia de relevancia jurídico penal del hecho conjunto, este por lo menos debe estar en el estadio del inicio de la tentativa: (accesoriedad cuantitativa) y, por otro, que con «el inicio de la tentativa se externaliza lo que hasta ese momento solo permanecería en la esfera “privada” de los intervinientes y, por ello, era aún irrelevante en el sentido del tipo»⁶⁸. De esta forma se tiene que la ejecución afecta a todos los intervinientes, es decir: «otorga la relevancia típica a todas las aportaciones realizadas anterior, simultánea o posteriormente»⁶⁹. Por estas consideraciones y tomando en cuenta lo expresado en el párrafo anterior, desde el esquema de Robles Planas, es perfectamente imputable el mismo injusto a todos los intervinientes.

En buena cuenta, Robles Planas afirma que para poder fundamentar una responsabilidad del interviniente en concordancia con el principio de autorresponsabilidad o de responsabilidad por el propio injusto, se debe entender que el interviniente con su conducta da una razón para que le sea imputado como propio el hecho típico⁷⁰. La misma que está determinada por la relación normativa de sentido. Así pues, el fundamento para todos los intervinientes es idéntico y consiste en la fundamentación de la idoneidad de la comisión del delito⁷¹. Asimismo, en la misma línea de la argumentación, se presenta una nueva concepción de accesoriadad, cuya finalidad es mantener armonía con el principio del derecho penal antes señalado. Robles entiende por accesoriadad la «[...] regla que permite imputar un tipo a una conducta de participación (en sí misma atípica). El sentido de la misma es la retroacción de la tipicidad propia de quien exterioriza un hecho con significado delictivo a quien no exterioriza nada típicamente relevante pero ha puesto una razón (que materialmente es la idónea de la comisión del delito) para que opere tal forma de imputación»⁷².

66 *Idem*, 159s.

67 *Idem*, 160.

68 *Idem*, 160 s. Asimismo, señala que no siempre el paso de lo «interno» a lo «externo» se debe al acto del autor, también hay hipótesis en las que se produce el inicio de la ejecución por el acto del partícipe.

69 *Vid.*, Robles Planas 2003: 161.

70 *Idem*, 178.

71 *Idem*, 179.

72 Robles Planas 2003: 179s.

D. Doctrina nacional

En la doctrina nacional se han dado muestras de la recepción de esta nueva concepción del fundamento de la participación en el delito, inspiradas obviamente en las influentes dogmáticas alemana y española. Así, por ejemplo, tenemos los trabajos de José Leandro Reaño Peschiera y Percy García Cavero.

El primero comienza por cuestionar la doctrina dominante que distingue ya a nivel de tipicidad tanto las responsabilidades del autor como de los partícipes. Así pues, muestra cómo la tesis de la autonomía de la participación, si bien guarda coherencia con el principio de autoresponsabilidad, vulnera el principio de lesividad⁷³. Mientras que, de modo contrario, la tesis de la accesoriedad o dependencia, respeta el principio de lesividad, pero no el principio de autoresponsabilidad⁷⁴. Ambas teorías yerran en el punto de partida, puesto que consideran que la distinción entre autoría y participación reside en un injusto diferente⁷⁵, el cual fundamenta la responsabilidad jurídico penal. Sobre esta base, Reaño Peschiera afirma que la respuesta a la pregunta de por qué debe castigarse la participación «debe desligarse del entendimiento de la accesoriedad como dependencia de la participación al hecho del autor, y acometerse a partir de la reformulación de la accesoriedad como aquel nexo que debe existir entre el suceso y todos los intervinientes»⁷⁶. Seguidamente, y ya entrando al tema de fondo, señala que: «la construcción de la teoría de la intervención en el delito debe partir de la siguiente premisa: El hecho principal le pertenece tanto a autores como a partícipes, aunque en distinto grado»⁷⁷. Solo así se podrá compatibilizar la accesoriedad con la autoresponsabilidad⁷⁸.

Según las normas que regulan las formas de participación en nuestro Código Penal, no habría inconveniente alguno para reformular e interpretar la accesoriedad en el sentido propuesto por Reaño. Y esto en razón a que los artículos 24 y 25 CP solo se refieren a la intervención «en el hecho punible», no haciendo distinción alguna sobre la pertenencia del hecho a algunos de los que intervienen⁷⁹.

Desde este planteamiento, Reaño Peschiera deduce algunas consecuencias. La primera es que solo desde la perspectiva del injusto único de participación

73 Vid., Reaño Peschiera 2005: 193.

74 Idem, 195 s.

75 Idem, 196.

76 Vid., Reaño Peschiera 2005: 196. Adicionalmente, el mismo autor afirma que debido a esta nueva concepción de accesoriedad, cada interviniente «accede» al hecho principal en función de su propio aporte, 197 y nota 17.

77 Idem, 196.

78 Idem, 197.

79 Idem, 197.

los principios de autorresponsabilidad y de lesividad pueden ser considerados compatibles dentro de un mismo ordenamiento jurídico⁸⁰. La segunda se refiere a que la distinción entre autores y partícipes es un aspecto principalmente cuantitativo. La diferencia entre ambas categorías de intervención se encuentra en el grado de dominio que posean en un determinado hecho típico⁸¹. Y, la tercera, es que el comportamiento del autor constituye solo una parte (la más grave) del injusto, «cuyo sentido se aprecia de modo completo cuando se toma en cuenta el resto de aportaciones»⁸². Esta última consecuencia resalta la vigencia de la accesoria cuantitativa en tema de participación delictiva.

Ahora bien, para concluir, Reaño Peschiera nos muestra de una manera analítica cómo se produce la atribución del suceso a los intervinientes. En su opinión, esta atribución se da en dos niveles. El primero, de carácter cualitativo, está referido a determinar qué aportes han creado un riesgo jurídico penalmente prohibido. Es decir, cuál es la razón para imputar el injusto a los intervinientes. Por lo que a este nivel de atribución nos encontramos con los criterios de imputación objetiva del comportamiento⁸³. El segundo nivel de atribución, de carácter cuantitativo, determina los concretos títulos de imputación dentro del conjunto de los intervinientes o, en otras palabras, quiénes son autores y quiénes partícipes⁸⁴. Para este efecto se recurre al dominio del hecho, con la atinencia de que el quantum del aporte del interviniente está definido de modo normativo⁸⁵.

Por su parte, García Caveró también se inclina por el nuevo criterio del injusto único de intervención.

García Caveró considera que no es correcto diferenciar entre injusto de autor e injusto de partícipe, por el contrario, se trata de un solo injusto penal⁸⁶. Para su atribuibilidad a los intervinientes es necesario, primero, que el injusto común haya entrado en estadio punible⁸⁷ y, en segundo término, que normativamente se considere a los intervinientes competentes por su realización⁸⁸. Ahora bien, para esta determinación normativa recurre al empleo de los criterios cualitativos

80 Vid. Reaño Peschiera 2005: 199.

81 Idem, 199.

82 Idem, 200.

83 Este autor sigue los postulados de Jakobs en materia de imputación objetiva, por lo que sus criterios estarán sujetos a la idea de una imputación en base a roles, Cfr. Reaño Peschiera 2005: 202-206.

84 Idem, 202.

85 Vid., Reaño Peschiera 2005: 208.

86 Vid., García Caveró 2008: 582.

87 Vid., García Caveró 2008: 582.

88 Idem, 582.

que proporciona la teoría de la imputación objetiva⁸⁹. Posteriormente, continúa García Caveró se precisará, en razón a quiénes de los intervinientes resultan competentes y sobre la base de criterios cuantitativos, si deben responder como autores o partícipes⁹⁰.

Fundamentales son sus afirmaciones en torno a los principios de la participación. La relación de accesoriadad está compuesta por una de tipo cuantitativo y otra, cualitativo, las mismas que son necesarias para castigar al partícipe⁹¹. La accesoriadad no se contradice con la tesis de un injusto único de intervención, más bien, hay una comprensión distinta⁹². Así pues, en lo que respecta a la accesoriadad cuantitativa, no se puede negar que la imputación del hecho común solo se podrá hacer al partícipe si es que el delito ha sido ejecutado. Sin embargo, la accesoriadad cualitativa, a diferencia de la primera, adquiere ciertos contornos especiales más acentuados. El hecho debe expresar un sentido comunicativo de defraudación de la norma y esto se produce cuando el autor infringe su rol de ciudadano, lo que, a su vez, presupone la capacidad de culpabilidad. Con lo que no cabe otra cosa más que admitir que este tipo de accesoriadad alcanzará también a la culpabilidad, es decir, el hecho debe ser típico, antijurídico y culpable (accesoriadad máxima o plena)⁹³.

IV. CRÍTICA A LA POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA

Volviendo al punto de partida de este trabajo, es necesario resaltar la posición del TC respecto a la intervención delictiva y al fundamento de la participación. No obstante, resulta interesante apreciar la forma en que el TC justifica su incursión en el análisis de conceptos estrictamente jurídico-penales. Así en el fundamento 32 de la sentencia bajo comentario, señala:

No obstante, es menester precisar que si bien la calificación del tipo penal es atribución del juez penal, la tutela jurisdiccional efectiva se concreta a través de las garantías que, dentro de un iter procesal diseñado por la ley, están previstas en la Constitución Política del Perú, razón por la cual el Tribunal Constitucional estima conveniente revisar el marco técnico-jurídico de las formas de intervención delictiva. (!)

89 Idem, 583. Precizando que esta afirmación no significa el abandono de la imputación subjetiva.

90 Idem, 583.

91 García Caveró 2008: 584.

92 Idem, 585.

93 Idem, 585 s.

Ahora bien, es claro que el TC se decanta por la teoría del dominio del hecho, al sostener que autor es quien tiene dominio sobre el resultado típico y que el partícipe no posee tal dominio, por lo que es solo un colaborador del autor. Así, como punto de partida, y con cita expresa del más conspicuo finalista, Hans Welzel, los jueces expresan, en el fundamento 34 de la resolución, que autor es «aquel que mediante una conducción consciente de fin, del acontecer causal en dirección del resultado típico, es señor sobre la realización del tipo»

Agregan además que «el autor puede manipular sobre el resultado del hecho y puede desistirse inclusive. En tanto que el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación».

Sobre este punto es importante recordar que, conforme ya se ha anotado, el inicio de la ejecución del ilícito constituye el listón que debe superar el hecho para adquirir relevancia jurídico-penal. De modo tal que no se puede afirmar simplemente que la intervención del partícipe solo se produce si el autor llega al grado de tentativa, pues esta constituye el límite que marca la relevancia penal del hecho, para todos los que intervienen en él, se denomine autor o partícipe. Además, si, según el TC, autor es quien domina el hecho, es claro que «el partícipe no tiene dominio del hecho». Esta idea, tan asentada en la doctrina y jurisprudencia nacional, conforme hemos ido demostrando a lo largo del presente trabajo, no es exacta. Todos dominan el hecho de alguna manera, y todo responden por la infracción colectiva del deber, sucediendo simplemente que, como es de esperar, algunos tienen un mayor dominio del riesgo típico que otros, lo cual solo cobrará relevancia al momento de la determinación judicial de la pena, pero no marca diferencia alguna a nivel de tipicidad, conforme cree la doctrina mayoritaria, la jurisprudencia nacional y el propio TC.

En el fundamento 35 de la resolución bajo comentario, continúa el TC desarrollando su concepto acerca de autor, afirmando que «[...] es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aún siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención [...]».

Y, respecto a la participación, expresa que «[...] es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución».

Como puede apreciarse, el TC tiene la idea clara de que el partícipe solo se limita a coadyuvar en la ejecución del hecho. De un hecho principal que, según la teoría de la accesoriedad, solo pertenece al autor, pues este tiene dominio sobre el resultado típico. El injusto es extensible al partícipe solo por las reglas de exten-

sión del tipo penal contenidas en las normas de la parte general del código penal. Además, a este hecho típico, el partícipe solo accedería por medio del autor y, precisamente, el aportar al hecho de otro sería el fundamento de su punición. Esta explicación la hemos criticado anteriormente, por ser incompatible con el principio de autorresponsabilidad, según el cual una persona responde penalmente por haber colaborado en el hecho de otro. El hecho, en tanto unidad desestabilizadora de la norma, les pertenece a todos los que resulten competentes, por haber brindado una razón para ello, un aporte que los vincula normativamente. Este es el fundamento de la responsabilidad penal, pero no solo del llamado «partícipe», sino de todo aquel que, de acuerdo a los criterios cualitativos de la imputación objetiva, resulte competente por el injusto.

Finalmente, debe descartarse la idea naturalista de que el hecho solo pertenece al autor porque este lo ejecuta, lo lleva a cabo, lo domina en su momento más importante (la realización), pues no se trata de imputar responsabilidad en su máxima expresión (autor) basado en quién derrama más sangre o más gotas de sudor, sino en quién brinda el aporte más importante de cara al hecho típico, el cual, por cierto, se determina normativamente. Por ello, a estas alturas, esperamos haya quedado claro, primero, que es necesaria la búsqueda de una nueva teoría de la intervención delictiva y, segundo, que la teoría del injusto único de participación, con límites cualitativos en la teoría de la imputación objetiva, y, cuantitativos, en el inicio de la ejecución del hecho (estadio punible), resulta una alternativa que obligatoriamente debe considerarse en la discusión actual.