

Intervención delictiva e imputación objetiva (*)

YESID REYES ALVARADO

Profesor de Derecho Penal de la Universidad de los Andes (Bogotá - Colombia).

Las primeras referencias que tuve de Günther Jakobs a finales de los 80 provenían de diversos escritos en los que se criticaban duramente algunas de sus propuestas; la circunstancia de que la controversia con Jakobs girara siempre alrededor de temas nucleares de la teoría del delito, despertó en mí un gran interés por conocer a esa persona que parecía dirigir sus mejores esfuerzos a hacer saltar por el aire toda la estructura de una teoría del delito en cuya construcción habían trabajado por décadas, y con paciencia de artesanos, los penalistas más reputados de Europa. El detenido estudio de su obra y, sobre todo, la posibilidad de conversar con él sobre la misma, me dejó en claro que su trabajo no se parecía tanto al de un rudo demoledor como al de un fino relojero que ajusta y reemplaza con precisión las piezas defectuosas de un complicado engranaje. Pero por encima de sus innegables aportes a la ciencia del Derecho penal, encontré en Jakobs una persona absolutamente abierta a cualquier opinión, que disfruta con la discusión, que respeta tanto las ideas ajenas como las propias y que no tiene reparo alguno en aceptar un error, siempre que encuentre en sus adversarios mejores argumentos.

El punto de anclaje más sólido de toda la concepción de la teoría del delito esbozada por Jakobs es quizás el de su edificación a partir de la misión que el Derecho penal debe cumplir: «Si se parte de la misión del Derecho penal y no de la esencia (o de las estructuras) de objetos de la

(*) Este artículo fue originalmente publicado en el libro homenaje a Günther Jakobs (bajo el título *Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung*, en *Festschrift für GÜNTHER JAKOBS*, CARL HEYMANNS VERLAG, Köln-Berlin-München, 2007, pp. 553 a 570).

Dogmática penal, ello conduce a una (re)normativización de los conceptos. En esta concepción, un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste. Igualmente, los conceptos de causalidad, poder, capacidad, culpabilidad, etc., pierden su contenido prejurídico y se convierten en conceptos que designan grados de responsabilidad e incumbencia» (1).

A partir de este punto de partida, Jakobs ha ido reelaborando paulatinamente algunas de las más importantes nociones de la teoría del delito, dotándolas de un contenido normativo que contrasta abiertamente con la fundamentación predominantemente ontológica que a la mayoría de ellas suele otorgar la doctrina dominante: «Desde el punto de vista normativo, desaparecen algunos problemas que ha creado la Dogmática por no apartar la vista de la relación ontológica (o de la relación estructural). ... Además, surgen notables reordenaciones en muchos otros lugares, p. ej. en la imputación objetiva, en la teoría de la participación o en cuestiones singulares de la justificación» (2). La elaboración de la primera edición de su manual no tuvo, sin embargo, la finalidad de mostrar una ya consolidada concepción normativa de la teoría del delito, sino que como él mismo lo puso de presente, se limitó a esparcir la semilla de lo que en el futuro habría de constituir una creciente normativización de los diversos elementos de la teoría del delito, en especial a partir de una concepción de la teoría de la imputación objetiva que redujo notablemente la influencia que hasta entonces ejercía la causalidad en el concepto de acción. Expresado en palabras del propio Jakobs al prologar la primera edición de su manual, «Aquí no se recoge de inmediato la cosecha, sino que sólo se realizan las labores de cultivo» (3).

Si bien es verdad que la imputación objetiva entendida como creación de riesgos jurídicamente desaprobados que se realizan en el resultado, suele ser actualmente utilizada como fundamento de la punibilidad del delito imprudente (4), también lo es que frente al delito doloso

(1) GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal* – parte general, fundamentos y teoría de la imputación, ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, pp. IX y X.

(2) GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, ed. cit., p. X.

(3) GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, ed., cit., p. X.

(4) Entre aquellos que limitan la cobertura de la imputación objetiva a los delitos imprudentes desconociendo su validez dentro del delito doloso, cfr. KAUFMANN Armin, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, 1985, 1. Halbband, p. 258; KÜPPER Georg, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, p. 91; LACKNER, Karl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 18. Aufl., München, 1989, Vor § 13, III, 1, c, dd, en cuanto afirma que la imputación objetiva es «poco significativa» en los delitos dolosos; STRUENSEE, Eberhard, GA 1987, p. 103, por lo menos en lo atinente a la aplicación de las conductas alternativas conforme a derecho.

lo frecuente es que se le conceda escasa (5) o ninguna importancia (6); esta generalizada actitud de mantener la punibilidad del delito doloso atada a los conceptos de causalidad e intencionalidad de la conducta, no sólo evidencia el contraste entre la explicación ontológica del delito doloso y la normativa del imprudente, sino que además pone de presente que la razón de ser de la intervención del Derecho penal es distinta en los delitos dolosos (intencional causación de un resultado) y en los imprudentes (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado), es decir, se plantea la existencia de cuando menos dos concepciones del injusto: una para el delito doloso y otra para el imprudente. Esta dicotomía desaparece cuando se normativiza la explicación del delito doloso extendiendo el ámbito de acción de la imputación objetiva, para sostener que también frente a las conductas doloosas la intervención del Derecho penal ocurre cuando una persona crea con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado (por ejemplo, disparo de arma de fuego contra una persona) que se realiza en el resultado (muerte de la víctima como consecuencia del disparo).

(5) Entre quienes admiten la validez de la imputación objetiva tanto para los delitos imprudentes como para los dolosos, *cfr.* BUSTOS Juan, *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 234, pero no en la forma como la imputación objetiva es normalmente desarrollada, sino solo en cuanto se la entienda a su manera, es decir, diferenciándola de la atribución y radicándola en el ámbito de la antijuridicidad; JESCHECK Hans-Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*, Duncker & Humblot, Berlin, 4. Auflage, 1988 p. 529, cuando menos en lo que se refiere al fin de protección de la norma; LARENZ Karl, *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung*, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl, Leipzig, 1927, p. 52, en cuanto le reprochó a HEGEL haber referido la imputación objetiva solo al delito doloso, desconociendo que también existen ilícitos imprudentes; LENCKNER Theodor, *Schönke/Schröder*, 1991, 24. Auflage, Vorbem § 13 ff/92; MAIWALD Manfred, *JuS*, 1984, p. 440; MAURACH Reinhart/ZIPF Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Teilband I, 7. Auflage, 1987, § 18 III/36, p. 244; OTTO Harro, *Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 3. Auflage, 1988, p. 204 f.; ROXIN Claus, *Festschrift für Richard M. Honig*, 1970, p. 144; ROXIN Claus., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, p. 247; ROXIN Claus., *Festschrift für Wilhelm Gallas*, 1973, p. 241; RUDOLPHI Hans-Joachim, *Festschrift für Karl Lackner*, 1987, p. 866; SCHMIDHÄUSER Eberhard, *Strafrecht Allgemeiner Teil - Lehrbuch*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Auflage, 1975, § 8/50, p. 222; STRATENWERTH Eberhard, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Auflage, 1984, Rd. 215, p. 84; ULSENHEIMER Klaus, *Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten*, Ludwig Röhrscheid Verlag, Bonn, 1965, p. 27; WESSELS Johannes, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, 19. Auflage, p. 54.

(6) KINDHÄUSER, por ejemplo, afirma que cuando alguien acciona doloosamente un arma de fuego contra otra persona causándole la muerte nadie osaría decir que el autor se ha comportado contra el deber de cuidado; KINDHÄUSER, *JR* 1985, p. 481.

La tradicional distinción entre los tipos objetivo y subjetivo está igualmente asentada sobre parámetros ontológicos, en cuanto son fenómenos externos los que conforman el tipo objetivo [relación causal en el delito doloso y creación y realización de riesgos en el delito imprudente (7)] al paso que aquello que ocurre en la mente del autor constituye el núcleo del tipo subjetivo (dolo e imprudencia) (8). La situación cambia si se abandona la distinción ontológica entre objetivo y subjetivo (entendida como lo que ocurre fuera y dentro de la mente del ser humano) y se la normativiza a partir de su entendimiento como el estudio de la conducta del hombre en cuanto ser social (aspecto objetivo) y el análisis del comportamiento del hombre en cuanto individuo (aspecto subjetivo). Desde este punto de vista bien puede decirse que la representación de la realidad es indispensable para decidir sobre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y, por consiguiente, forma parte del juicio de imputación objetiva; en otras palabras, de una persona no solo se espera que desarrolle conductas conforme a su rol social, sino también que esa actuación esté de acuerdo con una determinada representación de la realidad; por ejemplo, a quien dispara contra un hombre creyendo que es un arbusto, porque cualquiera en su lugar hubiera pensado lo mismo, no se le debe reprochar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (9).

De otro lado, la comprensión del resultado como quebrantamiento de una norma (10) significa que para poder determinar si una conducta

(7) Si conforme a la doctrina más tradicional la relación de causalidad es el núcleo tanto de los delitos dolosos como de los imprudentes, la diferencia entre ellos sólo tiene sentido dentro del tipo subjetivo, lo que debería llevar a no hacer distinción alguna entre delitos dolosos e imprudentes en el ámbito del tipo objetivo. De la misma manera, quien considera que la imputación objetiva dota de contenido el tipo objetivo tanto de los delitos dolosos como de los imprudentes, debería admitir que estando la diferencia entre ellos solamente en el tipo subjetivo, carece de sentido distinguir entre los mismos a nivel del tipo objetivo.

(8) Esta distinción marcadamente ontológica entre los tipos objetivo y subjetivo puede verse incluso en GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, ed. cit., capítulos 8° y 9°.

(9) Cfr. Yesid REYES, *Theoretische Grundlagen der objektiven Zurechnung*, ZStW 105 (1993), pp. 121 y ss.

(10) Entender el resultado desde una perspectiva normativa como quebrantamiento de una norma, no significa necesariamente que el resultado ontológico (modificación del mundo exterior) carezca de toda importancia; es el propio legislador quien a través de la creación de la norma determina si su quebrantamiento supone la aparición previa de un resultado entendido como modificación relevante del mundo exterior (así, por ejemplo, la norma que prohíbe el homicidio sólo puede quebrantarse cuando se priva de la vida a una persona), o si ello no es indispensable (la tentativa de homicidio está sancionada con independencia de si hay o no una modificación relevante del mundo exterior; una modificación irrelevante en el ejemplo mencionado,

se ha realizado o no en el resultado no basta con haber comprobado la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (primer extremo del juicio de imputación objetiva), sino que además resulta indispensable tener claridad sobre la norma objeto de quebrantamiento (segundo extremo del juicio de imputación), pues la realización del riesgo no supone nada distinto de un nexo entre esa creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la existencia de un resultado entendido como quebrantamiento de la norma. En consecuencia, para poder establecer si un riesgo jurídicamente desaprobado se realizó en el resultado, es indispensable determinar si el autor actuó con o sin la intención de quebrantar una norma, pues sólo de esta manera se podrá saber si quien dispara en contra de otro ser humano causándole una lesión en el pecho, ha acomodado su conducta a la descripción típica de las lesiones personales dolosas, a la de la tentativa de homicidio o a la de las lesiones personales imprudentes, es decir, sólo de esa manera podrá fijarse el segundo de los extremos del juicio de imputación objetiva (el resultado). Esto no significa incorporar elementos subjetivos al juicio de imputación objetiva (11), puesto que el dolo y la imprudencia siempre forman parte (alternativamente) de toda descripción típica y, por consiguiente, se deben entender como parte de una prohibición de conducta dirigida a todos los ciudadanos, esto es, al hombre en cuanto ser social (aspecto objetivo de la conducta). Por el contrario, el análisis de la presencia o ausencia de intencionalidad en la conducta (entendida como orientación de la misma al resultado) no forma parte del análisis sobre la creación de riesgos jurídicamente desaprobados, porque si un ser social se comporta de acuerdo con lo que de él se espera, al Estado no le interesa lo que estaba pensando mientras desplegaba su conducta conforme a derecho.

Una concepción normativa de la imputación objetiva como la que se acaba de esbozar no se limita a prescindir de la distinción ontológica entre los tipos objetivo y subjetivo, sino que sustituye el concepto de injusto con el que tradicionalmente se venía trabajando como primer gran elemento de la teoría del delito y, junto con un posterior juicio de imputación personal (o subjetiva, si se prefiere mantener la expresión) conforman los pre-

estaría constituida por el desplazamiento del aire generado por el avance de un proyectil que pasa sobre la cabeza de la víctima a quien se pretendía matar, al paso que una modificación relevante estaría conformada por la herida que en un hombre se le ocasiona a la víctima a quien se ha pretendido asesinar).

(11) Siempre sobre el supuesto de que por objetivo no se entienda lo que ocurre fuera de la mente del ser humano, sino el análisis de la conducta del hombre en cuanto ser social (portador de roles), y que subjetivo no sea considerado lo que ocurre dentro de la mente del ser humano, sino el análisis de la conducta del hombre en cuanto individuo.

supuestos de un juicio de responsabilidad penal edificado sobre bases estrictamente normativas, sin que ello suponga, desde luego, negar que esas valoraciones (juicios de imputación objetiva e imputación personal) se hacen siempre respecto de una conducta ontológicamente entendida.

Si bien esa creciente normativización del injusto ha acarreado importantes consecuencias como la de prescindir de la distinción entre acción y omisión (12) en el entendido de que toda creación de un riesgo jurídicamente desaprobado supone el quebrantamiento de un deber de conducta (tanto dejar de alimentar al propio hijo como estrangularlo, constituyen desarrollo de un comportamiento contrario al deber de todo padre de familia), y conduce a unificar la imputación objetiva respecto de los delitos dolosos e imprudentes, existe un importante aspecto de la teoría del delito que sigue siendo desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia con base en criterios marcadamente ontológicos, y que en los últimos años ha tratado de ser explicado desde un punto de vista normativo por autores como Jakobs, a quien a través de este libro se rinde un homenaje muy merecido por el impulso que con sus polémicas propuestas ha dado a la ciencia penal de los últimos años; se trata de la distinción entre autoría y participación.

Cuando en muchas actividades de nuestra vida diaria utilizamos un rayo láser, no pensamos en él como un proceso causal consistente en la coordinada estimulación de fotones a partir de otros fotones para conseguir un haz de luz coherente de alta energía; cuando observamos el gol decisivo de un partido de fútbol no lo imaginamos como la adecuada utilización de una palanca para impulsar un objeto esférico que, mediante el aprovechamiento de la inercia tomó la velocidad y fuerza suficientes para cruzar un plano imaginario formado por tres tubos cilíndricos y una franja de pintura dibujada sobre el césped. Tanto la creación científica como la destacada actuación de un deportista son objeto de una valoración social positiva en la medida en que su autor ha desplegado una conducta que no sólo es producto de su concreta actividad en la sociedad (ejercicio de un rol), sino que además sobresale por su ejemplar desempeño. Se habla entonces de la habilidad del futbolista que ejecuta un impecable tiro libre o de la genialidad de Einstein (13) al prever con increíble anticipación que el lanzamiento

(12) Cfr. JAKOBS, «Der strafrechtliche Handlungsbegriff», *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg* e. V., Heft 10, C. H. Beck, München, 1992; Reyes *ZstW* 105 (1993), p. 125.

(13) *The Collected Papers of Albert Einstein*, Volume 6, The Berlin Years: Writings, 1914-1917, Edited by A. J. KOX, Martin J. KLEIN, and Robert SCHULMA, Princeton: Princeton University Press, 1996.

ordenado y simultáneo de fotones podría generar un haz de luz de extraordinaria potencia (14); sin embargo, nadie desconoce que actividades como las que se acaban de describir valorativamente (ejecución de un tiro libre en desarrollo de un partido de fútbol o creación del rayo láser) pueden ser también descritas desde un punto de vista puramente ontológico, esto es, desprovistas de valoración, tal como se hizo al comienzo de este párrafo.

Dado que los delitos no son más que conductas humanas castigadas por el Derecho penal, su consideración social no puede depender de su simple configuración ontológica sino de la valoración que de ellas se haga, de la misma manera como un éxito deportivo o un descubrimiento científico no derivan su significación social de su configuración ontológica, sino de su valoración; por consiguiente, así como las actuaciones sobresalientes de un científico son apreciadas por su valor positivo, las actuaciones reprochables de un delincuente son censuradas por su valor negativo. En este sentido es claro que no se puede definir correctamente un homicidio como el desplazamiento de vértebras cervicales conseguido mediante la aplicación simultánea de dos fuerzas sobre el cuerpo humano: una ejercida por una soga que estando fija en un punto superior sostiene el cuello de la persona y otra producida por el peso del cuerpo cuando pierde su apoyo y es empujado hacia abajo por la ley de gravedad. De hecho, esta descripción ontológica de la conducta bien puede corresponder a la acción de un verdugo en un país donde se aplique la pena de muerte por ahorcamiento, o a la conducta de quien ha utilizado ese método para suprimir la vida de su enemigo. La diferencia entre esos dos comportamientos no está en el plano ontológico, sino en la valoración que de esa conducta se haga, en forma tal que la actuación del verdugo es ajena al interés del Derecho penal en cuanto se desarrolla dentro del riesgo permitido (15) y la de quien mata a su enemigo es considerada como delictiva por evidenciar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en un resultado entendido como quebrantamiento de la norma que prohíbe el homicidio. En síntesis, el delito es un comportamiento social más que, salvo en lo relacionado con su particular desvaloración, obedece a las mismas reglas que cualquier otro comportamiento social.

Por eso no puede sorprender que desde el momento mismo en que el hombre descubrió la utilidad del trabajo en equipo, éste no solamen-

(14) Las consideraciones teóricas que en este sentido hizo Einstein condujeron, años más tarde, al desarrollo de la tecnología láser.

(15) En un país donde la pena de muerte sea legal.

te se haya empleado para la ejecución de conductas lícitas, sino igualmente para el desarrollo de actividades delictivas. Ahora bien, cuando respecto de un comportamiento colectivo (lícito o ilícito) se pretende valorar el aporte individual de cada integrante de esa colectividad, el primer problema que debe resolverse tiene que ver con el criterio que se empleará para llevar a cabo esa valoración, que ante todo se relaciona con la pregunta de si la importancia del aporte individual a la acción colectiva se mide desde una perspectiva cuantitativa o cualitativa. Cuando un enfermero aplica una dosis de suero antiofídico a quien ha sido mordido por una serpiente venenosa, resulta válido preguntarse si el paciente cuya vida fue salvada debe agradecer prioritariamente al inventor del antídoto, al fabricante, al comercializador o al enfermero que se lo aplicó. Desde un punto de vista estrictamente causal ninguno de los anteriormente mencionados puede reclamar para sí una mayor importancia de su comportamiento, porque desde el punto de vista estrictamente ontológico (que es el plano en el que tiene lugar la relación de causalidad) todas las condiciones tienen el mismo valor frente a la producción del resultado (equivalencia de las condiciones) (16).

Si se pretende solucionar el problema a través de la asignación de una mayor o menor importancia del aporte individual frente a la realización del resultado (criterio cualitativo) los resultados no son mejores: cuando un equipo de fútbol gana el campeonato mundial, ¿cuáles de los integrantes del equipo pueden ser considerados como los artífices del triunfo y cuáles como simples colaboradores del mismo? Si se opta por destacar la labor de quien ejecutó el gol con el que el equipo ganó el último y decisivo partido (17), se estaría restando importancia a quien con su impecable labor de marca consiguió que el jugador ofensivo más destacado del otro equipo no pudiera tocar el balón durante todo el desarrollo del encuentro, desconociendo así que si bien su actividad no tuvo nada que ver con la ejecución del gol decisivo, su labor de vigilan-

(16) Es precisamente esa característica de la teoría de la equivalencia de las condiciones la que no permite su adecuada utilización como mecanismo para aislar aquellas causas que son de interés para el Derecho penal. Desde este punto de vista es válido afirmar que la teoría de la equivalencia de las condiciones es simplemente descriptiva del fenómeno causal, de tal manera que la mayor o menor importancia de un aporte causal a la sobrevenida del resultado penalmente relevante (lo que algunos llaman «correctivos a la relación de causalidad») debe buscarse en el plano valorativo y no en el ontológico.

(17) Entre las propuestas que al interior del Derecho penal se han hecho para distinguir cualitativamente entre autor y partícipe, figuran las teorías objetivo formales, que confieren la condición de autor solamente a quien ha tomado parte en la ejecución del delito. Sobre el contenido de esta teoría y las principales críticas que a la misma se han hecho, cfr. GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, ed cit., 21/25.

cia sobre el adversario puede considerarse como determinante en el resultado del encuentro. Si se optara por decir que la obtención del título se debe sólo a aquellos que consideraban el trabajo del equipo como suyo y no a quienes entendían colaborar en una actividad ajena (18), tampoco se avanzaría demasiado porque desde el encargado de la preparación del vestuario, hasta el goleador del equipo, pasando por el preparador físico, el entrenador, los directivos y todos los jugadores del plantel, seguramente entendieron durante todo el torneo que la obtención del campeonato era su meta tanto en lo particular como en lo colectivo. Si se dijera que el verdadero responsable de la obtención del título es el que pudo haber detenido el buen funcionamiento del equipo (19), tampoco se habrá avanzado en la solución del problema, pues el óptimo desempeño del plantel pudo ser afectado por el médico (mediante el suministro de un medicamento equivocado), por el preparador físico (debido a un sobre-entrenamiento), por el director técnico (mal planteamiento táctico del partido), por el portero (que permitió goles en su propio arco), por un talentoso delantero (al no aprovechar claras oportunidades para marcar goles decisivos) o por cualquier otro jugador del plantel (por la incorrecta ejecución de las labores asignadas por el técnico).

Lo que en realidad ocurre es que la sociedad está acostumbrada a valorar el trabajo conjunto, de tal manera que por lo general un comprador de vehículos no está interesado en el nombre del diseñador del vehículo, en la identidad de quien pintó el exterior, ensambló los frenos o construyó la caja de velocidades, ni en el nombre de los mecánicos que prestan el servicio de mantenimiento; la confiabilidad que para el potencial comprador representa un vehículo la suele dar la marca del fabricante, cuyo prestigio depende de la labor conjunta de todos sus empleados y no de ninguno de ellos individualmente considerado. La producción de un vehículo automotor es socialmente percibida como una «acción colectiva», con absoluta independencia de que al interior de la empresa pueda llegar a ser destacado con un premio el mejor trabajador y separado de su cargo el menos eficiente.

(18) Por esta clase de diferenciación se inclinaron buena parte de los defensores de una concepción causalista de la teoría del delito, puesto que a partir de su defensa de la teoría de la equivalencia de las condiciones no tuvieron más remedio que aceptar que en el plano objetivo todas las aportaciones de los intervinientes en un delito tenían el mismo valor, y se vieron forzados a desplazar al ámbito de lo subjetivo la distinción entre autor y partícipe. Sobre el contenido de esta teoría y las principales críticas que a la misma se han hecho, *cfr.* GÜNTHER JAKOBS, *Derecho Penal*, ed. cit., 21/27.

(19) Sobre el dominio del hecho como poder de interrumpir la realización del tipo, *cfr.* ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 311.

Lo mismo ocurre cuando las acciones desplegadas por un grupo de personas tienen contenido delictivo, como puede verse en aquellos casos en los que un grupo de personas asalta una sucursal bancaria; la sociedad percibe ese acontecimiento como una «acción colectiva» (20), hasta el punto de que la identidad de cada uno de los integrantes de la banda carece de importancia en la valoración social del hecho. Lo decisivo para considerar como delictiva esa conjunción de acciones individuales es la valoración de esa actuación colectiva (21) (que es la única que representa el hecho delictivo producido), y no el análisis de la trascendencia del aporte individual que cada partícipe hubiera realizado para la obtención del resultado. A quien amenazó al vigilante del banco no se lo investiga como posible responsable de una amenaza, sino como posible responsable de un robo a entidad bancaria, de la misma manera que a quien con un taladro violentó la caja de seguridad no se lo investiga como posible responsable de un daño en bien ajeno, sino como posible responsable del robo a la entidad bancaria. La circunstancia de que no se investigue a cada interviniente en el asalto a la entidad bancaria por la específica actividad que desarrolló en el transcurso de la misma (vigilar, amenazar al cajero, abrir la caja, tomar el dinero, sostener la bolsa para guardar el dinero, conducir el vehículo de escape, ocultar el botín, etc.), sino como intervinientes en la comisión de un delito de asalto a entidad bancaria, deja en claro que lo que se valora es la actuación colectiva del grupo y no la de cada uno de quienes con su conducta individual contribuyeron a la ejecución del delito.

Si lo objetivo de la imputación objetiva (en un sentido normativo como el que aquí se expone), está dado por el análisis que desde la perspectiva del Derecho penal se hace de la conducta de alguien en cuanto ser social (no como individuo), la configuración de este primer

(20) Sobre el concepto de acción colectiva *cfr.* HEIKO LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, pp. 186 y ss.; HEIKO LESCH, *Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*, en ZStW 105 (1993), pp. 274 y 275, GÜNTHER JAKOBS, GA 1996, pp. 264 y ss.; GÜNTHER JAKOBS, *Beteiligung*, in *Lampe Festschrift*, p. 565 entendiéndola la acción colectiva como quebrantamiento de la norma. Kindhäuser, al comentar la propuesta de un hecho común se refiere a la acción de una persona colectiva, advirtiéndole que de esta manera se confiere una nueva denominación y no una nueva fundamentación a la coautoría; URS KINDHÄUSER, HOLLERBACH Festschrift, p. 630.

(21) «En otras palabras, el desarrollo de las posibilidades de una división vinculante del trabajo, no es otra cosa que el desarrollo de las reglas de imputación en los supuestos de comportamientos conjuntos, y, por tanto, precisamente, no es otra cosa que el desarrollo de la estructura normativa de la sociedad». GÜNTHER JAKOBS, *LAMPE Festschrift*, p. 570.

gran elemento de la teoría del delito no debe variar por el simple hecho de que esa conducta objeto de valoración haya sido desarrollada conjuntamente por un número plural de personas; por el contrario, el hecho de que la imputación objetiva no evalúe conductas desde el punto de vista del individuo sino desde la perspectiva de un «ser social», permite sostener de manera coherente que cuando se está en frente de una «acción colectiva» el juicio de imputación objetiva sigue siendo viable en el mismo sentido, esto es, como una valoración sobre la significación social del comportamiento y no sobre el aspecto individual del mismo. Se dirá que la acción colectiva es una creación valorativa por completo ajena al mundo de lo ontológico; eso es cierto, pero también lo es que corresponde a la manera como la sociedad percibe determinada clase de actuaciones coordinadamente desarrolladas por un número plural de personas, con absoluta independencia de si ellas constituyen o no un hecho delictivo; por lo demás, la responsabilidad penal derivada de una actuación conjunta no es consecuencia directa de la teoría de la imputación objetiva, sino producto de una decisión del legislador, para quien las acciones delictivas desarrolladas en forma mancomunada por un número plural de personas merecen un tratamiento punitivo distinto del que correspondería a aquellas que habiendo sido individualmente desplegadas por cada partícipe conforman la acción colectiva (22).

Si el legislador no hubiera creado las figuras de la coautoría y la complicidad, las conductas de cada uno de los intervinientes en un asalto bancario podrían ser juzgadas de manera independiente; pero si bien las sanciones que les serían aplicables guardarían relación con su conducta ontológicamente considerada, no se corresponderían con la trascendencia social que las mismas tuvieron como parte de una acción colectiva. Por ejemplo, quien hurtó los planos de la edificación bancaria para planear el asalto, respondería como autor de un hurto simple en menor cuantía (por el valor de los planos), mientras quien golpeó levemente al vigilante para aturdirlo mientras llevaban a cabo el robo respondería como autor de unas lesiones personales leves, quien con ayuda de herramientas consiguió abrir la caja de caudales quizás respondería como autor de un daño en bien ajeno y quien se apoderó de una considerable suma de dinero depositada en la caja de seguridad del banco respondería como autor de un hurto sin violencia. No obs-

(22) Son las normas que en el Código Penal alemán definen la coautoría (§ 25 StGB), la inducción (§ 26 StGB) y la complicidad (§ 27 StGB), las que fundamentan la responsabilidad de cada uno de esos intervinientes de una forma diversa a la que corresponde al autor individual.

tante lo anterior, la percepción social del acontecimiento fue la de un robo con violencia a una entidad bancaria, que merecería una sanción más alta para todos quienes en él intervinieron, pero siempre a condición de que no se evalúe de manera individual cada uno de sus comportamientos, sino que el objeto de la valoración sea la conducta colectiva, única que puede ser definida (en el ejemplo propuesto) como robo con violencia.

Si es la acción colectiva la que debe ser valorada desde el punto de vista de la imputación objetiva [porque en la coparticipación es ella y no cada una de las acciones individuales la que posee trascendencia social (23)], entonces la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado debe predicarse ante todo de esa acción colectiva. Por consiguiente, si la acción colectiva se mantiene dentro del riesgo permitido (por ejemplo la fabricación de medicamentos), no sólo pierde trascendencia para el Derecho penal en cuanto producción colectiva, sino que también la perderá el aporte individual que cada persona haya hecho a esa acción colectiva. Si, por el contrario, la acción colectiva puede ser considerada como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (fabricación conjunta de un artefacto explosivo que posteriormente se utilizó para un atentado), el Derecho penal no solamente está interesado en la valoración de esa actuación colectiva, sino también en el análisis del aporte que cada persona haya hecho a esa acción conjunta, pero siempre entendiéndolo como voluntaria contribución al hecho colectivo (porque sólo desde esa perspectiva tiene la trascendencia social que es precisamente la que interesa dentro de un juicio de imputación objetiva).

Siguiendo con el ejemplo propuesto de la fabricación de un artefacto explosivo utilizado para un atentado, el juicio de imputación objetiva comenzará por establecer si esa conducta puede considerarse como un riesgo permitido (por ejemplo, sería lícita la construcción del artefacto dentro de instalaciones militares legalmente autorizadas para el efecto) o como un riesgo jurídicamente desaprobado (elaboración del explosivo sin autorización legal). Pero si en la fabricación del arte-

(23) En similar sentido señala Jakobs que en las actuaciones conjuntas sólo la infracción a la norma (que él equipara a la acción colectiva de la participación) constituye el injusto: «En primer lugar, ha de ser contestada una pregunta previa: ¿cuál es la obra común que vincula? Y la respuesta es clara: la lesión a la norma (tentativa y consumación de un delito). Igual que la lesión a la norma es la única obra relevante jurídico-penalmente cuando se trata de un autor único, sólo esa, y no su preparación –aunque incluso ésta última se haya prolongado más en el tiempo y haya requerido más esfuerzos–, lo mismo sucede cuando estamos ante una actuación conjunta: sólo la lesión a la norma constituye el injusto». GÜNTHER JAKOBS, *Lampe Festschrift*, p. 565.

facto intervinieron varias personas, el juicio de imputación objetiva no se agota con la calificación de la acción colectiva como riesgo jurídicamente desaprobado, sino que debe proseguir con la determinación de si el comportamiento de cada uno de quienes intervinieron (causalmente) en la construcción del artefacto explosivo, puede ser considerado como un riesgo jurídicamente desaprobado, siempre valorando sus aportaciones individuales como parte de la acción colectiva que previamente ha sido considerada como creación (colectiva) de un riesgo jurídicamente desaprobado. Este último aspecto resulta especialmente importante, puesto que la valoración aislada de la conducta individual puede conducir a su equivocada apreciación como conducta enmarcada dentro del riesgo permitido; así, por ejemplo, el simple hecho de que alguien venda una determinada cantidad de nitrato de amonio es (analizado de manera aislada) ejercicio de una actividad lícita y así sería percibido siempre desde el punto de vista social; sin embargo, si esa acción se valora como el aporte que el vendedor hace a quien mezcla en las proporciones correctas éste y otros insumos para la elaboración del artefacto explosivo que será utilizado en un atentado, la valoración de su comportamiento variará de manera radical; pero ese cambio en la valoración de su conducta no obedece al análisis aislado de la misma (que siempre permitiría enmarcarla dentro del riesgo permitido), sino a su evaluación como parte de una acción colectiva que previamente ha sido entendida como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado (24).

En este sentido, quien suministra nitrato de amonio a un grupo de personas que se lo solicitan con el fin de utilizarlo en la confección de un artefacto explosivo que posteriormente será utilizado para perpetrar un atentado, no se comporta como un simple vendedor de productos químicos sino que, por el contrario, acomoda su comportamiento a un plan delictivo; en otras palabras, su conducta es solo formalmente la de un vendedor de insumos químicos, pero en lo sustancial es la de quien toma parte en la ejecución de una conducta delictiva. En este punto juegan un papel importante los denominados conocimientos especiales, puesto que si bien es verdad nadie está obligado a tener conocimientos superiores a los que se requieren para el desarrollo de

(24) Para esta valoración es importante tener en cuenta (como se dijo en páginas anteriores) la representación de la realidad exigible al autor en la situación concreta; en este sentido, cuando su conducta sólo pueda ser entendida socialmente como un aporte voluntario a la acción conjunta de fabricación del artefacto explosivo (porque así lo hubiera entendido cualquier persona en su lugar), se podrá afirmar que con su conducta contribuyó a la creación colectiva de ese riesgo jurídicamente desaprobado.

un determinado rol social, también lo es que quien por cualquier razón adquiere esos conocimientos superiores a los de cualquier otra persona en su respectivo rol no está obligado a activarlos siempre (25), sino sólo en la medida en que de ellos se desprenda para él un deber de actuación (26). Por esa razón quien sabe que el nitrato de amonio cuya venta se le solicita va a ser utilizado para la fabricación de un explosivo con el que se cometerá un atentado, debe comportarse de manera tal que su conducta no pueda ser entendida como parte de la conspiración delictiva, lo que significa abstenerse de la venta o informar a las autoridades de los planes que han llegado a su conocimiento. Si pese a ese conocimiento especial que ha adquirido sobre la utilización que se dará a la sustancia, accede a su venta y no comunica de la misma a las autoridades, su conducta puede ser considerada como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, bien sea en el contexto de esa acción colectiva que también ha sido valorada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado (si entre los intervinientes hubo acuerdo de voluntades para la realización de la conducta), o como parte de un comportamiento individual (en caso de que no hubiera existido acuerdo de voluntades).

Pero como la simple creación de un riesgo jurídicamente desaprobado no basta para cerrar el juicio de imputación objetiva, es indispensable demostrar que la acción colectiva que constituye creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es la misma que se realizó en el resultado, entendido como el quebrantamiento de una norma penal. En el ejemplo que se viene analizando, el juicio de imputación objetiva se cerraría cuando se lograra establecer que el artefacto explosivo fue el mismo cuyo accionamiento sirvió para lesionar a una persona. Como

(25) «Las personas que actúan aisladamente, cuyo tratamiento desde un punto de vista penal no es problemático –y que, por ello, ya no va a ser mencionado en lo sucesivo–, al igual que aquellas otras que actúan en una división restringida del trabajo, puede que sepan lo que va a suceder tras haber prestado su aporte –por ejemplo, puede que el taxista haya reconocido al pianista y que conozca el programa, y puede que el constructor sepa a grandes rasgos qué tipo de música va a ser interpretada en el auditorio–, pero, al respecto, no se trata de un conocimiento que pertenezca al rol en el que se interactúa, respectivamente, sino de un conocimiento especial, que no es suficiente para vincularles con el resultado». GÜNTHER JAKOBS, *Lampe Festschrift*, p. 563.

(26) Eso excluye que pueda considerarse como delictiva la conducta de quien teniendo un conocimiento especial no lo activa porque no tiene el deber de hacerlo; ejemplo: quien en una fábrica está encargado de la apertura y cierre de una compuerta por la que se vierten residuos que él sabe son contaminantes (porque así se lo escuchó comentar en un ascensor a algunos de los directivos de la empresa) no responde como coautor del delito de contaminación de aguas si después de escuchar esa conversación continúa operando la compuerta por la que se arrojan las sustancia contaminantes.

la realización del riesgo en el resultado supone el conocimiento de una voluntad orientada hacia el quebrantamiento de una determinada norma penal (27), el juicio sobre la realización del riesgo en el resultado supone conocer previamente cuál fue la norma cuyo quebrantamiento se quiso con la acción colectiva, pues si lo que con esta última se pretendía al accionar el artefacto explosivo era matar a una determinada persona, el hecho de que ella haya resultado herida permite la imputación objetiva de una tentativa de homicidio, al paso que si lo que con la acción colectiva se pretendía era la lesión de la víctima (como en efecto ocurrió), entonces sólo se podrá imputar objetivamente un delito de lesiones personales consumadas.

La determinación de que la acción conjunta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado se realizó en el resultado no agota tampoco el juicio de imputación objetiva; se requiere (tal como en párrafos anteriores se explicó respecto del análisis de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados), una valoración de cada uno de los aportes individuales que ya han sido calificados como creadores de riesgos jurídicamente desaprobados, para verificar si ellos pueden ser considerados como parte de la realización en el resultado de la acción conjunta. La respuesta será positiva cuando la persona haya desplegado su conducta individual con la intención de vulnerar una determinada norma a través de la actuación colectiva (28), siempre que además su comportamiento haya sido útil al colectivo para la realización del riesgo en el resultado.

Si la conducta que individualmente ha sido calificada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado no estuvo orientada por el individuo al quebrantamiento de la norma finalmente vulnerada por la acción colectiva, su aporte individual no podrá ser considerado como realizado en el resultado de la actuación colectiva por ausencia de dolo. Si, en el ejemplo propuesto, quien ha escuchado a los potenciales compradores de nitrato de amonio que con él fabricarán un artefacto explosivo y atentarán contra una persona, decide venderles la sustancia porque considera fundadamente que la conversación escuchada no pasa de ser una broma, no habrá actuado con dolo respecto del quebrantamiento de la norma que resulta violada con la acción colectiva (lesiones personales, por ejemplo), razón por la cual no se podrá afirmar que su acción creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado se realizó en el resultado como parte de la acción colectiva.

(27) Tal como se señaló al comienzo de este escrito.

(28) Sobre la importancia del acuerdo previo en la coautoría, *cfr.* por ejemplo GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal*, ed. cit., 21/42.

Tampoco se podrá calificar al vendedor del ejemplo como interviniente en la actuación conjunta, si enterado de los planes delictivos de los potenciales compradores de la sustancia decide vendérsela con la intención de que den muerte a la víctima (quien de acuerdo con la conversación escuchada por el vendedor es un antiguo enemigo suyo), pero sin haber llegado a un acuerdo de voluntades con los compradores sobre la ejecución conjunta del delito. No obstante lo anterior, si frente a la conversación escuchada pudiera considerarse que la acción del vendedor fue imprudente (si bien no tuvo intención de tomar parte en el hecho delictivo, sí había elementos de juicio suficientes para pensar que el atentado del que hablaban los potenciales compradores habría de producirse), el vendedor de la sustancia química podría responder a título individual como autor de unas lesiones personales imprudentes, con absoluta independencia de que quienes fabriquen y accionen el artefacto explosivo respondan como coautores de unas lesiones personales dolosas (admitiendo que el resultado finalmente ocasionado fue el de lesiones).

En caso de que el aporte prestado por el individuo no sea utilizado en desarrollo de la acción colectiva, su conducta aislada no podrá ser considerada como realizada en el resultado. Sin embargo, la utilización del aporte individual no debe ser entendida como que haya sido determinante en la fase de consumación del delito (29), sino tan solo en el sentido de que haya sido tenido en cuenta durante la fase de ejecución de la acción colectiva que se considera realizada en el resultado. En el ejemplo propuesto, si finalmente los compradores del nitrato de amonio consideran que es mejor utilizar en la fabricación del artefacto explosivo una sustancia diversa y desechan el empleo de la ya adquirida, la lesión ocasionada con la detonación del explosivo fabricado sin el nitrato de amonio no podrá serle objetivamente imputada al vendedor de ésta última sustancia, porque el riesgo jurídicamente desarrollado por él no se realizó en el resultado. La solución varía si los compradores de los insumos deciden que intentarán matar a su víctima mediante el empleo de un rifle, pero fabrican un artefacto explosivo

(29) En este sentido restringido se pronuncia JAKOBS: «O, trasladado a la obra “lesión de la norma”, esto quiere decir que el interviniente ha de haber configurado, al menos, alguno de los elementos del delito de un hecho concreto –por ello se le llama interviniente–, por ejemplo, que en un asesinato se haya disparado con *su* pistola, que en un hurto haya sido utilizada *su* ganzúa, o que él haya organizado que la víctima de unas lesiones se encuentre *precisamente* en las cercanías del autor del delito, cuando éste comienza con la ejecución del hecho; en otras palabras, el interviniente ha tenido que lograr que se vaya a llegar a la ejecución». GÜNTHER JAKOBS, *Lampe Festschrift*, p. 565.

con el nitrato de amonio ya adquirido para ser utilizado solamente en el evento de que el atentado con el arma de fuego falle; en esta hipótesis, el hecho de que durante la ejecución del atentado con el rifle hayan tenido listo para explotar el artefacto explosivo permite entender que el riesgo jurídicamente desaprobado de quien vendió el nitrato de amonio para la fabricación de este último se realizó en el resultado, aun cuando finalmente no se haya recurrido a la explosión porque el disparo dio muerte a la víctima. La realización de ese riesgo individual en el resultado se explica por el hecho de que su aporte fue utilizado en la ejecución de la acción colectiva que se entiende realizada en el resultado, la cual comprende no solamente la efectiva utilización del arma de fuego para dar muerte a la víctima, sino la utilización del explosivo como segunda alternativa de consumación del hecho ante la eventual falla del disparo.

En casos como éste no se puede hablar de una tentativa respecto del aportante individual, porque la acción colectiva a la que contribuyó ha abandonado ya el plano de los actos ejecutivos y consiguió la consumación del resultado; en otras palabras, como sólo respecto de la acción colectiva puede ser predicada la consumación, esta última no depende de si con el aporte individual se consiguió o no la realización del resultado, sino de si la acción colectiva quebrantó o no la norma. Por lo que respecta al aporte individual, una vez que él se ha sumado a la acción colectiva de ejecución del delito sigue la suerte de ésta última, de tal forma que si el asalto al banco no puede consumarse todos los que prestaron su apoyo para el mismo responderán por una tentativa; pero si el robo tiene éxito, todos quienes hicieron un aporte individual utilizado durante la fase de ejecución del mismo, responderán por el delito consumado. Por eso quien ha contribuido al robo de un banco mediante la labor de vigilar los alrededores del mismo durante la ejecución del delito, no puede alegar impunidad por el hecho de que como no se presentó ningún peligro durante la ejecución del robo y, por consiguiente, no tuvo necesidad de avisar a sus compañeros de hechos como la llegada de las autoridades, su conducta en nada contribuyó al delito y debe quedar impune.

En las acciones colectivas el juicio de imputación objetiva tiene entonces la particularidad de que no sólo se debe analizar si la acción colectiva puede ser entendida como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado; adicionalmente a ello, se debe establecer si cada aporte individual puede ser considerado como un riesgo jurídicamente desaprobado dentro del contexto de la acción colectiva (es decir, en el significado de esa conducta que socialmente es percibida como colectiva) y si esa conducta que indivi-

dualmente puede ser calificada de creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, fue parte de esa acción colectiva cuyo desarrollo se realizó en el resultado mediante el quebrantamiento de la norma penal. De esa manera se explica el paso de una responsabilidad derivada de una actuación colectiva, a una responsabilidad individual de cada uno de los integrantes del colectivo (30).

Si el juicio de imputación objetiva que se hace respecto de todos quienes intervienen en la comisión de un delito (llámense autores o partícipes) supone la determinación de si hubo o no una creación de riesgo jurídicamente desaprobado que se realizó en el resultado, entonces desde el punto de vista de la imputación objetiva no existe ninguna diferencia entre un autor y un partícipe (31), lo cual lejos de constituir un problema representa una ventaja en cuanto permite mantener unificada la teoría del delito. El hecho de que algunos de esos aportes a la ejecución colectiva de un delito puedan ser considerados cuantitativamente como más importantes que otros, no altera el fundamento de la responsabilidad de quienes los desarrollaron como seres sociales (que es a lo que se contrae el juicio de imputación objetiva), sino que permite tan solo una distinta cuantificación de la pena (32) respecto de cada interviniente (33); es exactamente lo mismo que ocurre cuando se hacen valoraciones positivas de conductas colectivas, pues la construcción de una determinada marca de vehículos puede ser

(30) «Sigue siendo un misterio cómo es que resulta posible, en primer lugar, constituir responsabilidad mediante la introducción de un sujeto global y, después, transferir esta responsabilidad a cada uno de sus miembros (dependientes)»; URS KINDHÄUSER, *Hollerbach Festschrift*, p. 630.

(31) En este sentido *cfr.* GÜNTHER JAKOBS, *Lampe Festschrift*, p. 570 («Cualquier diferencia cualitativa que se quiera intentar entre un interviniente y un ejecutor resulta imposible») y HEIKO LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, po. S. 197 («No existe una diferencia cuantitativa entre autor y partícipe en el plano de la tipicidad, ni desde el punto de vista objetivo-formal ni en el ámbito de la imputación»).

(32) En este sentido *cfr.* GÜNTHER JAKOBS, *Lampe Festschrift*, S. 571 («La diferenciación entre autoría y participación es, por tanto, una diferenciación que debe ser graduada según su peso en el ámbito de la medición de la pena; en particular, no hay una distinción material del coautor frente al cómplice y, todavía menos hay motivo alguno para anudar el concepto de autoría a un tomar parte en el momento de la ejecución...»); HEIKO LESCH, *ZStW* 105 (1993), p. 284.

(33) Como la determinación de la pena imponible a quienes toman parte en la ejecución del hecho delictivo es un problema cuantitativo, la desaparición de una diferencia cualitativa entre autor y partícipe en el plano de la imputación objetiva no significa su traslado al ámbito de la punibilidad; en contra se pronuncia Roxin, para quien una distinción cualitativa entre autores y partícipes siempre es indispensable, y si no se lleva a cabo en el plano del injusto necesariamente debe realizarse en el ámbito de la punibilidad (*cfr.* CLAUS ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, § 36).

alabada por el consumidor final, con absoluta independencia de que el fabricante premie a uno de sus trabajadores como el más eficiente de la planta, despida a otro por su escaso rendimiento laboral, o decida pagar más a los pintores que a los encargados de instalar las llantas porque considere cuantitativamente más importante la labor de aquellos que la de éstos; las determinaciones que individualmente se adopten respecto de los trabajadores, en nada afectan el hecho de que la construcción de esos vehículos por parte de ese fabricante es positivamente valorada por el conglomerado social como una acción colectiva en la que toman parte muchas personas, cuya actividad individual no incide de manera directa en ese juicio positivo.

La desaparición de una diferencia cualitativa entre el autor y el partícipe no hace desaparecer la figura de la accesoriedad (34), sino que tan sólo cambia el referente de la misma (35). La responsabilidad del partícipe no es accesoria respecto de la del autor individualmente considerado, sino que la responsabilidad de todos los intervinientes es accesoria respecto de la acción colectiva (36), en forma tal que si esta última no puede ser considerada como creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado, entonces la actuación individual de cada uno de quienes produjeron la acción colectiva tampoco podrá ser considerada como penalmente relevante frente al resultado de la actuación conjunta (es decir, esas acciones individuales no podrán considerarse creadoras de un riesgo jurídicamente desaprobado que como parte de una acción colectiva se realizó en el resultado entendido como el quebrantamiento de la norma penal) (37).

Al afirmarse que en la intervención delictiva la conducta sobre la que recae de manera inmediata el juicio de imputación objetiva es la acción colectiva y no los aportes individuales que la conforman, lo que importa no es que cada uno de los intervinientes haya desarrollado integralmente la conducta típica, sino que los elementos configuradores de la misma puedan ser predicados de la acción colectiva. En consecuencia, así como no se exige de cada uno de los intervinientes en

(34) En contra Kindhäuser, en cuanto advierte que el partícipe no puede ser considerado como parte de una acción conjunta, porque su misma definición alude a que su responsabilidad es por la participación en el hecho antijurídico de «otro»; KINDHÄUSER, *Hollerbach Festschrift*, p. 631.

(35) Sobre los problemas que acarrearía la desaparición del principio de accesoriedad, *Cfr.*: GÜNTHER JAKOBS, *Lehrbuch*, 21/8a.

(36) Esa acción conjunta desarrollada por el colectivo de personas, es el «otro» que echa de menos Kindhäuser como fundamento de la responsabilidad del partícipe.

(37) En similar sentido *cfr.*: GÜNTHER JAKOBS, GA 1996, p. 265 y *Lampe Festschrift*, p. 572, HEIKO LESCH, ZStW 105 (1993), pp. 289, 291 y 292.

un robo con violencia que se apoderen individualmente de la cosa mueble ajena o que ejerzan violencia para facilitar o asegurar su aprehensión (basta con que uno cualquiera de los intervinientes realice la aprehensión o ejerza la violencia), cuando un determinado tipo penal exige una cualificación en el sujeto activo de la conducta, basta con que cualquiera de los intervinientes posea esa condición especial para que la conducta pueda ser considerada como típica (38); ello es así porque en la intervención delictiva la imputación objetiva recae ante todo sobre una acción colectiva y, por lo tanto, es respecto de ésta que deben predicarse todos los elementos del tipo.

La exigencia de una cualificación especial en el sujeto activo de algunas conductas delictivas, obedece al hecho de que el legislador ha considerado que tales comportamientos merecen una sanción especialmente severa por suponer la infracción de especiales deberes de comportamiento; en estos casos el quantum punitivo está directamente relacionado con la vulneración de un deber de conducta radicado en cabeza de alguien con una determinada cualificación, como ocurre por ejemplo cuando quien se apodera de un bien mueble ajeno (conducta que usualmente corresponderá a la descripción típica del delito de hurto) es un servidor público que se apropia de bienes del Estado; en hipótesis como ésta su conducta es sancionada de una manera más severa en cuanto corresponde a la descripción típica de un delito de malversación que sanciona el apoderamiento de bienes del Estado por parte de un servidor público.

Pero para cumplir con la finalidad de sancionar más severamente aquellos ataques a bienes jurídicos que provienen de personas con especiales deberes de conducta no hace falta mantener una artificiosa distinción cualitativa entre autores y partícipes; en efecto, si bien en la intervención delictiva la valoración sobre la existencia de los elementos típicos se debe realizar sobre la acción colectiva, ello no obsta para

(38) Uno de los argumentos utilizados por Kindhäuser para oponerse a la fundamentación de la punibilidad de los intervinientes a partir de la consideración de una acción colectiva, es precisamente la existencia de los delitos especiales propios: «El hecho de que necesariamente ha de existir una diferencia cualitativa entre autoría y participación, que deriva de que el deber del autor es distinto del que corresponde al partícipe, ha de inferirse de modo necesario ya de la mera existencia de delitos especiales propios. Que sólo un juez, y no un *extraneus*, pueda cometer prevaricación (§ 339 StGB) –aunque sea éste último el que redacte la sentencia que el juez firma– muestra que, precisamente, la responsabilidad de *intraneus* y *extraneus* no es idéntica en cuanto a su fundamento y objeto. Por el contrario, el *extraneus* sólo puede verse vinculado por un deber secundario de no determinar a un *intraneus* a infringir su deber (primario) o de no auxiliarlo en tal infracción de deber»; URS KINDHÄUSER, *Hollerbach Festschrift*, p. 651.

que al momento de dosificar la pena aplicable a cada uno de los intervinientes, se sancione de manera más severa al servidor público que se apropia de bienes del Estado que al particular que realiza la misma conducta. De esta manera, aun cuando basta con que cualquiera de los intervinientes en la acción colectiva posea la cualificación exigida por el tipo para que la acción colectiva pueda ser considerada como típica (39), aquel interviniente que la posea recibirá una sanción más elevada que el que carece de la misma, precisamente debido a que se considera más grave su infracción al deber de comportamiento derivado de su condición (40).

La eliminación de una diferencia entre autores y partícipes en el ámbito de la imputación objetiva y su relegación al campo de la medición de la pena como un asunto meramente cuantitativo, así como la consideración de las aportaciones de los intervinientes en una acción delictiva como una actuación conjunta respecto de la cual debe llevarse a cabo el juicio de imputación objetiva (en un doble nivel que comprende el análisis tanto de la acción colectiva como de la actividad de cada uno de los intervinientes), permite avanzar en la fundamentación normativa de una teoría del delito, cuyo impulso a través de su reformulación de la teoría de la imputación objetiva es probablemente el aporte más importante hecho por Jakobs al Derecho penal.

(39) Con razón había señalado Kindhäuser que la idea de una acción colectiva como fundamento de la responsabilidad de los intervinientes fallaría frente a los delitos especiales propios, pues se trata de casos en los que no se hace responder al partícipe como si esa acción conjunta (que incluye la cualificación del sujeto activo) fuera propia; *Cfr.* URS KINDHÄUSER, *Hollerbach Festschrift*, p. 631. El problema desaparece con la solución que aquí se propone, pues basta con que uno de los intervinientes en la acción colectiva tenga la cualificación exigida por el tipo penal, para que surja a la vida jurídica ese comportamiento conjunto que fundamenta la responsabilidad de todos los partícipes, sin perjuicio de que al momento de dosificarles la pena se tenga en cuenta la cualificación exigida por el tipo penal para efecto de sancionar más severamente al partícipe que la poseía al ejecutar el delito que a quien carecía de ella.

(40) Esta solución deja planteado el interrogante de si se justifica tener descripciones típicas autónomas como la malversación, cuya diferencia con los delitos contra el patrimonio (como el hurto) radica tan solo en la cualificación del sujeto activo; la pregunta es si no bastaría con establecer como agravante punitiva de esos delitos la cualificación del sujeto activo, sin necesidad de construir un tipo penal autónomo.