



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



TÍTULO:

**LA COAUTORÍA EN EL DERECHO PENAL
¿ES EL CÓMPLICE PRIMARIO UN COAUTOR?**

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGISTER EN DERECHO PENAL

AUTOR:

DAVID EMMANUEL ROSALES ARTICA

ASESOR:

DR. JOSÉ ANTONIO CARO JOHN

MIEMBROS DEL JURADO:

**DR. IVÁN FABIO MEINI MÉNDEZ
DR. FELIPE ANDRÉS VILLAVICENCIO TERREROS
DR. JOSÉ ANTONIO CARO JOHN**

LIMA, 2012

2



LA COAUTORÍA EN EL DERECHO PENAL
¿ES EL CÓMPLICE PRIMARIO UN COAUTOR?



“... un Código Penal pertenece a su tiempo y al estado de la sociedad civil en él.”

G.W.F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, §218 Anmerkung



A mis padres

ÍNDICE

Abreviaturas	9
Introducción	10

MARCO METODOLÓGICO

I. El problema de Investigación	15
1. Presentación y formulación del problema	15
a. Problema principal	17
b. Problemas específicos	17
2. Antecedentes	17
II. Objetivos, justificación, hipótesis y tipo de investigación	18
1. Objetivos de la investigación	18
a. Objetivo general	18
b. Objetivos específicos	18
2. Justificación, importancia y delimitación del tema de investigación	18
a. Justificación de la investigación	18
b. Importancia de la investigación	19
b.1. Importancia a nivel teórico	19
b.2. Importancia a nivel práctico	19
b.3. Importancia a nivel metodológico	19
c. Delimitación de la investigación	19
c.1. Delimitación espacial	20
c.2. Delimitación temporal	20
c.3. Delimitación cuantitativa	20
3. Formulación de hipótesis	20
a. Hipótesis principal (general)	20
b. Hipótesis secundarias (específicas)	20
4. Tipo y nivel de investigación	21
a. Tipo	21
b. Nivel de Investigación	21

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE AUTOR: ESTADO DE LA DISCUSIÓN

I. Planteamiento	22
II. El concepto de autor	23
1. Concepto Unitario de Autor	24
2. Concepto Extensivo de Autor	26
a. Teorías del dolo	28

b. Teoría del interés	29
3. Concepto Restrictivo de Autor	31
a. Teoría objetivo-formal	33
b. Teoría objetivo-material	35
c. Teoría del dominio del hecho	37
4. Autoría como competencia por la configuración del hecho	43
III. Valoración	47

CAPÍTULO II

COAUTORIA EN UNA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL ONTOLÓGICA

I. Planteamiento	51
II. Coautoría como dominio del hecho funcional	54
1. Dominio del hecho funcional como presupuesto de la coautoría	58
2. Requisitos de la coautoría	63
a. Requisitos objetivos	63
a.1 Intervención en la fase ejecutiva	63
a.2 Contribución esencial para la configuración del hecho punible	65
b. Requisito subjetivo	70
b.1 Decisión conjunta de realizar el hecho punible	70
III. Complicidad primaria como figura intermedia entre coautoría y complicidad secundaria	79
1. La <i>cooperación necesaria</i> del Derecho penal español como fuente de la regulación de la complicidad primaria	80
2. La complicidad primaria en el Derecho penal peruano	89
3. Complicidad primaria como contribución esencial al hecho punible durante la fase de preparación	98
IV. Valoración	105

CAPÍTULO III

COAUTORÍA Y COMPLICIDAD PRIMARIA EN UNA CONCEPCIÓN NORMATIVO-VALORATIVA DEL INJUSTO PENAL: LA ORGANIZACIÓN COMÚN ÚNICA

I. Coautoría como realización colectiva del tipo por un único sujeto	111
1. Punto de partida: el delito como expresión de sentido entre personas	111
2. Participación en el delito desde un punto de vista normativo-valorativo	116

a. Responsabilidad penal en los delitos de infracción de deberes generales negativos (comunes, de dominio o de organización personal)	117
b. Posición de deber, organización y competencia	124
c. Participación en el delito desde un punto de vista normativo-valorativo	129
II. ¿Es el cómplice primario un coautor?	137
1. Coautoría y complicidad primaria en la doctrina del dominio del hecho de bases ontológica	137
2. Coautoría y complicidad primaria en una concepción normativo-valorativa del injusto penal: la organización común única	141
III. Valoración	147
Conclusiones	151
Recomendaciones	162
Bibliografía	163



ABREVIATURAS

AAVV	<i>Autores varios</i>
ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
AT	<i>Allgemeiner Teil</i>
art.	<i>artículo</i>
arts.	<i>artículos</i>
Cfr.	<i>confróntese</i>
CP	<i>Código Penal</i>
CPs	<i>Códigos Penales</i>
CPC	<i>Cuadernos de Política Criminal</i>
ed.	<i>edición</i>
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
LH	<i>Libro Homenaje</i>
Óp. Cit.	<i>obra citada</i>
p.	<i>página</i>
pp.	<i>páginas</i>
PE	<i>Parte Especial</i>
PG	<i>Parte General</i>
párr.	<i>párrafo</i>
párrs.	<i>párrafos</i>
RP	<i>Revista Penal</i>
RPCP	<i>Revista Peruana de Ciencias Penales</i>
RPDJP	<i>Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales</i>
s.	<i>siguiente</i>
ss.	<i>siguientes</i>
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
TC	<i>Tribunal Constitucional</i>
Vid.	<i>véase</i>
Vol.	<i>volumen</i>

INTRODUCCIÓN

Son diversas las formas en las que el comportamiento humano se puede estructurar a fin de configurar una autoría criminal. Ésta no termina con la realización directa y de propia mano de los hechos descritos en los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal (*autoría inmediata por dominio de la acción*), ni tampoco con la ejecución de éstos por intermedio de una persona que lleva adelante la voluntad del “hombre de atrás” al haber sido reducida por éste a la categoría de instrumento (*autoría mediata por dominio de la voluntad*). La fenomenología de la codelinuencia nos muestra que el quebrantamiento de las normas penales, puede realizarse también a través de la actuación conjunta de varias personas (*coautoría como dominio del hecho funcional*).

Esta última forma de vulneración de la norma penal se suele denominar en el Derecho penal como *coautoría*. Tanto de su regulación en los Códigos Penales como de su propia naturaleza, la coautoría se explica como una figura de intervención en el delito mediante la cual la determinación del sujeto del hecho contenido en los tipos penales se *extiende* a aquellos que toman parte del dominio colectivo del hecho y su ejecución, con el fin que todos ellos puedan ser considerados como autores del hecho conjunto. En este sentido, la coautoría es una forma de *extensión de la responsabilidad*, siendo este el motivo para que se haga referencia a ella como modalidad impropia o imperfecta de participación, en contraste con sus manifestaciones propias: *instigación* y *complicidad*.

Ahora bien, una de las consecuencias que trae consigo esta interpretación de la coautoría como extensión de la responsabilidad o forma imperfecta de participación sería la demanda por implementar los parámetros que coadyuven a delimitar entre lo que es coautoría y lo que es complicidad. En efecto, usualmente el principal inconveniente en el campo de la intervención delictiva se ha asociado a la diferenciación entre coautores y cómplices. Sin embargo, los problemas de delimitación han aumentado con la regulación en algunas legislaciones penales de una forma de intervención criminal denominada *complicidad primaria* y ubicada en una zona intermedia entre la coautoría y la complicidad.

La complicidad primaria está presente en el Derecho penal peruano desde que el legislador del Código Penal de 1863 decidiera su inclusión tomando como base al *cooperador necesario* del Código Penal español. Conforme a nuestra regulación vigente,

el cómplice primario –quien se debe diferenciar del *cómplice secundario*- se caracteriza por la eficacia o esencialidad de su aporte para la realización del hecho punible, teniendo lugar su intervención -a decir de la doctrina y jurisprudencia nacional- *antes* que se inicie la ejecución de éste, creando las condiciones necesarias que lo hagan posible, pero sin posibilidad de acceso al dominio del hecho funcional, *a pesar de la importancia de su intervención*.

Desde su recepción en nuestro Derecho penal, la complicidad primaria ha presentado innumerables inconvenientes al momento de su concreción y cuando se ha pretendido determinar sus límites frente a la coautoría y la complicidad secundaria, ello debido esencialmente a que su fórmula legal posee un carácter negativo, hipotético y *ex post*. Así, muchas decisiones de la justicia nacional en las que se ha debido determinar el título de imputación a otorgar a quienes han vulnerado las normas penales –coautor, cómplice primario o cómplice secundario- se han tomado en función de las circunstancias concretas de cada caso, ocultando en la mayoría de oportunidades las razones que llevaron a una u otra calificación y demostrando la imposibilidad de derivar criterios generales que se apliquen de forma unánime a los diversos casos, lo que ha conducido a la existencia de una jurisprudencia poco homogénea, a menudo confusa y no libre de contradicciones, poniendo en tela de juicio la observancia de la seguridad jurídica.

En ese sentido, tomando en consideración el carácter esencial del aporte del cómplice primario para la realización del hecho punible y a su simetría con el comportamiento del coautor, en el presente trabajo planteamos el interrogante de si *el cómplice primario es o no un coautor*.

A partir de la investigación realizada y las conclusiones que ésta arroja, para nosotros la respuesta es afirmativa, pues la complicidad primaria es una figura que ha sido mantenida en el Derecho positivo peruano para agrupar todos aquellos comportamientos que si bien son propios de coautoría no pueden ser calificados como tal debido a la ausencia de un poder o dominio fáctico del suceso en los sujetos que los llevan a cabo, toda vez que su intervención –más allá del importante valor de su aporte para la consumación del ilícito- tiene lugar momentos previos a la ejecución del hecho. Además, su vigencia se ha justificado afirmando que con ella se consigue castigar con la misma pena del autor a todo sujeto que por las razones expuestas no puede ser declarado coautor, evitando su castigo como cómplice secundario, pues ello tendría como

consecuencia la rebaja de la pena, solución que es insatisfactoria por la importancia de la colaboración prestada para la materialización del ilícito penal.

En tal sentido, nosotros rechazamos la existencia y regulación de la complicidad primaria por estar sustentada en consideraciones meramente causales y no normativo-valorativas conforme a la actual orientación del Derecho penal. De esta manera, propugnamos su exclusión del Derecho penal positivo, sobre todo cuando se persiste con su mantenimiento conforme consta en el actual proyecto de reforma del Código Penal peruano.

Dicho todo lo anterior, en las siguientes líneas vamos a presentar el desarrollo de nuestra investigación apoyándonos en la siguiente estructura: en primer lugar (**Capítulo I**), se presenta un resumen de las concepciones dogmáticas en torno al denominado *concepto de autor*. Al respecto, llevamos a cabo una exposición de los planteamientos doctrinales más importantes sobre el estado de la discusión. En el examen de cada uno de ellos, predomina un enfoque crítico y se pone atención a las incorrecciones derivadas de una interpretación fenomenológica de la autoría y participación.

En segundo lugar (**Capítulo II**), se muestra el estado de la cuestión en torno a la coautoría como objeto principal de nuestro estudio. En particular, me centro en la concepción que de ésta tiene la doctrina del dominio del hecho a través del denominado *dominio del hecho funcional*. Como colofón, pongo mi atención sobre la complicidad primaria, la cual a pesar de su pacífico reconocimiento a nivel de nuestra doctrina y jurisprudencia, sólo encuentra justificación desde una perspectiva dogmática de bases ontológicas. Es en este punto donde comienzo a cuestionar su autonomía respecto de la coautoría.

Finalmente (**Capítulo III**), me aboco a presentar mi concepción personal sobre la coautoría y complicidad primaria. En ese sentido, expondré las razones por las que se debe entender como complicidad propiamente a la denominada complicidad secundaria; mientras que la primaria debe ser tenida como manifestación de la coautoría, atendiendo no sólo a que tiene establecida la misma pena designada para el autor, sino también a la relevancia del aporte para la comisión del hecho punible. Para ello, tomo como pilares a la filosofía hegeliana y el pensamiento funcionalista (en particular el de GÜNTHER JAKOBS y HEIKO LESCH), así como al valor al empleo de criterios normativo-valorativos para explicar el injusto penal.

Todo ello desemboca en una toma de postura en favor de una interpretación normativa de la comisión conjunta del hecho punible (codelinuencia) y una supresión de la complicidad primaria de nuestro Derecho penal positivo, en tanto la determinación de los límites de la coautoría no viene expresa y definitivamente resuelta por la ley, sino que depende de consideraciones e interpretaciones valorativas. Con ello pretendo no sólo contribuir a motivar la discusión sobre el tema objeto de la presente investigación, sino también la plasmación de una fórmula teórica manejable que ofrezca criterios útiles para resolver adecuada y satisfactoriamente los problemas que se presentan en la práctica en el ámbito de la autoría y participación, y en particular, de la coautoría y complicidad.

En este marco, resulta trascendente mostrar el trato que se le ha otorgado a la complicidad primaria por los jueces nacionales, pues como correctamente ha expresado PÉREZ ALONSO aludiendo a la relevancia de considerar el tratamiento que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se le ha brindado a la *cooperación necesaria*, “cualquier investigación jurídico-penal realista y con vocación práctica no puede obviar, en modo alguno, el conocimiento y estudio –crítico o no- de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la materia de que se trate”.

En lo que concierne a la metodología empleada en la presente tesis, ésta consiste en la elaboración de un sistema con perspectiva global a partir del cual solucionar los problemas que se presenten y no actuando en sentido contrario, esto es, intentado encontrar la respuesta adecuada a partir de un grupo de casos. Acertadamente FEIJÓO SÁNCHEZ ha criticado esta última forma de proceder, porque “no se trata de resolver casos particulares con criterios *ad hoc*, sino resolver problemas generales de imputación mediante fundamentos materiales que ofrezcan soluciones generales y, por consiguiente, cierta seguridad a la hora de aplicar el Derecho a todos los casos concretos que obedecen a un problema general común”, pues –continúa- “«el sistema es un elemento irrenunciable de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho» y la renuncia al pensamiento sistemático supone un retorno al pensamiento tópico, al casuismo y a la solución ocasional; en definitiva, un retorno a la arbitrariedad, irracionalidad, improvisación e inseguridad jurídica, posibilitando con ello que hechos y situaciones valorativamente iguales sufran un trato desigual o viceversa”. Esto significa que no se podrá alcanzar seguridad jurídica con pura tópica y sin sistemática.

Por otro lado, entiendo que una fundamentación, elaboración e interpretación de los institutos penales como la participación criminal no puede ser realizada desde categorías no-normativas, esto es, a partir de estructuras lógico-objetivas como las denominaba HANS WELZEL, sino desde una perspectiva normativo-valorativa del Derecho. Para ello, el punto de vista a partir del cual se desarrolla la presente investigación se enmarca en una *metodología teleológico-funcional*, pues soy de la opinión que toda construcción dogmática en Derecho penal debe estar orientada sobre los fines que éste y la Constitución Política persiguen.

Por todo lo expuesto, con la presente investigación busco entregar las pautas y criterios necesarios para que se adopte a nivel teórico y de la praxis forense un tratamiento normativo-valorativo de las formas de intervención en el delito, con la finalidad de reconducir la calificación como autor o partícipe (coautor o cómplice) a límites político-criminalmente aceptables y dogmáticamente válidos.

Magdalena del Mar, Octubre de 2012

MARCO METODOLÓGICO

SUMARIO: I. El problema de Investigación. 1. Presentación y formulación del problema. a. Problema principal. b. Problemas específicos. 2. Antecedentes. II. Objetivos, justificación, hipótesis y tipo de investigación. 1. Objetivos de la investigación. a. Objetivo general. b. Objetivos específicos. 2. Justificación, importancia y delimitación del tema de investigación. a. Justificación de la investigación. b. Importancia de la investigación. b.1. Importancia a nivel teórico. b.2. Importancia a nivel práctico. b.3. Importancia a nivel metodológico. c. Delimitación de la investigación. c.1. Delimitación espacial. c.2. Delimitación temporal. c.3. Delimitación cuantitativa. 3. Formulación de hipótesis. a. Hipótesis principal (general). b. Hipótesis secundarias (específicas). 4. Tipo y nivel de investigación. a. Tipo. b. Nivel de Investigación.

I. El problema de Investigación.

1. Presentación y formulación del problema.

En la doctrina de la intervención en el delito es clásico traer a colación una cita realizada por CLAUS ROXIN en su *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*: “la teoría de la participación es «el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho penal»”. Esta expresión que como bien reconoce ROXIN procede de HERMANN KANTOROWICZ, se ha convertido en una frase histórica.

Efectivamente, el problema nuclear de la teoría de la intervención delictiva (codelinuencia) se ha centrado tradicionalmente en la distinción entre autoría y participación. Sin embargo, los esfuerzos para lograr tal delimitación se multiplican, por ejemplo, cuando a nivel de legislaciones penales como la peruana se regula la *complicidad primaria*.

En efecto, en los arts. 23°, 24° y 25° del CP peruano junto a las tres formas de autoría y a la inducción se considera una clasificación de la complicidad en *primaria* y *secundaria*. Ambas, conforme la redacción del art. 25°, se distinguen por la eficacia del aporte para la realización del hecho punible: es *cómplice primario* quien presta un aporte sin el cual no se hubiera perpetrado el ilícito; mientras que es *cómplice secundario* quien colabora en la realización de la infracción con un aporte que no incide en la posibilidad de producción del injusto.

Tal distinción la podemos encontrar también en el Derecho comparado. Así, por ejemplo, el CP español diferencia entre *cooperador necesario* (que aparece en el CP de

1848 y tiene como antecedente más cercano a la doctrina medieval de la causa necesaria) y *cómplice*.

Esta clasificación de la complicidad en una de tipo esencial y otra no esencial para la materialización del hecho punible, demanda el desarrollo de un proceso de delimitación doble: primero, determinar el *límite máximo* de la complicidad primaria a partir del establecimiento de sus fronteras frente a la coautoría, y segundo, establecer su *límite mínimo* a partir de su demarcación respecto a la complicidad secundaria.

A nivel de la doctrina penal, los intentos destinados a conseguir tales delimitaciones se han llevado a cabo fundamentalmente en la dogmática penal española. Sin embargo, estos esfuerzos únicamente han alcanzado a aportar criterios de solución válidos sólo para algunos casos y no para la generalidad de los mismos, tornándose la distinción entre las referidas formas de intervención criminal en un debate con continua actualidad.

Esta ausencia de criterios generales que permitan distinguir entre coautoría, complicidad primaria y secundaria, tiene como consecuencia que en la aplicación del Derecho penal, por ejemplo, por los jueces peruanos, no sólo **no** existan parámetros fijos y determinados a efectos de definir el título de imputación que se le asigna a los intervinientes en un hecho punible, sino incluso que supuestos similares se califiquen de forma distinta, ocasionándose con ello el quebranto de la seguridad jurídica y las garantías establecidas en favor de los ciudadanos frente al *ius puniendi* estatal.

En tal sentido, como la regulación de la complicidad primaria trae consigo más inconvenientes que ventajas debido a su naturaleza intermedia entre la coautoría y la complicidad secundaria, nos preguntamos si *¿Es necesario seguir manteniendo la regulación de la complicidad primaria en el CP peruano o es preferible suprimirla, trasladando los supuestos englobados bajo ella a la regulación legal de la coautoría?*

La validez de esta interrogante se desprende también a partir del desarrollo de modernas formulaciones dogmáticas en las que se plantea la necesidad de reformular los alcances de la comisión conjunta del hecho punible (coautoría) desde criterios normativo-valorativos, con lo que la complicidad primaria –acuñada por una perspectiva teórica ya superada- quedaría sin sustento teórico y en la práctica funcionaría sólo como una figura residual.

Debo precisar que tanto la pregunta formulada como su respuesta tienen lugar en el marco de los denominados *delitos comunes* (desde mi perspectiva: *delitos de infracción de deberes generales negativos*) de comisión dolosa y, además, que la previsión realizada por nuestro CP en el sentido que el castigo para el coautor es el mismo que para el cómplice primario, no le quita legitimidad a la pregunta planteada

a. Problema principal.

A diferencia de una interpretación normativo-objetiva de las formas de estructuración del comportamiento humano a título de autoría y participación, los tradicionales esquemas de explicación de la intervención en el delito –sobre todo a nivel de coautoría y complicidad- no permiten captar las distintas formas en las que se puede configurar la comisión conjunta del hecho punible. Por ello, surge el interrogante: **¿debe seguir recurriéndose a una explicación ontológica de la intervención criminal o debe optarse por una interpretación normativo-valorativa?**

b. Problemas específicos.

- ¿Cuál es el fundamento y cuáles los límites de la intervención en el delito a título de coautoría?
- ¿Cuál es la naturaleza de la complicidad primaria?

2. Antecedentes.

En la doctrina nacional son escasos los trabajos que tratan, de forma general, el problema que se suscita en torno a la coautoría y complicidad primaria. Así tenemos básicamente el artículo de CASTILLO ALVA: “La complicidad como forma de participación criminal”, publicado en el número 9 de la *Revista Peruana de Ciencias Penales*, en donde postula ser partidario de la tesis por la que debe suprimirse la distinción entre complicidad primaria y secundaria, remitiendo la importancia del aporte del primero a los principios de determinación judicial de la pena.

La situación es distinta en la literatura penal extranjera, en particular en España pues como ya indicamos la *cooperación necesaria* española es fuente directa de nuestra complicidad primaria. Así tenemos el trabajo de PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, publicada en 1998. También destaca BOLEA

BARDON con su trabajo sobre *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial* del año 2004. Asimismo, existen artículos científicos sobre el tema como el de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO titulado “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, aparecido en el *Libro Homenaje a Don José Cerezo Mir en el 2002*. En estas obras se puede apreciar un variado tratamiento del tema de investigación.

II. Objetivos, justificación, hipótesis y tipo de investigación.

1. Objetivos de la investigación.

a. Objetivo general.

Posibilitar una interpretación de la coautoría desde criterios normativo-valorativos que sea compatible con nuestro sistema jurídico-positivo y con las exigencias político-criminales del Estado social y democrático de Derecho.

b. Objetivos específicos.

- Demostrar que una interpretación de la coautoría ajustada a criterios normativo-valorativos, permite captar mejor la esencia de la comisión conjunta del hecho punible.
- Desentrañar la naturaleza residual de la complicidad primaria.

2. Justificación, importancia y delimitación del tema de investigación.

a. Justificación de la investigación.

La presente investigación se justifica en: a) la necesidad de demostrar que la regulación de la complicidad primaria es superflua, pues se trata de una figura residual que sirve para “recoger” todos aquellos comportamientos que no pueden ser calificados como coautoría por carecer los sujetos que los llevan a cabo de un dominio o poder sobre el hecho al no tomar parte en la fase ejecutiva del delito; b) la necesidad de demostrar que la complicidad primaria debe ser suprimida de nuestro Derecho penal, por estar sustentada en consideraciones meramente causales; c) la necesidad de evitar que en las decisiones judiciales sobre coautoría y complicidad se sigan observando fallos confusos y

contradictorios ocasionados por la poca claridad que existe alrededor de la complicidad primaria, pues en la mayoría de oportunidades la justicia nacional resuelve en función de las circunstancias concretas de cada caso, ocultando muchas veces las razones que llevaron a una u otra calificación.

b. Importancia de la investigación.

b.1. Importancia a nivel teórico.

Relacionada con la solución de los interrogantes que estructuran la formulación del problema.

b.2. Importancia a nivel práctico.

Vinculada a la utilidad que debe representar para los operadores del Derecho, la re-fundamentación de la composición de la coautoría. En efecto, si pretendemos tener eficacia político-criminal (no dejar lagunas de impunidad) y buscamos formular imputaciones coherentes y garantistas, debemos partir de perspectivas normativas y no de una mera ontología.

b.3. Importancia a nivel metodológico.

Responder a un modelo fundado en la epistemología y tipos de investigación (por ejemplo, investigación de síntesis –para revisar el material existente y evaluar qué se ha tratado sobre nuestro tema–, investigación operativa –para mejorar la traducción de las hipótesis en operaciones de investigación– e investigación epistemológica –que persigue hacer un análisis del lenguaje penal–), así como al impacto social del estudio. En ese sentido, no se pretende solamente una investigación dogmática, sino jurídico-social (esto último implica partir de nuestro modelo de sociedad –y no de lo existente en otros países– y las responsabilidades que detentamos como personas).

c. Delimitación de la investigación.

La presente investigación se circunscribe al campo del Derecho penal. En ese sentido, cabe precisar que las referencias que realizamos en esta investigación a filosofía

y sociología se orientan a enriquecer el objeto de estudio: coautoría en una comprensión normativo-valorativa del injusto penal.

c.1. Delimitación espacial.

Se ha tomado en consideración tanto doctrina nacional como extranjera, decisiones de la Corte Suprema y legislación nacional y extranjera que versan sobre coautoría y complicidad.

c.2. Delimitación temporal.

En lo que concierne al análisis de la doctrina, cabe señalar que ésta abarca la existente aproximadamente desde el siglo XIX hasta la actualidad. Por su parte, en relación al análisis de la jurisprudencia, ésta corresponde fundamentalmente a los años 2000 a 2010.

c.3. Delimitación cuantitativa.

En este rubro, aproximadamente se han empleado cien (100) libros de teoría y un importante número de decisiones de la Corte Suprema.

3. Formulación de hipótesis.

a. Hipótesis principal (general).

Una correcta interpretación de la comisión conjunta del delito -coautoría- se sustenta en el abandono del modelo teórico que se inspira en categorías del ser y opta por la aplicación de fórmulas normativo-valorativas.

b. Hipótesis secundarias (específicas).

- Con el mantenimiento de la complicidad primaria en nuestro Derecho penal desde 1863 hasta el actual anteproyecto de CP, el legislador nacional ha demostrado no tener en cuenta el presente de la ciencia penal y de la cultura jurídica en el entorno europeo. Ha tomado partido por seguir conservando una figura que corresponde a un ideario científico primitivo, de una dogmática ya superada.

- Para la concepción clásica de la coautoría –asentada en la idea del dominio funcional del hecho ejecutivo- no califica como coautor quien a pesar de la importancia de su aporte para la materialización del ilícito sólo participa durante los actos preparatorios y no en la ejecución del hecho punible. En ese tipo de casos se debe acudir a la complicidad primaria.

4. Tipo y nivel de investigación.

a. Tipo.

El tipo de investigación es esencialmente teórica, pues se realizará sobre la base de conceptos teórico-dogmáticos.

b. Nivel de Investigación.

Las pautas de la presente investigación son: **descripción, explicación y construcción.** **Descriptiva**, porque en ella se exponen detalladamente los postulados teóricos más importantes sobre coautoría y complicidad. **Explicativa**, porque se formula un análisis crítico de las posturas teóricas elaboradas en la dogmática penal, lo cual permite dar respuesta a algunas interrogantes que subyacen en dichos postulados. **Constructiva**, porque se proponen planteamientos personales sobre coautoría y complicidad desde una comprensión normativo-valorativa del suceso criminal, lo cual hace posible fundamentar y explicar bajo qué criterios de aplicación general el Derecho penal debe calificar a un sujeto como coautor o cómplice.

CAPÍTULO I

CONCEPTO DE AUTOR: ESTADO DE LA DISCUSIÓN

SUMARIO: I. Planteamiento. II. El concepto de autor. 1. Concepto Unitario de Autor. 2. Concepto Extensivo de Autor. a. Teorías del dolo. b. Teoría del interés. 3. Concepto Restrictivo de Autor. a. Teoría objetivo-formal. b. Teoría objetivo-material. c. Teoría del dominio del hecho. 4. Autoría como competencia por la configuración del hecho. III. Valoración.

I. Planteamiento.

Por lo general las descripciones contenidas en los tipos de la PE de los ordenamientos jurídico-penales aluden a la intervención de un único sujeto en la comisión de un hecho delictivo¹. Así, por ejemplo, en los conocidos tradicionalmente como *delitos comunes*², la redacción de los tipos penales comienza con la locución impersonal “*El que...*”, a partir de lo cual se puede sostener que es autor quien realiza el tipo legal correspondiente: el que hurta, el que falsifica, el que lesiona³; siempre y cuando concurren en él y en su comportamiento las restantes características del delito⁴.

Empero, que la conducta típica descrita en los tipos penales haga referencia a un autor individual no necesariamente significa que el ilícito debe ser cometido por un solo individuo, ya que puede suponer incluso la intervención de varios sujetos (piénsese, por ejemplo, en los delitos de robo o secuestro con el concurso de dos o más personas)⁵, pues tanto en el campo de lo conforme como en el de lo contrario a Derecho el hombre no actúa solo, sino que junto a él actúan otros⁶.

¹ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, PG*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Comares, Granada, 2002, p. 692.

² Para nosotros, y como se mostrará *infra*, es mejor denominar a estos delitos como *delitos de infracción de deberes generales negativos*.

³ QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal, PG*, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000, p. 606.

Así también lo reconoce WELZEL, *Derecho penal alemán, PG*, 11ª edición, 4ª edición castellana, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 76; cuando expresa que es autor “todo aquel que ejecuta la acción: el anónimo «el que» de la acción”.

En el CP peruano, aun cuando el tipo penal determine -en la mayoría de oportunidades- al sujeto activo como un autor individual, existen supuestos como el art. 349° (conspiración para una rebelión, sedición o motín) en los que la propia disposición penal alude a la intervención de varios sujetos en un hecho punible.

⁴ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal, PG*, 2ª edición, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 468.

⁵ En el mismo sentido, KÖHLER, *Strafrecht, AT*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1997, pp. 488-489.

⁶ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Óp. Cit.*, p. 468.

Al respecto, ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª edición, Akal, Madrid, 1986, p. 453; ha manifestado que “(l)a tendencia humana a la asociación se manifiesta también en el delito”.

En este contexto, cuando varias personas toman parte en la realización de una infracción penal, ineludiblemente se formula el interrogante en torno a cómo es que se debe tratar a cada uno de ellos a efectos de determinar el título de imputación y los grados de responsabilidad penal que se les debe asignar en base a sus aportaciones al hecho⁷.

Para el tratamiento del fenómeno de la *codelinuencia* o *intervención en el delito*, existen básicamente dos posibilidades: o *todas las clases de colaboración deben ser llevadas bajo el denominador común de un concepto de autor que las comprenda o debe distinguirse entre las diferentes formas de colaboración según el grado o la importancia material del aporte al hecho*⁸. Sólo desde este último punto de vista, es posible diferenciar al autor del partícipe, atribuyéndole al primero el carácter de figura central del delito⁹.

Ahora bien, reconociendo que la gran mayoría de los Códigos Penales no definen quién es autor y que –siguiendo en esto a JESCHECK– “la división de las formas de manifestarse la intervención en una acción punible no es una materia que pertenezca a la libertad del legislador o a la discrecionalidad judicial” sino está determinada “por sólidas estructuras de relaciones sociales de las que no puede alejarse la valoración jurídica si es que la aplicación del Derecho no quiere perder su fuerza de convicción”¹⁰, debe repararse que el concepto de autor no ha sido siempre el mismo durante todos los estadios de evolución de la dogmática penal. En ese sentido, han sido fundamentalmente tres los conceptos mantenidos por la ciencia del Derecho penal, unas veces teorizando sobre el mismo concepto de autor, otras siguiendo la orientación marcada por las distintas legislaciones positivas¹¹. Estos conceptos son el *unitario*, el *extensivo* y el *restrictivo*.

En lo que sigue, vamos a exponer las aportaciones más relevantes de cada uno de ellos, valorando críticamente sus argumentos principales.

II. El concepto de autor.

⁷ Así, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *Lecciones de Derecho penal*, PG, 2ª edición, La Ley – Praxis, España, 1999, p. 287.

⁸ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Óp. Cit.*, p. 694. (Con negritas en el original); VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal*, PG, Grijley, Lima, 2006, párr. 1004 p. 461.

⁹ Para LÓPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 30; la adopción de uno u otro criterio tiene como consecuencias, por ejemplo, que a nivel de la codelinuencia todos los sujetos se encuentren al mismo nivel o, por el contrario, que la punibilidad de la conducta de los que desarrollaron un papel secundario dependa de forma relevante de la calificación jurídica de la acción u omisión del autor del delito.

¹⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Óp. Cit.*, p. 693.

¹¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 41.

1. Concepto Unitario de Autor.

Conforme a este planteamiento que en la actualidad constituye el de menor aceptación doctrinal¹², todo sujeto que toma parte en un hecho delictivo debe ser considerado autor, sin que para ello sea relevante apreciar la entidad material de su intervención. De esta forma, el concepto unitario rechaza cualquier intento por establecer una distinción entre autor y partícipe, negando con ello todo vínculo de accesoriedad entre las responsabilidades de los distintos intervinientes en el hecho punible¹³.

Los orígenes de este concepto se pueden hallar en los planteamientos de v. SCHIRACH y STÜBEL (siglo XIX)¹⁴ a favor de la equivalencia de las condiciones. Según sus argumentaciones, resulta imposible establecer una diferenciación entre autores y partícipes, pues desde el punto de vista de la causalidad todas las intervenciones en el hecho son necesarias para la producción del resultado, tal y como se produjo.

Cabe precisar, asimismo, que el concepto unitario de autor descansa sobre dos bases: en primer lugar, la *teoría de la equivalencia de condiciones* debida a v. BURI, magistrado del Tribunal Supremo del Reich, y que es propia del sistema causalista de la teoría del delito¹⁵ (delineada fundamentalmente por v. LISZT y BELING). Conforme a la fórmula de la *conditio sine qua non*, todas las condiciones de un resultado son equivalentes, por lo que una vez comprobado el nexo causal entre la acción del sujeto y el resultado, automáticamente se configura la autoría¹⁶. En efecto, con este criterio todos los que intervienen en el hecho delictivo deben ser considerados causantes del mismo y, por consiguiente, autores. Ello significa, además, que la importancia objetiva de las contribuciones de los distintos intervinientes sólo se toma en cuenta al momento de la determinación o medición judicial individual de la pena¹⁷.

En segundo lugar, siguiendo a MIR PUIG, la otra base sobre la que se sustenta el concepto unitario responde a una opción de política-criminal, pues se parte de la contemplación del delito como la obra en común de todos quienes contribuyen a él y se estima conveniente castigar por igual a todos ellos, sin que el castigo de unos (partícipes) dependa de lo que hagan los otros (autores)¹⁸.

¹² Por ejemplo, en la doctrina alemana este criterio es admitido sólo para los casos de delitos imprudentes.

¹³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Óp. Cit.*, p. 41.

¹⁴ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Óp. Cit.*, p. 67.

¹⁵ Esta teoría respondía a una metodología positivista, la cual implicaba el traslado del método de las ciencias naturales a las ciencias sociales. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, pp. 4-5.

¹⁶ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, "El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código penal peruano", en: AAVV, *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Idemsa, Lima, 2007, p. 584; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Óp. Cit.*, p. 68.

¹⁷ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, PG 2, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 400 §50 n° 1.

¹⁸ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal*, PG, 8ª edición, BdeF, Montevideo–Buenos Aires, 2008, p. 370 párr. 10.

Contra el concepto unitario de autor se han planteado algunas críticas: desde el plano de la *política-criminal*, se señala que este concepto no puede tener asidero en un Estado que garantiza la libertad de los ciudadanos, pues con su adopción se ocasiona un incremento desmedido de la represión penal, toda vez que si todas las contribuciones al hecho constituyen una lesión del bien jurídico protegido, se perdería el injusto específico de la acción en cada tipo penal, abandonándose la fronteras de aquél y, por tanto, la función garantista del Derecho penal¹⁹. Además, se reprocha a este concepto restringir la libertad de los ciudadanos en extremo, pues bastaría la existencia de un nexo causal entre su conducta y la producción de un resultado delictivo para que se los relacione con un hecho punible²⁰. Asimismo, se critica al concepto unitario su incompatibilidad con los presupuestos del Derecho penal de un Estado de Derecho²¹, debido a que al renunciar a delimitar entre las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos, las fronteras de lo típico se disuelven, pues se declara que cualquier provocación causal de un delito previsto en la PE del CP es típica y debe ser castigada como autoría. De esta forma se vulnera el principio constitucional de *determinación* de los tipos penales, el mismo que guarda una estrecha relación con el principio de legalidad. En esta línea, el concepto unitario debe ser rechazado, pues como ha sostenido ROXIN: “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo **mediante** el Derecho penal, sino también **del** Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del «Estado Leviatán»”²².

Desde la óptica *metodológica*, se indica que el concepto unitario posee un defecto insubsanable: parte de lo que puede ser válido en el plano causal, para decidir una cuestión valorativa como la determinación de cuáles formas de intervención se deben considerar prohibidas²³. Ello es así, debido a que este concepto tiene un enfoque naturalista del Derecho penal e intenta aplicar a éste los métodos científico-naturales²⁴.

¹⁹ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, PG, Grijley, Lima, 2008, p. 554.

²⁰ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, “El concepto de autor”, p. 585.

²¹ En contra, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Óp. Cit.*, pp. 129-133.

²² ROXIN, *Derecho Penal, PG, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Madrid, Civitas, 2000, p. 137, §5 párr. 1. (Con negritas en el original).

²³ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Óp. Cit.*, p. 71.

²⁴ Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Óp. Cit.*, p. 5.

La crítica se sustenta en la idea conforme a la cual la construcción e interpretación de los diversos institutos y categorías jurídicas -en general- y jurídico-penales -en particular- no se puede hacer a partir de criterios pre-jurídicos, sino de elementos netamente normativos pues sólo éstos son compatibles con la metodología teleológico-funcional del Derecho penal moderno²⁵ y el entendimiento del Derecho como producto cultural fundado en parámetros axiológicos.

Los desaciertos del concepto unitario también han sido planteados desde la *dogmática penal*. En tal sentido, se critica que con este concepto habría que considerar como autores en los delitos especiales a sujetos que no reúnen las condiciones exigidas por el tipo penal. Lo mismo valdría para los denominados delitos de propia mano. Por otro lado, en tanto este concepto se basa en la fórmula de la *conditio sine qua non*, los autores de delitos omisivos quedarían impunes pues no se podría comprobar el nexo de causalidad. Otra falencia relacionada con el planteamiento unitario es graficada por JAKOBS cuando señala que éste “en lugar de referir las aportaciones a la ejecución y determinar el injusto de la participación a partir del injusto de la ejecución del hecho, atomiza las causalidades que por sí solas no constituyen el comportamiento punible; la teoría del autor unitario no conoce una intervención *común*, sino sólo *aislada*. Esta falta en la determinación del alcance del tipo sólo muy imperfectamente cabe compensarla en la determinación de la pena”²⁶.

2. Concepto Extensivo de Autor.

De igual forma a lo que ocurre con el concepto unitario de autor, el concepto extensivo tiene como fundamento dogmático a la *teoría de la equivalencia de condiciones*. De esta manera, es autor todo individuo que ha contribuido causalmente a la realización del hecho delictivo con un comportamiento sin el cual no se habría producido. En tal sentido, la índole física o psíquica, ejecutiva o auxiliadora del aporte causal resulta indiferente, siempre que la contribución se pueda estimar como *conditio sine qua non* de la existencia del hecho²⁷.

²⁵ URQUIZO OLAECHEA, “El concepto de autor”, p. 586.

²⁶ JAKOBS, *Derecho Penal, PG, Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras - José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 720 párr. 6. (Con cursivas en el original).

²⁷ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Op. Cit.*, p. 472.

En este concepto de autor, los tipos legales de participación (inducción y complicidad) aparecen, entonces, como *causas de restricción de la punibilidad* (entendida ésta, en sentido amplio y no como categoría autónoma distinta de los elementos de la teoría del delito), pues sin ellos se debería castigar a todos los intervinientes como autores²⁸.

A nivel doctrinal, GIMBERNAT ha graficado esta concepción de la siguiente manera: “Se parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición del resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición. El razonamiento a que entonces se acude es éste: la ley positiva distingue entre autor y cómplice; las actividades de autor y cómplice no se distinguen objetivamente; luego la distinción -impuesta por la ley- ha de hallarse en el terreno subjetivo”²⁹.

En efecto, según el concepto extensivo ni la autoría ni la participación se pueden diferenciar desde el plano objetivo, debido a que al fundarse el referido concepto sobre la teoría de la equivalencia de condiciones, todo el que ha contribuido a causar el resultado es autor aunque no haya realizado una acción típica, pues “*consideradas como condiciones del resultado típico*, las contribuciones del autor y del cómplice no pueden diferenciarse”³⁰. Consecuentemente, la delimitación entre autoría y participación no se puede llevar a cabo a partir de criterios situados en el mundo exterior (objetivos), ya que en el aspecto objetivo del delito no es posible distinguir entre las diversas formas de intervención delictiva. En tal sentido, para la *diferenciación* -y por eso no es concepto unitario de autor- se debe tomar en consideración el aspecto subjetivo, atendiendo a datos intra-psíquicos tales como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes³¹. De esta forma, el concepto extensivo resulta siendo una **teoría subjetiva de la participación**, la misma que en la actualidad goza de poca aceptación doctrinal como jurisprudencial y que tradicionalmente se ha manifestado a través de dos corrientes formadas por las **teorías del dolo y del interés**. Las primeras distinguen entre los

²⁸ Cfr. MIR PUIG, Óp. Cit., p. 371 párr. 12.

²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 20, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006, p. 28; también OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, Óp. Cit., p. 473.

³⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Óp. Cit., p. 29. (Con cursivas en el original).

³¹ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la 7ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, §9 p. 71.

intervinientes en función de la clase de voluntad; mientras que las segundas centran su atención en establecer si el hecho se realizó en interés propio o ajeno.

a. Teorías del dolo.

De acuerdo con estas teorías, en los hechos delictivos donde intervienen varios sujetos es posible reconocer la concurrencia de dos voluntades distintas: de autor y de partícipe. Sin embargo, sus defensores renuncian a profundizar en la diferencia existente entre dichos aspectos volitivos, resultando poco claro el porqué de tal delimitación³².

Entre todas las teorías del dolo destaca aquella que atribuye al partícipe una voluntad dependiente o subordinada³³. El defensor más destacado de este planteamiento fue v. BURI quien afirmaba: “Lo distinto del autor con respecto al partícipe sólo cabe individualizarlo en la independencia de la voluntad de autor y la dependencia de la del partícipe. El partícipe quiere el resultado sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. La decisión de si el resultado se va a producir o no debe, pues, dejarla a criterio del autor”³⁴.

A este planteamiento se le ha criticado que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo sin correspondencia con los sucesos externos, lo cual conlleva a soluciones inaceptables como la siguiente: si dos personas realizan conjuntamente un hecho, dejando internamente cada una la ejecución a criterio de la otra, tendrían que ser ambas sólo partícipes y faltaría el autor³⁵. En esa misma línea, se le reprocha considerar como partícipe y no como autor a quien ejecuta la acción típica, pero lo hace internamente subordinado a otro³⁶. Como se puede apreciar, el “«talón de Aquiles de la teoría subjetiva de la participación»” radica en su rechazo a la importancia del elemento *externo* del hecho delictivo³⁷.

Al margen de las críticas expuestas, un sector de la doctrina asociada al planteamiento de la teoría del dominio del hecho opina que la concepción ahora en estudio ofrece interesantes aportes para la distinción entre autores y partícipes. Por un lado, considera que ésta logra abarcar los distintos puntos de partida de las teorías

³² Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §9 pp. 71-72.

³³ Como ha expresado ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §9 p. 72; estas teorías parten del hecho que “el partícipe se hace dependiente del autor al dejar la ejecución del hecho al criterio de éste”.

³⁴ Citado por ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §9 p. 72.

³⁵ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §9 p. 75.

³⁶ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §9 p. 75.

³⁷ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §9 p. 75.

objetivas bajo la fórmula del “«dejar a criterio»”³⁸. En tal sentido, el contenido material de las concepciones objetivas es lo que la teoría del dolo resume cuando señala que el autor “«no reconoce otra voluntad superior a la suya», mientras que el partícipe «deja a criterio (del autor) si el hecho va a llegar o no a la consumación»”³⁹. Por otro lado, tomando en cuenta que las teorías subjetivas al introducir el concepto de *voluntad de dominio del hecho*⁴⁰ permiten apreciar en los casos concretos que quien de manera *objetiva* tiene el dominio del hecho, por regla, tendrá también la voluntad de poseerlo⁴¹.

b. Teoría del interés⁴².

De acuerdo con esta teoría, cuando varios sujetos toman parte en la realización de un delito se calificará como autor a quien obró con ánimo de autor (*animus auctoris*) y como partícipe a quien lo hizo con ánimo de partícipe (*animus socii*). En tal sentido, la distinción entre los diversos intervinientes se convierte en un asunto de reproche de sus motivaciones internas⁴³.

Naturalmente esta formulación subjetiva ha sido objeto también de múltiples críticas. Así, desde puntos de vista político-criminales, se ha cuestionado que la importancia concedida al contenido de la voluntad y la actitud mental del sujeto por encima de los elementos objetivos del hecho pueda ser determinante para la calificación de los intervinientes como autores o partícipes. Ello se observa, por ejemplo, en el llamado *caso de la bañera* (se consideró cómplice a la que en interés y a instancias de la madre, ahogó en una bañera, por su propia mano y sin colaboración de ninguna otra persona, al hijo ilegítimo de la que le solicitaba que cometiera el asesinato⁴⁴) y en el denominado *caso Staschynskij* de 1962 (se consideró también cómplice de asesinato al agente Staschynskij, quien por encargo de una potencia extranjera, mató alevosamente, sin cooperación alguna, a dos políticos exiliados que vivían en Alemania, utilizando para ello una pistola con munición envenenada⁴⁵). En estos casos, sobre la base de la teoría

³⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §9 p. 73.

³⁹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §9 pp. 73-74.

⁴⁰ BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, PG, 5ª edición, Akal, Madrid, 1998, p. 360.

⁴¹ Cfr. BACIGALUPO, *Óp. Cit.*, pp. 359-360.

⁴² Hay que precisar que este planteamiento ha sido frecuentemente concebido como inherente a las teorías del dolo, en tanto, la fórmula del interés implica la existencia de un indicio de la subordinación de la voluntad. Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §9 p. 76.

⁴³ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Óp. Cit.*, p. 558.

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Óp. Cit.*, pp. 37-38.

⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, *Óp. Cit.*, p. 38.

subjetiva los Tribunales alemanes castigaron como simples partícipes a quienes realizaron por sí mismos todos los elementos del tipo y consideraron autores a los que no habían tenido ningún tipo de intervención material en el hecho.

Empero, la principal crítica contra el planteamiento del interés es aquella que pone de relieve la vulneración del principio de legalidad, pues es claro que los tipos penales establecen un límite objetivo al concepto de autor, el mismo que no puede ser traspasado con el ánimo del sujeto interviniente (función de garantía de los tipos legales). Los postulados de las teorías subjetivas pretenden remplazar la *comisión objetiva del hecho* por el subjetivo *querer el hecho como propio*, lo que en un Estado de Derecho no está permitido⁴⁶. Como ha afirmado GIMBERNAT con contundencia: “(u)na teoría que puede justificar la calificación de cómplice, de un sujeto que realiza todo el tipo de un delito es una aberración, es incompatible con la más elemental sensibilidad jurídica y tiene que ser, por ello, técnicamente incorrecta”⁴⁷.

También la posición en comento ha sido reprobada desde el Derecho procesal, pues se señala que ésta provoca un subjetivismo exacerbado que además de las dificultades probatorias que entraña como cualquier prueba referida a procesos mentales, tiene por sencillas, distinciones psicológicas casi irrealizables⁴⁸. En tal sentido, como han señalado acertadamente OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, el emplear elementos subjetivos para la distinción, tan escasamente fiables y carentes de significado material, supone utilizar “criterios que, a la postre, constituyen otras tantas puertas abiertas para la arbitrariedad judicial”⁴⁹.

Por último, como reprobación común al fundamento de las teorías subjetivas del dolo y del interés, se ha manifestado que éstas no explican “*por qué*, desde el punto de vista objetivo, las actividades de autor y cómplice han de ser consideradas *únicamente como condiciones*”⁵⁰. Así, si un sujeto entrega a otro una pistola para que éste mate a otra persona, es posible que la actividad de quien entrega el arma y quien dispara sean consideradas como condiciones del resultado y, entonces, desde el punto de vista subjetivo, no existiría entre ellas ninguna diferencia objetiva. No obstante, si se parte

⁴⁶ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, “El concepto de autor”, p. 596.

⁴⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Óp. Cit., p. 38.

⁴⁸ QUINTERO OLIVARES, Óp. Cit., p. 611; DONNA, *La autoría y la participación criminal*, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2002, p. 23.

⁴⁹ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, Óp. Cit., p. 474.

⁵⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Óp. Cit., p. 29.

desde otro enfoque, sí que se podrían presentar distinciones, pues no es lo mismo entregar el arma que dispararla⁵¹.

3. Concepto Restrictivo de Autor.

De acuerdo con el concepto restrictivo de autor, no todos los intervinientes que causan el delito son autores. En tal sentido, el establecimiento de formas especiales de participación como la inducción y la complicidad, supone la presencia de *causas de extensión de la punibilidad* (en sentido amplio) a acciones que se encuentran fuera del tipo, pues con éste tan sólo sería castigado quien por medio de su propia persona, por ejemplo, mata o roba. Los otros participantes, quienes tan sólo determinan o ayudan al autor, quedarían impunes de no ser por las disposiciones penales relativas a las formas de intervención distintas a la autoría (inducción y complicidad)⁵². En esta misma línea, la adopción de un concepto restrictivo de autor consecuentemente desarrollado, no puede aceptar mayores extensiones al mismo que las que estando materialmente justificadas, encuentran un apoyo positivo en la ley⁵³.

Ahora bien, será por medio del *principio de accesoriidad* que se establecerá la relación entre autores y partícipes (como causas de extensión de lo típico). Dicho principio se asienta como elemento esencial del sistema de la autoría restrictiva y hace que éste se constituya como preferente al ser más cercano a las exigencias del Derecho penal de un Estado de Derecho⁵⁴.

⁵¹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Óp. Cit., p. 30.

⁵² Cfr. JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 697; ROXIN, "La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán", en: *Dogmática penal y política criminal*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, p. 351.

⁵³ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 753.

⁵⁴ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 408.

Respecto al *Estado de Derecho* tan frecuentemente citado en los diversos manuales, puede sostenerse que presenta una serie de manifestaciones como, por ejemplo, aquella que hace referencia a la vinculación entre el Estado y la norma, es decir, a los límites que le pone el Derecho al Estado. Empero, hay que hacer la salvedad que no toda subordinación del Estado a la ley se engloba bajo la idea del Estado de Derecho, pues ello puede producirse incluso en el marco de una *legalidad totalitaria*. Cfr. GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1980, p. 117.

Otras manifestaciones a partir de las cuales se puede predicar la existencia de un Estado de Derecho son: i) la aceptación en el ordenamiento constitucional del principio de dignidad humana, así como la defensa de los derechos y libertades fundamentales de la persona (la C. Pol. del Perú de 1993 en su art. 1° declara: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado"); ii) una adecuada distribución de las funciones del poder político, con la finalidad de organizar y limitar de manera racional el poder (en el tercer párrafo del art. 43° de la C. Pol. peruana, se señala que el gobierno peruano "se organiza según el principio de la separación de poderes"); y, iii) el sometimiento del poder al Derecho mediante el reconocimiento de específicos principios jurídicos como el principio de legalidad

El concepto restrictivo de autor no es nuevo, pues surgió con el sistema neoclásico de la teoría del delito. En este sistema, la metodología que se siguió para la configuración del concepto de autor fue de naturaleza binaria: por un lado, se utilizó la *causalidad adecuada* y, por otro, el juicio de *previsibilidad objetiva*. Con ello se buscó obtener un resultado diferente al conseguido por el concepto de autor elaborado por el sistema clásico (concepto unitario de autor).

Ese resultado distinto consistió en restringir la causalidad pura -propia de la teoría de equivalencia de condiciones- como único elemento determinante de la autoría y construir ésta sólo en función de la causalidad adecuada. Con esto, la autoría no se configuró en virtud de cualquier causa o condición, sino únicamente en base a las causas o condiciones que *ex post* eran objetivamente idóneas para producir un resultado lesivo, lo que significa que la producción del resultado tenía que ser objetivamente previsible. Para ello se recurrió, precisamente, al juicio de valor conocido como *pronóstico-posterior*, según el cual el juez debe tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente (hombre medio), más las conocidas por el autor (saber ontológico), así como la experiencia común de la época sobre los nexos causales (saber nomológico). La consecuencia dogmática derivada de este planteamiento, fue la posibilidad de restringir el campo de imputación de los delitos calificados por el resultado en calidad de autoría con la ayuda de la teoría de la causalidad adecuada. Ello significó que no siempre que se comprobara el nexo de causalidad entre un resultado lesivo y el comportamiento de un sujeto estaríamos, sin más, ante la configuración de la autoría⁵⁵.

Sin embargo, este planteamiento fue rechazado por emplear como elementos estructurales de la autoría criterios como el del *hombre medio* y el de la *previsibilidad objetiva*. Efectivamente, se criticó que mediante su utilización se llegaba al extremo de homogeneizar a todos los individuos como si fueran instrumentos o maquinarias robotizadas y, por ende, a imputar –en forma automática e injusta– la realización de un injusto de autoría a todas las personas que no se han comportado, en forma abstracta, como ciudadanos medios o normales. Asimismo, se reprochó el que se atribuya la causación de un resultado en calidad de autoría, únicamente desde un punto de vista *ex*

(véase al respecto, el art. 24° incisos a, b y d, así como el 51° de nuestra C. Pol.), con la consecuente aceptación de la norma parlamentaria como expresión de la voluntad general. Cfr. GARRORENA MORALES, Óp. Cit., pp. 118-119.

⁵⁵ URQUIZO OLAECHEA, "El concepto de autor", p. 587.

ante y sin tomar en cuenta los factores de diversa índole concurrentes en el caso concreto⁵⁶.

A pesar de lo expresado en el párrafo precedente, en los últimos tiempos esta concepción propia del sistema neoclásico ha sido objeto de ciertas matizaciones que han transformado su rigidez originaria y la han hecho aceptable por la mayoría⁵⁷. En su formulación actual se sostiene que no todo el que es *causa* del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho *realiza* el tipo⁵⁸, pues para ello es preciso algo más que la causación. En esta misma línea de argumentación, si el simple apoyo a la realización de la acción típica resulta siendo algo objetivamente distinto que la realización de la acción típica, es evidente que tanto autoría como participación deben ser diferenciadas de acuerdo con criterios objetivos: *según la clase de contribución al hecho*. Ello significa que el carácter determinante de la diferenciación se encuentra en los aspectos externos de la conducta, en su entidad material⁵⁹. Precisamente, la búsqueda de esta entidad ha dado lugar a que se formulen las siguientes teorías de base objetiva:

a. Teoría objetivo-formal⁶⁰.

La principal característica de la teoría objetivo-formal es que en ella toma importancia la literalidad de las descripciones típicas. De esta manera, será autor quien ejecuta todo o algunos de los elementos de la acción típica descrita en los tipos de la PE; mientras que será partícipe quien realiza acciones meramente de auxilio, durante la preparación del delito o durante la ejecución del mismo⁶¹. Ello significa que la distinción entre autor y partícipe radica en el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, es decir, según si la acción se puede subsumir (lógico-) formalmente bajo el tipo penal⁶².

Este planteamiento objetivo-formal que tiene a BELING como exponente más connotado, ha pretendido ser justificado desde diversas perspectivas. Por un lado, se sostiene que el ejecutar el delito revela una mayor peligrosidad y reprochabilidad que el

⁵⁶ URQUIZO OLAECHEA, "El concepto de autor", p. 588.

⁵⁷ Cfr. MIR PUIG, Óp. Cit., p. 372 párr. 17.

⁵⁸ MIR PUIG, Óp. Cit., p. 372 párr. 18.

⁵⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Óp. Cit., p. 612.

⁶⁰ Acerca de la esencia objetiva de este planteamiento, ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §7 p. 55; ha expresado que "se denomina «objetiva» sin razón", pues, por ejemplo, el homicida o el estafador aparecen "como personas que actúan finalmente, dirigiendo el curso del hecho de propia mano".

⁶¹ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §7 p. 54.

⁶² BACIGALUPO, Óp. Cit., p. 357.

cometer un mero acto preparatorio o de colaboración⁶³. Así, por ejemplo, en un delito de asesinato con intervención de varias personas, no sería ajeno al sentido común - sostienen los defensores de esta postura- castigar con mayor dureza a aquellos que han atentado contra la vida de la víctima que a quienes sólo actuaron como vigilantes. Por otro lado, como ha expresado ROXIN, esta teoría -atendiendo a su núcleo, al margen de sus variantes- no solamente pretende evitar los defectos del planteamiento causal -concepto único de autor-, sino que “se mantiene felizmente en el medio entre el modo de considerar exclusivamente valorativo y el simplemente captador de sentido”⁶⁴.

Si bien la teoría en estudio presenta la ventaja de poner de relieve la vinculación entre autoría y tipo interpretado éste de un modo estricto, este planteamiento ha sido criticado y abandonado en la doctrina y legislación (por ejemplo, la alemana). Desde el punto de vista *dogmático*, la objeción más importante y contundente⁶⁵ que se le ha planteado y que ha sido determinante para dejarla de lado en la discusión penal, señala que con ella se deja fuera de la autoría los supuestos de autoría mediata (pues en ésta, el “sujeto de atrás” no realiza actos típicos, sino que éstos son realizados por otro, al que se designa como “instrumento”) y los casos de coautores⁶⁶ que no realizan un hecho típico, por ejemplo, los hechos en los cuales nos encontramos frente al jefe de una banda encargado únicamente de dirigir la realización de los delitos.

Además, las objeciones al planteamiento objetivo-formal han sido deducidas a partir de las soluciones que éste ha planteado en determinados casos. Así, en el supuesto en el cual A y B deciden envenenar a C, consistiendo la conducta de A en mezclar el veneno en el café de C; mientras que éste es distraído por B para que no capte el extraño sabor de la bebida; para la doctrina en comento A sería autor y B cómplice(!).

Empero, será en el siguiente supuesto donde se podrá apreciar con mayor notoriedad los resultados contingentes y formales a los que arriba la fórmula objetivo-formal: si en la realización de un delito de hurto agravado (art. 186º del CP peruano), dos sujetos penetran en una vivienda no cerrada con llave y uno de ellos toma la caja fuerte; mientras que el otro cubre las salidas, éste será sólo cómplice; pero si, en el mismo

⁶³ Cfr. DONNA, Óp. Cit., p. 25.

⁶⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §7 p. 55.

⁶⁵ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Óp. Cit., p. 27.

⁶⁶ Con la teoría objetivo-formal, para ROXIN en la coautoría se llega a un “deshilachamiento (absurdo e insatisfactorio incluso por su resultado) de un proceso unitario en actos individuales sin relación entre sí”. Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §8 p. 58.

hecho, ambos han escalado por la ventana, serán coautores, porque entonces el segundo ha realizado un elemento del tipo (escalamiento).

Asimismo, se le reprocha al planteamiento objetivo-formal el conducir a una expansión del comportamiento que fundamenta la autoría, pues si se reconoce la equiparación de todos los elementos típicos, habría que señalar como autor a un sujeto aun cuando sólo haya intervenido configurando un elemento subjetivo del tipo. De esta manera, por ejemplo, todo aquél que interviene en un hurto y que tiene ánimo de apropiación debería ser calificado como autor a pesar que su conducta en sí no implique una cooperación activa en la sustracción⁶⁷.

Se critica también que el concepto objetivo-formal resulta ilimitado en los delitos meramente resultativos (sin medios legalmente determinados para producirlo) y, en cambio, excesivamente limitado en los delitos de medios determinados⁶⁸. Así, por ejemplo, en el delito de homicidio (art. 106° CP peruano) el tipo sólo describe el resultado que se ha de producir, pero no hace referencia alguna a los actos o medios que pueden llevar a aquel⁶⁹. Según la teoría en comento, se tendrá que declarar autor del homicidio a todo aquél que ha contribuido causalmente al mismo con algún acto ejecutivo, aun cuando no sea típico.

Finalmente, se afirma también que la concepción objetivo-formal presenta inconvenientes en los supuestos de delitos especiales propios, en los que la realización corporal de la acción típica no es suficiente para la tipicidad de la acción y, por lo tanto, para la autoría⁷⁰.

b. Teoría objetivo-material.

La teoría objetivo-material surgió como alternativa al planteamiento objetivo-formal que, como se pudo apreciar *supra*, presenta varias falencias. Si bien ambas teorías tienen como característica común el buscar la distinción entre autores y partícipes en función a las aportaciones objetivas, la fórmula objetivo-material no toma en consideración el criterio de la contribución ejecutiva típica (forma misma del comportamiento), sino el de la más importante⁷¹. En tal sentido, esta propuesta se encuentra en la línea de las concepciones

⁶⁷ Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 734 párr. 25.

⁶⁸ MIR PUIG, *Óp. Cit.*, p. 373 párr. 21.

⁶⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Óp. Cit.*, p. 612.

⁷⁰ BACIGALUPO, *Óp. Cit.*, p. 358.

⁷¹ Cfr. MIR PUIG, *Óp. Cit.*, pp. 373-374 párr. 22; QUINTERO OLIVARES, *Óp. Cit.*, pp. 612-613.

que defienden la idea de la causalidad eficiente, es decir, aquellas que distinguen entre condición y causa, considerando, en el viejo sentido de las teorías restrictivas de la causalidad, que sólo ciertas condiciones especialmente importantes son causa de un resultado⁷².

Sin embargo, tampoco la concepción objetivo-material ha sido ajena a las críticas. Así, se le reprocha que sus defensores no señalan de qué modo se puede determinar la mayor o menor importancia del aporte de cada interviniente, pues puede ser que en algunos supuestos la contribución más relevante sea la de un cómplice o tenga la misma intensidad que la del autor. En tal sentido, la fórmula de la mayor importancia objetiva del aporte termina siendo vaga e imprecisa y no es válida como criterio delimitador de autoría y participación. Además, como ha señalado MIR PUIG, “una distinción precisa entre «causa» y «condición», o entre causas más o menos importantes no puede obtenerse en el mero terreno objetivo de la causalidad. Hoy se admite generalmente que todas las condiciones (necesarias) de un hecho son igualmente causales (teoría de la equivalencia)”⁷³.

Ahora bien, son diversas las variantes que tiene la concepción objetivo-material. Entre ellas, siguiendo lo expresado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁷⁴, resalta la *teoría de la necesidad* conforme con la cual será autor el sujeto cuya actuación se configure como condición necesaria e imprescindible del resultado. Destaca también la *teoría de la simultaneidad* por la cual serán autores todos los que actúan en la fase de ejecución del delito. Tenemos asimismo a la *teoría de la supraordinación* según la cual se debe atender a las circunstancias de cada caso concreto, a fin de determinar si un sujeto está en posición de superioridad frente a otro o de inferioridad o existe una posición de igualdad.

Empero, la principal variante de la formulación objetivo-material es la denominada *teoría del dominio del hecho*. Sin embargo, su estudio en un apartado distinto al planteamiento objetivo-material -pese a ser sustancialmente tal- se debe, por un lado, a la importancia que ha conseguido en la ciencia penal moderna y, por otro, a que no se apoya fundamentalmente en criterios causales, lo que sí ocurre en el resto de propuestas. En esta misma línea, GIMBERNAT ha señalado la necesidad de diferenciar entre una

⁷² Cfr. MIR PUIG, Óp. Cit., p. 374 párr. 23.

⁷³ MIR PUIG, Óp. Cit., p. 374 párr. 24.

⁷⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., pp. 536-544.

“moderna teoría objetivo-material”⁷⁵, que incluye a la teoría del dominio del hecho; en contraposición a una “vieja teoría objetivo-material”⁷⁶, que engloba a las primeras fórmulas de dicho planteamiento.

c. Teoría del dominio del hecho.

Si bien fue AUGUST HEGLER el primero en utilizar la expresión *dominio del hecho*, el contenido que bajo ella se formuló nada tiene en común con su actual significado. Para HEGLER, el control del hecho se configuraba como un elemento del sujeto del delito (el autor), en tal sentido sólo era válido en referencia a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, es decir, a la imputabilidad, dolo e imprudencia, así como a la ausencia de causas de exculpación⁷⁷. En tal sentido, HEGLER sostenía que actuaba culpablemente “sólo el que tiene en este sentido «pleno dominio del hecho», esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido «señor del hecho en su concreta manifestación»”⁷⁸.

Fue con ADOLF LOBE que tuvo lugar la primera formulación de la idea del dominio del hecho en sentido estricto. En su *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches (Introducción a la PG del Código penal)* de 1933, LOBE deja apreciar una exposición concisa de las ideas básicas, aún válidas, de la teoría del dominio del hecho⁷⁹. Postula que lo esencial para la autoría “no es... sólo la existencia de una *voluntad con el contenido* de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho se *ejecute* bajo su dominio; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización... Quién es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos *dos elementos subjetivo-objetivos*... Se posibilita así también una delimitación suficiente de la participación con respecto a la autoría. En la *participación falta el dominio* de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de *otro*...”⁸⁰.

A pesar de lo interesante de la propuesta de LOBE, su propuesta no ejerció influencia alguna en su tiempo. Es recién con WELZEL que la doctrina del dominio del

⁷⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Óp. Cit., p. 95. (Con cursivas en el original).

⁷⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Óp. Cit., p. 95. (Con cursivas en el original).

⁷⁷ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §11 p. 81.

⁷⁸ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §11 p. 81.

⁷⁹ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §11 p. 86.

⁸⁰ Citado por ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §11 p. 86. (Con cursivas en el original).

hecho comienza propiamente su desarrollo evolutivo, convirtiéndose posteriormente en la teoría dominante. El punto de partida metodológico del planteamiento welzeniano radica en su alejamiento del normativismo neokantiano (con su separación del ser y el valor) y el giro hacia lo ontológico, a la concepción de la autoría y la participación como “manifestaciones características del actuar final dentro del mundo social”⁸¹. En tal sentido, el dominio final del hecho se convierte en “la característica general de la autoría”⁸².

Esta propuesta de WELZEL aparece en sus *Estudios sobre el sistema de Derecho penal* de 1939⁸³. En ella, por vez primera se enlaza la idea del dominio del hecho con la doctrina de la acción de la que surge una *autoría final* basada, precisamente, en el criterio del dominio del hecho⁸⁴. Como el mismo WELZEL precisó: “Autoría final es la forma más abarcadora de dominio final”⁸⁵. De esta manera, “el autor es el señor sobre el hecho, en cuanto él tiene el dominio sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o lo ayuda en eso contribuye en el acto, pero no lo domina”⁸⁶. Sin embargo, ello nada tiene que ver con la autoría en los delitos imprudentes, pues para la perspectiva welzeniana, en aquellos casos no se diferencia entre autores y partícipes⁸⁷, porque “toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría”⁸⁸. Sobre la base de esta comprensión, WELZEL expresó que “un concepto de autor conjunto para el tipo penal doloso e imprudente es dogmáticamente imposible”⁸⁹.

Debemos resaltar que de la idea formulada por WELZEL en el sentido que “la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho”⁹⁰, se puede verificar una aproximación de su teoría sobre el dominio del hecho con las teorías del dolo, pues la exigencia que el autor posea una voluntad incondicionada de realización del suceso equivale a sostener el no reconocimiento de una voluntad superior a la suya⁹¹. Precisamente, ROXIN ha manifestado al respecto que: “por su contenido material, la teoría del dominio del hecho de WELZEL

⁸¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §11 p. 87.

⁸² WELZEL, *Óp. Cit.*, p. 121.

⁸³ Cfr. WELZEL, “Estudios sobre el Sistema de Derecho penal”, en: *Estudios de Derecho Penal*, traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 6, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2002, pp. 15-120.

⁸⁴ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §11 p. 85.

⁸⁵ WELZEL, “Estudios sobre el sistema de Derecho penal”, p. 82.

⁸⁶ WELZEL, “Estudios sobre el sistema de Derecho penal”, p. 83.

⁸⁷ Cfr. WELZEL, *Óp. Cit.*, p. 119.

⁸⁸ WELZEL, *Óp. Cit.*, p. 119; él mismo, “Estudios sobre el Sistema de Derecho penal”, pp. 81-82.

⁸⁹ WELZEL, “Estudios sobre el Sistema de Derecho penal”, p. 83.

⁹⁰ WELZEL, *Óp. Cit.*, p. 120.

⁹¹ Situación parecida se advierte en las teorías del dolo, en las cuales se sostiene que será partícipe quien deja a criterio del autor la ejecución del hecho, al faltarle a aquél la voluntad incondicionada de realización de la infracción penal.

se presenta, pues, como evolución ulterior de la teoría del dolo, lo que ha reconocido el propio WELZEL al llamar al principio a su concepción «teoría subjetiva ampliada»⁹².

Aun cuando el desarrollo de la teoría del dominio del hecho ha sido posible debido a los planteamientos de HANS WELZEL y a partir de él con las obras de REINHART MAURACH, WILHELM GALLAS y RICHARD LANGE, es con CLAUD ROXIN, desde la publicación de su obra titulada *Autoría y dominio del hecho* en 1963, que tal doctrina se ha impuesto en la dogmática, las legislaciones y la jurisprudencia penales.

La teoría del dominio del hecho de ROXIN parte por considerar al autor como “figura central del acontecer en forma de acción”⁹³. Este es el criterio orientador para determinar el concepto de autor e implica el recurso a un dato pre-jurídico: el autor, coautor y autor mediato se encuentran en el centro del hecho, del acontecimiento, en tanto el inductor y el cómplice están al margen⁹⁴.

Según la propuesta de ROXIN, en los delitos de dominio (tradicionalmente llamados delitos comunes) la intención del legislador es tipificar el dominio material del sujeto sobre las configuraciones fenomenológicas en las que se manifiesta el delito, con lo cual es autor quien tiene el dominio. En este planteamiento, la idea del dominio del hecho debe ser entendida como un *concepto abierto*⁹⁵ caracterizado por:

a) optar por una descripción en lugar de una definición exacta o de un concepto indeterminado del dominio del hecho. Este procedimiento tiene la ventaja de ajustarse a los cambiantes casos concretos, es decir, se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes⁹⁶. De esta manera, señala ROXIN, “como la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, nunca está definitivamente concluida”⁹⁷; y

b) la inclusión de principios regulativos, esto es, “cuando en la determinación del concepto de autor en cualquier ámbito vital que ha de captarse mediante la descripción, la multitud de elementos del supuesto de hecho con relevancia para la determinación del dominio del hecho es tan grande que se sustrae al enjuiciamiento anticipado

⁹² ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §12 p. 90.

⁹³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §6 p. 44.

⁹⁴ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §6 p. 45.

⁹⁵ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §17 pp. 145-148.

⁹⁶ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §17 pp. 146-147.

⁹⁷ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §17 p. 147.

generalizador, el legislador o bien el creador del concepto tienen que conformarse en este lugar con una directriz y para lo demás dejar al encargado de aplicar el Derecho el enjuiciamiento del caso concreto de la mano del principio regulativo dado⁹⁸, el cual sólo si tiene adecuadamente delimitado su ámbito de aplicación, permite en éste una solución lo suficientemente segura, incluso cuando dependa de la consideración del suceso concreto.

Ahora bien, según ROXIN el dominio del hecho se manifiesta de tres formas: i) en el *dominio de la propia acción típica*, lo que ocurre cuando un sujeto realiza el hecho por sí solo; ii) en el *dominio de la voluntad de otro* que realiza la acción típica, es decir, supuestos en los que el hecho delictivo se comete sirviéndose de otro que actúa como instrumento, ya sea porque el “sujeto de atrás” tiene el dominio de la voluntad mediante coacción, por aprovechamiento del error de otro, por la incapacidad de culpabilidad del instrumento, porque se utiliza un aparato organizado de poder, etc.; y, iii) en un *dominio funcional del hecho*, caso en el cual el ilícito es realizado de manera conjunta.

A pesar que la teoría del dominio del hecho constituye un importante avance en materia de autoría y participación, ello no significa que nos encontramos ante una tesis infalible para identificar al autor en todos los casos, aunque pueda ser útil en muchos⁹⁹. A esta doctrina se le ha reprochado que si bien permite explicar la autoría mediata, tiene dificultades para determinar la autoría en los delitos imprudentes, pues en éstos no existe control del curso causal de manera consciente y la responsabilidad proviene de la infracción de un deber de cuidado. En tal sentido, la capacidad limitada del criterio del dominio del hecho supondría la necesidad de contar como mínimo con dos conceptos de autor, uno para los delitos dolosos y otro para los culposos¹⁰⁰.

Por otro lado, existen reparos contra la doctrina del dominio del hecho cuando se intenta relacionar la coautoría con la definición que hace ROXIN del autor como “figura central de la acción determinante del suceso”¹⁰¹, sobre todo cuando se pone atención a la *ejecución de propia* mano como ejemplo próximo a ésta. En la coautoría no puede establecerse la presencia de una *figura central*, pues como correctamente señala LESCH, “en la ejecución delictiva en forma de división de trabajo no existe, por principio, varios

⁹⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §17 p. 148.

⁹⁹ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Op. Cit.*, p. 615.

¹⁰⁰ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Op. Cit.*, p. 614.

¹⁰¹ De esta forma en la traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. En: LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 51.

hechos de cada uno de los (co)autores, sino un único hecho que se imputa a todos los intervinientes en conjunto”¹⁰².

También se le puede criticar al planteamiento del dominio del hecho de ROXIN, el empleo de un concepto abierto como método de verificación de la autoría, pues ello supone que el contenido del dominio no se obtiene desde cláusulas generales, sino a partir de las respuestas que se brinden a los casos particulares. Como el mismo ROXIN sostiene, “no podemos dominar la problemática desarrollando «por anticipado» desde la directriz de la figura central un concepto de dominio del hecho; por decirlo así, no podemos, sin conocer el contenido del paréntesis, sacar el concepto delante del paréntesis y después aplicarlo a los casos concretos. Más bien tenemos que internarnos desde el principio en la diversidad de la materia, registrar las distintas formas de la intervención en el suceso delictivo que se encuentran empíricamente y describir para cada grupo de casos individualmente cómo surte efecto la idea del dominio del hecho. Si después estas descripciones muestran algún modelo estructural ello debe resultar del trabajo sobre la materia jurídica y ponerse de manifiesto al final de la investigación dedicada al concepto del dominio del hecho”¹⁰³.

A mi juicio, esta aseveración de ROXIN no es de recibo, pues toda solución dogmática entraña elaborar un sistema con perspectiva global a partir del cual resolver los problemas que se presentan y no actuar en sentido contrario, esto es, intentado encontrar la respuesta adecuada a partir de un grupo de casos. FEIJÓO SÁNCHEZ ha criticado acertadamente estas formas científicas de proceder, porque “no se trata de resolver casos particulares con criterios *ad hoc*, sino resolver problemas generales de imputación mediante fundamentos materiales que ofrezcan soluciones generales y, por consiguiente, cierta seguridad a la hora de aplicar el Derecho a todos los casos concretos que obedecen a un problema general común”¹⁰⁴, en esta medida, “«el sistema es un elemento irrenunciable de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho» y la renuncia al

¹⁰² LESCH, *Intervención delictiva*, p. 51.

¹⁰³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §17 p. 149.

¹⁰⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia, Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 206. (Con cursivas en el original). Vid., también, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997, p. 13; obras en las que este autor ha expresado: “«el sistema es un elemento irrenunciable de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho» y la renuncia al pensamiento sistemático supone un retorno al pensamiento tópico, al casuismo y a la solución ocasional; en definitiva, un retorno a la arbitrariedad, irracionalidad, improvisación e inseguridad jurídica, posibilitando con ello que hechos y situaciones valorativamente iguales sufran un trato desigual o viceversa”.

pensamiento sistemático supone un retorno al pensamiento tópico, al casuismo y a la solución ocasional; en definitiva, un retorno a la arbitrariedad, irracionalidad, improvisación e inseguridad jurídica, posibilitando con ello que hechos y situaciones valorativamente iguales sufran un trato desigual o viceversa¹⁰⁵. Esto significa que con pura tópica y sin sistemática no se puede alcanzar seguridad jurídica.

A pesar de las críticas a las que ha sido expuesta la teoría del dominio del hecho, su adopción en la doctrina y los órganos jurisdiccionales es mayoritaria. En la justicia peruana, por ejemplo, la autoría y la participación en los delitos comunes o de dominio se encuentra en función a dicho planteamiento, pues las diferencias entre las formas de intervención en el hecho punible se establecen a partir de elementos objetivos y materiales, en tanto éstos constituyen la esencia de la teoría del dominio del hecho¹⁰⁶. De esta manera, será autor quien domina el desarrollo del injusto (art. 23°) y partícipe quien no tiene tal dominio (arts. 24° y 25°).

Lo dicho en el párrafo precedente, puede corroborarse con las innumerables sentencias de la Corte Suprema de Justicia, en las que se reconoce dicho planteamiento. Por ejemplo, una de ellas señala:

“Que los procesados (...), se encuentran en calidad de autores del hecho delictivo por cuanto han realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal del homicidio calificado, lo que permite afirmar *a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho* que los citados encausados han sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado”¹⁰⁷.

Así, también, en otra decisión judicial se indica:

“Para la vigente, clásica y mayoritaria doctrina denominada teoría del *dominio del hecho*, que surge de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto personal de lo injusto para la acción dolosa, autor es solamente aquel que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo; en términos generales, considera que la voluntad determinante de la realización del hecho, es el momento general del dominio sobre el hecho, entonces será autor sólo el que tiene el dominio del hecho, vale decir aquella persona que tiene capacidad y poder de dirección de todos los actos y circunstancias del delito, de forma tal que tiene la potestad de encausarlos hacia la consumación y agotamiento del delito”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 13.

¹⁰⁶ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, “El concepto de autor”, p. 602.

¹⁰⁷ Sentencia de la Sala Penal Transitoria del 16 de Junio de 2004 (R.N. Nº 299-2004). (Las cursivas son nuestras).

¹⁰⁸ Sentencia de la Sala Penal Especial B de la Corte Superior de Justicia de Lima del 28 de junio de 2004 (Exp. Nº 11-2001).

También, en las decisiones del Tribunal Constitucional peruano se sigue la teoría del dominio del hecho:

“es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y 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 coadyudar en su ejecución”.

En efecto, para el máximo intérprete de la Constitución peruana:

“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. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho”¹⁰⁹.

4. Autoría como competencia por la configuración del hecho.

La teoría del dominio del hecho, en especial desde su formulación por ROXIN, ha conseguido un importante nivel de aceptación en la doctrina¹¹⁰ y justicia penales. Empero, en los últimos tiempos han surgido posiciones teóricas contrarias a aceptar dicho planteamiento como criterio delimitador de la autoría y la participación criminal. Dichas posturas concuerdan en sostener que con la doctrina del dominio del hecho se pretende calificar a un sujeto como autor, basándose en categorías ontológicas como el dominio material del hecho¹¹¹. Efectivamente, aun cuando de forma mayoritaria se considera que la tesis del dominio del hecho tiene un carácter objetivo-subjetivo¹¹², dicha doctrina -como encontramos ya en WELZEL- representa una continuación de las teorías subjetivas (lo que no necesariamente significa que la naturaleza de este planteamiento se haya podido fijar con claridad).

¹⁰⁹ Sentencia del TC del 29 de abril de 2004, Exp. N° 01805-2005-HC/TC, fs. 34 y 35.

¹¹⁰ En la doctrina española, véase, la postura de MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*, PG, 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 432; para quienes el dominio del hecho “es el más apto para delimitar quién es autor y quién es partícipe, porque, por más que sea a veces difícil precisar en cada caso quién domina realmente el acontecimiento delictivo, está claro que sólo quien tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor”.

¹¹¹ Al respecto, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 60; ha manifestado gráficamente que la teoría del dominio del hecho puede ser precisada como “la teoría de la dogmática penal naturalista por excelencia”.

¹¹² Para un sector de la doctrina española (por ejemplo, GIMBERNAT y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO) la teoría del dominio del hecho es una postura de esencia objetiva. En este sentido, es ilustrativa la posición de GIMBERNAT, *Óp. Cit.*, p. 105; cuando señala que quien “tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo. Y el que no es titular del dominio del hecho, aunque se ponga como se ponga, aunque tenga voluntad de autor, aunque quiera el hecho como propio, no por ello entra en posesión del dominio que antes no tenía”.

Uno de los mayores críticos del dominio del hecho es GÜNTHER JAKOBS, quien se muestra contrario a determinar la autoría en el Derecho penal mediante un *dominio* (hecho) y un *deber*. En ese sentido, plantea que detrás del dominio del hecho se ocultan elementos normativos como los que hay en la infracción del deber, es decir, que “la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva”¹¹³. De esta forma, para la calificación de la intervención propone dejar de lado todo aquello que se encuentra orientado fácticamente y optar por un criterio netamente normativo: la *competencia*, pues según JAKOBS, “el dominio sin competencia no es de interés ni jurídico-penalmente ni en los demás aspectos de la vida social”¹¹⁴, y al determinarse ésta a través del *senalagma: libertad por el comportamiento y responsabilidad por las consecuencias*, se constituye en una institución social que abarca, en principio, a todas las personas.

En efecto, la fijación de la competencia no es la misma en todos los contactos sociales, pues ésta se encuentra en estricta dependencia del tipo de roles que poseen los sujetos: en primer lugar tenemos el *rol general*, por el cual los ciudadanos se deben organizar libremente sin afectar a otras personas. En la propuesta de JAKOBS, la vulneración de este rol es calificada como delito de *dominio* o de *organización*, pues se trata del ámbito de la organización del comportamiento en general y del quebrantamiento o ruptura de un rol común¹¹⁵.

Frente al rol común o general se encuentran los denominados *roles especiales*, es decir, aquellos que solamente pueden ser infringidos por quienes están vinculados institucionalmente al poseer un determinado estatus (por ejemplo, un padre de familia o un juez). La infracción de estas relaciones especiales de deber, da lugar a los delitos de *infracción de un deber* o por *competencia institucional*.

De esta manera, para JAKOBS, la referencia a la infracción de ambos roles supone que “al principio de la imputación no está un dominio fáctico, sino una institución”¹¹⁶ y ello debe ser así no sólo en los delitos de infracción del deber, sino también en los -por él

¹¹³ JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, traducción de Manuel Cancio Meliá, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000, p. 66.

¹¹⁴ JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho...”, p. 69.

¹¹⁵ Como ha graficado LESCH, *Intervención delictiva*, p. 69; “las expectativas ligadas a tal rol son, según su fundamento, definidas sobre todo negativamente, esto es, de forma que una persona que tiene el derecho a la libre administración de su ámbito organizativo, configure éste de tal manera que no se produzcan determinados efectos no deseados, la mayoría de las veces, en el trato con bienes jurídicos”.

¹¹⁶ JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho...”, p. 67.

denominados- delitos en virtud de competencia por la organización. A partir de tal comprensión objetivo-normativa, para JAKOBS se corrobora que el dominio del hecho expresa únicamente la cantidad de intervención en el delito. En tal sentido, los intervinientes no pueden ser clasificados en función a la cantidad de dominio del hecho, sino del significado social del aporte: el interviniente ajusta su aporte de modo que conserva el sentido de posibilitar la ejecución o bien el aporte tiene desde un principio ese sentido.

Entonces, como cada interviniente sería competente respecto a la totalidad del hecho, la diferencia entre autoría y participación recaería sólo sobre los grados de gravedad que sirven para la medición de la pena¹¹⁷. De esta forma, los intervinientes en los delitos de dominio responderían en razón de la comunidad con los demás y en relación con el hecho en su conjunto, pues a cualquiera de ellos como miembro del colectivo le incumbe la ejecución del delito.

Este es el parecer que también acoge la justicia peruana cuando señala:

«... y en el caso de la coautoría el hecho es realizado de manera “conjunta”, es decir, se está ante la presencia de una comunidad objetiva de intervinientes donde cada uno de ellos realiza una aportación objetiva esencial fundada en un reparto de trabajo de tal forma que en la relación objetiva de los aportes “se produce una comunidad, pero tan sólo debido a la prestación de los aportes en un contexto que les acredita como referidos los unos a los otros, producidos colectivamente”»¹¹⁸

Como expresa JAKOBS, se trata de una “*infracción colectiva del deber*”¹¹⁹, la misma que debe ser entendida en un sentido normativo y no ontológico, porque puede suceder que la ejecución fáctica del delito no implique un mayor dominio del hecho y si bien hacia afuera puede configurar el quebrantamiento del Derecho (la arrogación de organización ajena), hacia adentro sigue siendo una prestación más -aunque sea la última- junto con otras que la han precedido en el tiempo. Ello no significa que en la mayoría de supuestos delictivos el autor no configure el delito con un dominio del hecho cuantitativamente mayor, esto suele ser así, y por eso aquél tiene una competencia preferente por el hecho.

¹¹⁷ Cfr. SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro”, en: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, España, 2005, p. 984.

¹¹⁸ Sentencia de la Sala Penal Transitoria del 31 de Agosto de 2010 (R.N. N° 707-2010).

¹¹⁹ JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho...”, p. 92. (Con cursivas en el original).

Esta idea de JAKOBS de caracterizar la distinción entre autoría y participación como una mera cuestión de medición de pena a la que no corresponderían diferenciaciones concebibles cualitativamente ha sido duramente criticada por SCHÜNEMANN para quien con ella se pretende un regreso teórico al concepto *unitario* y *extensivo* de autor y sólo sería una reformulación de la *teoría subjetiva* en la que igualmente la diferenciación entre los intervinientes se trasladaba al ámbito de determinación de pena. En esta misma línea, se sostiene que JAKOBS estaría siguiendo el camino marcado por la clásica distinción entre *animus auctoris* y *animus socii*, pero no concibiéndola psicológicamente, sino a partir de una observación valorativa determinada por el significado del comportamiento que, a su vez, es comunicado mediante la estructura normativa de la sociedad¹²⁰.

Ahora bien, SCHÜNEMANN también refuta el uso del término *significado social*, pues con éste se remite ociosa- y nuevamente al Derecho penal habida cuenta que la sociedad ya ha expresado en aquél lo que considera penalmente relevante. Además, pone de manifiesto que en la sociedad actual posmoderna no existen atribuciones fijas de significado, sino una infinidad “que dependen de la forma de vida que respectivamente se prefiera, y que en su variedad no poseen para el Derecho significación”¹²¹.

Finalmente, para SCHÜNEMANN en la propuesta de JAKOBS sería notoria su reticencia a abandonar toda perspectiva ontológica, pues cuando distingue conceptualmente entre el interviniente que aporta sólo alguna contribución al hecho y el ejecutor que lleva a cabo la verdadera ejecución, partiría involuntariamente de una gradación de esencia ontológica¹²².

Por otro lado, la desaprobación de la formulación propuesta por JAKOBS obedece a que en su búsqueda por hacer responsable al partícipe de un injusto propio y no ajeno, se manipula el *principio de accesoriedad*, pues éste ya no es considerado como una relación de dependencia del partícipe respecto del autor, sino de todos los intervinientes con el hecho principal (el delito) en su conjunto. En este sentido, se le reprocha a la concepción jakobsiana sobre la accesoriedad el concebirla “como una relación de sentido de carácter objetivo y normativo que se produce entre los distintos intervinientes y que permite hablar de un único hecho que se imputa no individualmente, sino como colectivo”¹²³, lo cual

¹²⁰ Cfr. SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, pp. 983-984.

¹²¹ SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, p. 985.

¹²² SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, p. 985.

¹²³ MARAVER GÓMEZ, “Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad”, en: AAVV. *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Idemsa, Lima, 2007, p. 475. También, JAKOBS, *La*

poseería una estrecha relación con un sistema unitario de autor o uno extensivo, pues al fundamentar la responsabilidad de los intervinientes no se establece entre ellos ninguna diferencia cualitativa, incluso, cada uno de ellos posee una relación directa con el tipo. En tal sentido, la única posibilidad de diferenciar entre autores y partícipes radicaría en el plano cuantitativo al momento de imponerse la pena¹²⁴.

En esta misma línea, se señala que la propuesta de JAKOBS sería contraria a la adopción mayoritaria en los ordenamientos jurídico-penales del concepto restrictivo de autor y, por medio de éste, del principio de accesoriedad conforme al cual la imputación del partícipe debe ser de tipo indirecto, es decir, a través de los preceptos de la PG (extensión de la responsabilidad penal), lo que permite resguardar el principio de responsabilidad por el propio injusto para los intervinientes en el delito (autores y partícipes).

Precisamente, el principal reparo que se le dirige a planteamientos como el de JAKOBS realza el exiguo valor que se le otorga a la delimitación de los ámbitos de responsabilidad al momento de fundamentar la competencia de los distintos intervinientes¹²⁵. Se sostiene que en formulaciones como la de JAKOBS, apenas se toma en consideración que interviene un tercero autorresponsable, pues lo importante es que el sujeto sea considerado competente del riesgo desaprobado.

Al margen de las críticas dirigidas contra la propuesta de JAKOBS, si bien su propuesta sustentada en el criterio normativo-objetivo de la competencia muestra una construcción muy prolija con parámetros generales a partir de los cuales es posible sustentar una adecuada imputación y determinación de la responsabilidad penal a título de autor o partícipe, no goza del mismo nivel de aceptación que tiene la doctrina del dominio del hecho de ROXIN en la justicia y doctrina penales. Empero, ello no desmerece su validez científica.

III. Valoración.

imputación objetiva en Derecho penal, traducción de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, pp. 152-153; ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003, pp. 156-157; LESCH, *Intervención delictiva*, pp. 51 y 57.

¹²⁴ Sin embargo, desde su formulación y hasta ahora, el tema de la delimitación cuantitativa no ha sido objeto de concreciones por parte de JAKOBS, permaneciendo el problema de la delimitación cuantitativa aun pendiente de desarrollo. Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, "La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva", en: JAKOBS. *La imputación objetiva*. p. 75.

¹²⁵ Cfr. MARAVER GÓMEZ, "Concepto restrictivo de autor", p. 477.

Los tipos penales de la Parte Especial de los Códigos Penales contienen modelos de conducta (no matar, no lesionar, no robar, no estafar, no falsificar, etc.) cuya inobservancia pretende ser evitada a través de la conminación con penas. En la *codelinquencia*, el sistema penal puede responder castigando a todos los intervinientes como autores y aplicándoles las mismas penas al margen de su contribución real a la materialización del suceso delictivo o también puede optar por distinguir entre ellos con la consiguiente graduación del castigo penal.

Esta segunda respuesta del sistema penal obedece al *concepto restrictivo de autor*, según el cual no todos los intervinientes que causan el delito son autores, sino sólo algunos de ellos. En efecto, conforme a dicho concepto, “sólo es autor quien comete por sí mismo la acción típica, mientras que la mera co-causación del resultado mediante acciones atípicas no puede fundamentar la autoría”¹²⁶. De esta manera, el establecimiento de formas especiales de participación como la inducción y complicidad, supone la configuración de *causas de extensión de la punibilidad* (en sentido amplio) a acciones que se encuentran fuera del tipo. Los otros intervinientes, quienes tan sólo han determinado o ayudado al autor a la comisión del hecho, quedarían impunes de no ser por las disposiciones penales especiales relativas a las formas de intervención distintas a la autoría: inducción y complicidad¹²⁷.

En este marco, el *principio de accesoriedad* se asienta como elemento esencial del sistema de autoría restrictiva y hace que éste se constituya como preferible a otros al ser más cercano a las exigencias del Derecho penal de un Estado de Derecho¹²⁸. De esta

¹²⁶ JESCHECK/WEIGEND. Óp. Cit., p. 697.

¹²⁷ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 697; ROXIN, “La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán”, en: *Dogmática penal y política criminal*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, p. 351.

¹²⁸ Al respecto, cierto sector de la doctrina como DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 124; LÓPEZ PEREGRIN, Óp. Cit., p. 110; entre otros; sostienen, sobre la base de la comprensión del *principio de legalidad* como manifestación del Estado de Derecho, que si bien tanto un concepto unitario como uno diferenciador de autor cumplen los presupuestos mínimos del Derecho penal de un Estado de Derecho, los cumple mejor un sistema diferenciador, debido a que en éste se recoge y defiende la presencia del *principio de accesoriedad*. Manifiestan que mediante éste, el sistema diferenciador encuentra una mayor conformidad con los principios de un Estado de Derecho, pues con el sometimiento a la accesoriedad se posibilita de forma garantista que pueda extenderse la punibilidad a los partícipes sin que ello signifique diluir los límites del tipo.

Asimismo, las posiciones que se agrupan bajo este pensamiento señalan que la principal diferencia entre el concepto unitario de autor respecto del restrictivo radica en que en el primero la responsabilidad de todos los intervinientes es, en principio, autónoma, pues la conducta del otro interviniente no necesita reunir, inicialmente, ninguna característica especial, sino solamente que las actividades de distintos sujetos se combinen y configuren conjuntamente la totalidad de los elementos típicos del delito correspondiente. Efectivamente, en ello radicaría –según sostiene– la incompatibilidad del concepto unitario con un Estado de Derecho (en particular, con la manifestación relativa a la subordinación al principio de legalidad), pues no existe un respeto al principio de determinación en la descripción de los comportamientos punibles. Ello no

manera, a decir de la opinión dominante de doctrina y justicia penales nacional y extranjera, la responsabilidad penal del *autor*, *autor mediato* y *coautor* deriva directamente de la realización de los tipos penales; mientras que la de los demás intervinientes (*cómplices* e *inductores*) proviene de vincular el tipo penal llevado a cabo por los –así denominados– “actores principales” con las normas que contienen las formas de participación que el ordenamiento penal acoge.

En la legislación penal peruana se ha adoptado el *concepto restrictivo de autor*, pues en la regulación vigente se evidencia una diferenciación entre autores y partícipes, siendo que la relevancia penal del comportamiento de estos últimos surge cuando se les relaciona con los autores de los ilícitos (la denominada *accesoriedad de la participación*), con lo que se pone de manifiesto que las disposiciones que atañen a los partícipes funcionan como *causas de extensión de la pena* a comportamientos que quedarían impunes sin tales previsiones legales¹²⁹, afirmación con la que se refuerza el argumento – vinculado estrechamente al concepto restrictivo y acuñado por la opinión dominante de doctrina y jurisprudencia– según el cual *el partícipe toma parte en un “hecho ajeno”, el mismo que pertenece sólo al autor*.

Si bien la regulación en nuestro CP sobre autoría y participación no es compatible con los argumentos plasmados por las teorías unitarias de autor, en el Derecho penal peruano se pueden observar determinados rasgos de esta formulación. Así ocurre con la inducción y la complicidad primaria, pues el legislador nacional ha establecido para ambos, en lo que concierne a la pena, un trato igual al dispuesto para el autor. Efectivamente, tanto al inductor como al cómplice primario, les corresponde la pena establecida para el autor¹³⁰.

ocurriría en un sistema diferenciador (restrictivo), en tanto rige el principio de accesoriadad de los partícipes en sentido estricto, el cual exige para poder castigar a los distintos sujetos que intervienen en la realización de un delito que uno de ellos, al menos, cumpla la totalidad de los elementos típicos del ilícito penal, es decir, que su comportamiento sea idóneo (como si se tratara de un supuesto en el que actuara solo) para convertir a este sujeto en autor del delito.

Por consiguiente, se señala que optar por un concepto restrictivo de autor implica revalorar el principio de accesoriadad de la participación, debido a que éste opera como un recorte del ámbito de lo típico que posibilita que el sistema se ajuste mejor a los postulados del Derecho penal de un Estado de Derecho, pues donde no exista un hecho principal típico y antijurídico (accesoriadad limitada) no será posible la participación. En tal sentido, la accesoriadad se configurará como un instrumento (técnico-jurídico) cuya utilidad consiste en garantizar la extensión de la punibilidad a intervinientes distintos del autor, sin que ello signifique modificar la estructura y el sentido de los tipos de delito. Véase al respecto, PEÑARANDA RAMOS, *Óp. Cit.*, pp. 326-327.

¹²⁹ Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO, “La autoría conforme al Código Penal”, en: *El Nuevo Derecho penal español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 580.

¹³⁰ En contra, en la doctrina española, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Óp. Cit.*, p. 191; para quien “la igualdad en el marco penal no es una posibilidad exclusiva del concepto unitario”.

En tal sentido, nuestro CP reconoce como criminalmente responsables a los *autores* cuando en el art. 23° establece quienes *son* (autor único, autor mediato y coautores) y el *porqué* adquieren tal estatus (porque realizan el hecho punible por sí, por medio de otro y conjuntamente). Asimismo, en los arts. 24° y 25° hace recaer responsabilidad penal en otros intervinientes distintos al autor, indicando quienes *son* (instigador, cómplice primario y secundario) y el *porqué* de su represión (porque determina a otro a cometer el hecho punible o presta auxilio para la realización de éste), señalando además el *nivel* de su sanción (instigador y cómplice reprimidos con la pena que corresponde al autor; mientras que al cómplice secundario se le disminuye prudencialmente el castigo).



CAPÍTULO II

COAUTORIA EN UNA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL ONTOLÓGICA

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Coautoría como dominio del hecho funcional. A. Dominio del hecho funcional como presupuesto de la coautoría. B. Requisitos de la coautoría. 1. Requisitos objetivos. 1.1 Intervención en la fase ejecutiva. 1.2 Contribución esencial para la configuración del hecho punible. 2. Requisito subjetivo. 2.1 Decisión conjunta de realizar el hecho punible. III. Complicidad primaria como figura intermedia entre coautoría y complicidad secundaria 1. La cooperación necesaria del Derecho penal español como fuente de la regulación de la complicidad primaria. 2. La complicidad primaria en el Derecho penal peruano. 3. Complicidad primaria como contribución esencial al hecho punible durante la fase de preparación. IV. Valoración.

I. Planteamiento.

Aun cuando en la mayoría de los tipos penales contenidos en el CP peruano y en las Leyes penales especiales se alude a la intervención de un solo sujeto en la realización del hecho punible (el recurrente “*el que*”, con el cual comienzan las descripciones típicas), es frecuente que en éste intervengan dos o más personas. En efecto, cuando dirigimos la atención a los acontecimientos criminales que ocurren en la vida diaria, nos podemos percatar que un hecho punible puede ser llevado a cabo por una sola persona (*v. gr.*, la mujer que envenena a sus hijos para ocasionarles la muerte) o también por más de una (*v. gr.*, un grupo de sujetos que portando armas roban una joyería). Este último supuesto es calificado como *codelinquencia* o *intervención delictiva* y se caracteriza por el concurso de varias personas¹³¹ en la persecución por parte de todos de las mismas metas o finalidades, en donde el aporte de cada uno y la división del trabajo constituyen los elementos que coadyuvan a ello¹³².

En este contexto, el Estado en el marco de su Política Criminal debe reaccionar frente a tales formas de configuración de la actividad delictiva, sirviéndose para ello del Derecho penal, en tanto medio más importante del control social formal que ejerce el poder estatal (*ius puniendi*). Sin embargo, tal actuación estatal no debe llevarse a cabo

¹³¹ Como afirma FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, 2ª edición, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 1; la pluralidad de sujetos activos es, pues, un elemento esencial para configurar una hipótesis participativa.

¹³² También puede que la concurrencia de varios individuos obedezca a situaciones meramente circunstanciales o accidentales, tal como ocurre con los supuestos englobados bajo el rótulo de *conductas neutrales*.

mediante un ejercicio ilimitado y arbitrario del poder en la búsqueda por otorgar protección a los ciudadanos, debiéndose plantear como principal exigencia la observancia, sin reparos, de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal y de los principios político-criminales como el de *mínima intervención y fragmentariedad*, en tanto aplicación directa del principio general de *proporcionalidad*. Ello es así, debido a que en los procesos de comunicación entre el Estado y los ciudadanos, la pena no puede cumplir su función, si en la forma en la que es aplicada no se respetan las garantías existentes, pues la comunicación penal no puede hacerse de cualquier forma.

Ahora bien, dentro de los casos de codelinuencia y fuera de los de autor único, el problema nuclear de la teoría de la intervención delictiva se ha centrado tradicionalmente en cómo diferenciar entre *autores y partícipes*. Al respecto, es clásico en la doctrina de la intervención en el delito, traer a colación una cita realizada por ROXIN en su *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cuando sostiene que “la teoría de la participación es «el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho penal»”. Esta expresión que procede -como bien reconoce el profesor alemán- de HERMANN KANTOROWICZ, se ha convertido en una frase histórica¹³³.

Las dificultades de delimitación entre autoría y participación también tienen lugar cuando se pretende diferenciar entre las diversas configuraciones fenomenológicas que se presentan al interior de cada una de ellas. Precisamente, una de estas complicaciones radica en la pretensión por deslindar entre *coautores y cómplices*¹³⁴, la misma que -a decir

¹³³ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª edición, 1ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 47-48. Según expresa el propio ROXIN, la afirmación de KANTOROWICZ, luego fue tomada por BINDING y desde entonces hasta hoy por otros numerosos autores. Así también lo considera, FIERRO, Óp. Cit., p. 399.

Recientemente SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, p. 981; se ha manifestado en similar sentido al sostener que “nada supera a este tema (la teoría de la autoría y participación) en su complejidad y grados de diferenciación de los problemas dogmáticos que presenta”.

En la doctrina peruana, MEINI, “Comisión por omisión”, en: *Imputación y Responsabilidad Penal*, Ara, Lima, 2009, p. 62; refiriéndose al tema de la participación criminal (instigación y complicidad) ha afirmado que ésta “es, tal vez, el tema más espinoso y sobre el que menos consenso existe en materia penal”.

¹³⁴ Sobre el desarrollo dogmático de la coautoría y la complicidad en España, un hito histórico muy importante lo marca la obra de Enrique GIMBERNAT: “*Autor y cómplice en Derecho Penal*”, publicada en el año de 1966. En efecto, es con posterioridad a este trabajo que en la doctrina penal española se reaviva el interés por el estudio de la autoría y la participación, lo que se demuestra con la sucesiva aparición de importantes trabajos relacionados con dicha temática. Así tenemos, entre otros, el estudio de Enrique PEÑARANDA RAMOS titulado “*La participación en el delito y el principio de accesoriedad*”, también el de Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO sobre “*La autoría en Derecho Penal*”, así como el de Esteban Juan PÉREZ ALONSO rotulado como “*La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*”.

Por su parte, en la doctrina alemana se torna mucho más complicado poder fijar un hito, pues el estudio de las formas de intervención en el delito está ligado a un largo proceso de debates teóricos en torno a esta materia. Empero, en el siglo XX (1963), la obra de Claus ROXIN: “*Täterschaft und Tatherrschaft*”

de PÉREZ ALONSO- constituye el principal y más complejo problema que se aborda en la teoría de la codelinuencia¹³⁵. Ello es así, porque cuando la conducta penal relevante es llevada a cabo por un grupo de personas, es decir, cuando la acción delictiva se estructura de manera colectiva, surge la necesidad de determinar si todos los que han intervenido deben responder –conforme el entendimiento tradicional- de forma *independiente* (coautoría) por el hecho punible cometido, entendiéndose éste como un injusto propio o si su responsabilidad es *dependiente* (complicidad), en la medida que quienes intervinieron en la realización de la infracción penal actuaron colaborando con otro para que realice la acción típica y, por lo tanto, tomaron parte en un “ilícito ajeno”¹³⁶. En tal sentido, frecuentemente se pregunta si es coautor o cómplice: quien favorece mediante consejos la realización de un asesinato por un tercero; quien sólo describe el lugar y otras circunstancias para la comisión de un hurto; quien elabora el plan e indica la oportunidad para la ejecución del robo por otros; quien transporta a un sujeto al lugar donde ocasionará un incendio; quien en un delito de violación contra la libertad sexual, sólo está presente en el lugar de los hechos de modo aprobatorio sin abusar por sí mismo de la víctima; quien ejecuta asesinatos por mandato de un tercero; etc.

Los esfuerzos que han sido y son empleados para lograr delimitar entre coautores y cómplices se multiplican cuando, por ejemplo, a nivel de legislaciones penales como la peruana se adopta la figura del *cómplice primario*¹³⁷. Así, en nuestra regulación nacional sobre autoría y participación (arts. 23°, 24° y 25° del CP), el legislador penal ha considerado una clasificación de la complicidad en *primaria* y *secundaria* junto a las tres

(“Autoría y Participación”) se erige como uno de los referentes más importantes sobre la intervención delictiva en el Derecho penal.

En los últimos años, la polémica sobre las formas de intervención en el delito se ha visto fortalecida, a partir de la pretensión por reformular la teoría del delito desde una perspectiva netamente normativa-valorativa, abandonando todo tratamiento fenomenológico u ontológico. En esta línea, destaca la obra de Günther JAKOBS sobre “*El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*”.

¹³⁵ Cfr. PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998, p. 201.

¹³⁶ En ambos casos, la diferencia no es planteada desde un punto de vista cuantitativo, sino cualitativo; pues como señala PEREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, pp. 200-201; la autoría “supone la realización de un tipo principal (hecho injusto propio), mientras que la complicidad supone la realización de un tipo de referencia”.

¹³⁷ A nivel del Derecho comparado, la distinción entre dos formas de complicidad se encuentra también, por ejemplo, en el CP español bajo las denominaciones de *cooperador necesario* (que sería el cómplice primario en nuestro Derecho penal) y *cómplice* (que sería el cómplice secundario en nuestro Derecho positivo). Al respecto, debemos indicar que en España, la figura de la complicidad necesaria aparece en el CP de 1848 y tiene como antecedente más cercano a la doctrina medieval de la causa necesaria. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, en: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, LH al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 645.

formas de autoría y a la inducción. Según la redacción del art. 25° ambas se distinguen por la eficacia del aporte para la realización del hecho punible. Es *cómplice primario* quien presta un aporte sin el cual no se hubiera perpetrado el ilícito; mientras que es *cómplice secundario* quien colabora en la realización de la infracción con un aporte que no incide en la posibilidad de producción del injusto.

De esta forma, en el Derecho penal peruano no sólo nos encontramos ante la dificultad que plantea la diferenciación entre coautoría (forma de autoría) y complicidad (forma de participación), sino ante la necesidad de buscar parámetros para deslindar al coautor del cómplice primario, así como a éste del cómplice secundario. En tal sentido, se hace necesario la construcción y aplicación de una fórmula dogmática a fin de llevar a cabo una clara separación entre las mencionadas figuras penales, cuya utilidad no sólo sea apreciada desde un punto de vista teórico, sino también práctico, ya que para la aplicación del Derecho penal por los jueces peruanos es fundamental que existan criterios fijos y determinados a efectos de definir el título de imputación que se les asigna a los intervinientes en un hecho punible para evitar calificar de forma distinta supuestos similares, pues ello quebranta la seguridad jurídica y las garantías establecidas en favor de los ciudadanos frente al *ius puniendi* estatal.

Al respecto, tanto en opinión de la mayoría de los jueces penales como de la doctrina nacional y extranjera dominante se puede advertir consenso en reconocer que es la denominada *teoría del dominio del hecho*, la fórmula teórica idónea para conseguir delimitar las diversas formas de autoría y participación. En tal sentido, en el presente capítulo vamos a exponer el estado actual sobre la diferenciación entre coautoría y complicidad de la mano de la doctrina del dominio del hecho, fundamentalmente la que se debe a los planteamientos de CLAUS ROXIN.

Debemos dejar constancia que el presente estudio tiene lugar en el marco de los denominados *delitos comunes*, *delitos de dominio* o *delitos de lesión de deberes generales negativos*, es decir, supuestos en los cuales no se requiere una cualidad o deber especial para ser autor de un ilícito penal y en los que -siguiendo a JAKOBS- “quien interviene tiene con la víctima (potencial) una relación exclusivamente negativa: Quien toma parte debe mantener su ámbito de organización en tal estado que no tenga *output* alguno en detrimento del ámbito de organización ajeno”¹³⁸.

II. Coautoría como dominio del hecho funcional.

¹³⁸ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 730 párr. 16.

La coautoría es una forma de autoría¹³⁹. Efectivamente, en el terreno empírico existen formas diversas y variadas en las que el comportamiento humano se puede estructurar a fin de configurar una autoría criminal. Ésta no termina con la realización directa y de propia mano de un tipo penal (*autoría inmediata por dominio de la acción*), ni tampoco con la ejecución del tipo penal a través de otra persona que es reducida a la categoría de instrumento para que lleve adelante la voluntad del “hombre de atrás” (*autoría mediata por dominio de la voluntad*). La fenomenología de la delincuencia nos muestra que el quebrantamiento o vulneración de una norma penal se puede realizar también a través de la actuación conjunta de varias personas, sea de forma inmediata o mediata (coautoría como dominio del hecho funcional). En tal sentido, como ha planteado ROXIN, por un lado, la coautoría presupone una estructura *horizontal*, en el sentido de actividades equivalentes y simultáneas¹⁴⁰ y, por otro, involucra una interdependencia recíproca entre los intervinientes¹⁴¹. De esta manera, uno es coautor cuando “domina junto con otros el curso del acontecer”¹⁴²; siendo ésta la definición que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria adoptan.

En el campo del Derecho positivo, la coautoría (art. 23° del CP peruano) implica *cometer conjuntamente* un hecho punible¹⁴³. De esta forma, como han puesto de manifiesto

¹³⁹ Así, WELZEL, Óp. Cit., p. 129; JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 726; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal*, PG 2, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 370 §49 n° 14; PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 202-219.

¹⁴⁰ ROXIN, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en: *Revista Penal*, N° 2, 1998, p. 63.

¹⁴¹ En el mismo sentido de esta definición, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 653; MIR PUIG, Óp. Cit., p. 394 párr. 2; BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004, p. 31; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Óp. Cit., p. 434; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, *Derecho Penal*, PG, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 713; STRATENWERTH, *Derecho penal*, PG I, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 398 párr. 77; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 367 §49 n° 4; FIERRO, Óp. Cit., p. 401.

¹⁴² ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 320.

¹⁴³ En la doctrina española, para MIR PUIG, Óp. Cit., p. 395 párr. 4; cuando el art. 28° del CP español dice: “son autores quienes realizan el hecho conjuntamente”, ello implica que dicha expresión “supone no solo la ejecución conjunta, sino también que se efectúa de mutuo acuerdo”.

En esta misma línea, se infiere de la redacción del art. 23° de nuestro CP la posibilidad de una coautoría (así como autoría directa y mediata) dolosa e imprudente, a diferencia de las formas de participación que según nuestro Derecho positivo son netamente dolosas.

Ahora bien, sobre la posibilidad de configuración de la coautoría en los delitos imprudentes, la doctrina mayoritaria –sobre todo la alemana– se manifiesta en forma negativa, en particular aquella que tiene en el *acuerdo mutuo* al elemento central e indispensable de esta forma de responsabilidad penal. Al respecto, por ejemplo, es tajante la opinión de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 394 §49 n° 107; cuando sostiene que no existe la coautoría culposa, pues aquella está reservada para los hechos dolosos. Asimismo, JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 728; han sostenido que en el caso en que varios cooperen de forma imprudente “cada uno de los intervinientes es autor accesorio en la medida en que concurran sobre su

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, tanto de su regulación en el CP como de la propia naturaleza de la coautoría se puede sostener que se trata de una figura mediante la cual se *extiende* la determinación del sujeto del hecho contenido en los tipos penales a aquellos que tomen parte del dominio colectivo del hecho y su ejecución, para que puedan ser considerados como autores del hecho conjunto. En este sentido, la coautoría es una forma de *extensión de la responsabilidad*¹⁴⁴, siendo ello el motivo para que un sector de la doctrina aluda a la coautoría como una forma impropia o imperfecta de participación¹⁴⁵ en contraste con sus manifestaciones propias: instigación y complicidad.

Ahora bien, para la doctrina dominante lo característico de la coautoría es que el coautor tiene en sus manos la realización del hecho punible, en la medida que desempeña una función dentro del marco de un plan global y común, siendo ello el motivo por el cual cada coautor puede ser tenido como autor de la totalidad del hecho punible¹⁴⁶ y por el cual la imputación a los coautores se realiza sobre la base del *principio de imputación recíproca*¹⁴⁷ de todas las aportaciones al hecho realizadas conjuntamente y de mutuo acuerdo¹⁴⁸ a diferencia del *principio de imputación en virtud de accesoriedad* que rige en la participación criminal¹⁴⁹. Todo esto significa, como sostiene la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que la actuación con *dominio del hecho funcional* es el presupuesto esencial de la coautoría.

persona todos los requisitos de la imprudencia; aquí no tiene lugar una imputación recíproca de las aportaciones”.

En la doctrina española, aun cuando también se rechaza una coautoría imprudente por no existir un acuerdo común, existen autores como MIR PUIG, *Óp. Cit.*, p. 400 párr. 24; que sí reconocen dicha posibilidad, siempre y cuando el acuerdo sea entendido en dirección a la conducta imprudente y no al resultado, pues sólo la primera podría ser obra conjunta de varios sujetos, apareciendo el resultado como producto de esa obra.

¹⁴⁴ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Óp. Cit.*, p. 368 §49 n° 6; PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 203.

¹⁴⁵ Cfr. FIERRO, *Óp. Cit.*, p. 398.

¹⁴⁶ Así también, BOLEA BARDON, *Óp. Cit.*, p. 31; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Óp. Cit.*, p. 435; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, pp. 713-714; KINDHÄUSER, *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, traducción de Manuel Cancio Melia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 7.

¹⁴⁷ Así, JESCHECK/WEIGEND, *Óp. Cit.*, p. 727; MIR PUIG, *Óp. Cit.*, p. 395 párr. 2; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 205.

¹⁴⁸ JESCHECK/WEIGEND, *Óp. Cit.*, p. 727. Así también, BOLEA BARDON, *Óp. Cit.*, pp. 33-34; QUINTERO OLIVARES, *Óp. Cit.*, p. 619; PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, pp. 202-203.

¹⁴⁹ Como indica MIR PUIG, *Óp. Cit.*, p. 398 párr. 34; la accesoriedad es el principio supremo de la teoría de la participación. Con el empleo de este principio en el Derecho penal, se puede demostrar que el castigo de la participación implica una extensión de la punibilidad. La participación es, necesariamente, accesorio; es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal. Esa accesoriedad no es “producto de la ley”, ella está en la naturaleza misma de la cosa. Complicidad e instigación presuponen conceptualmente “algo” al cual se prestan. Cfr., también, BOCKELMANN, *Relaciones entre autoría y participación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 7; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 326 y 336.

Asimismo, habría que señalar que el principio de accesoriedad, sobre la base de su origen e inspiración liberal, se constituye como factor exclusivo de limitación de la responsabilidad jurídico-penal, pues con aquél se va a poder responder a la pregunta acerca de *bajo qué condiciones* puede castigarse la participación.

A partir de ello se suele indicar que la coautoría exige la concurrencia de requisitos de naturaleza *objetiva* y *subjetiva*¹⁵⁰. Dentro de los primeros, se requiere la ejecución conjunta del hecho y la esencialidad de la contribución, todo ello en el marco de un plan común¹⁵¹; mientras que el requisito subjetivo aludiría a la necesidad de un acuerdo de voluntades. Efectivamente, con frecuencia se afirma que la coautoría implica la configuración de dos requisitos esenciales: la *realización, durante la etapa de ejecución, de un aporte esencial* de parte de cada uno de los intervinientes y la *decisión común* tomada por todos ellos para cometer el hecho punible. De esta manera, el conjunto de los elementos de esencia objetiva y subjetiva de la coautoría caracterizaría a cada uno de los colaboradores como coautor¹⁵².

Al respecto, para los jueces peruanos también la coautoría entraña la concurrencia de tres factores:

“Los tres requisitos que configuran la coautoría son, a saber: a) *decisión común*: entre los intervinientes existe una decisión común de realizar el delito, que se distingue del acuerdo de voluntades propio de la participación en razón que las aportaciones de los coautores es manifiesta en un plano de igualdad, lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que posibilita una división de trabajo, o distribución de funciones orientado al logro exitoso del resultado; b) *aporte esencial*: el aporte individual que realiza cada actuante es esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber frustrado todo el plan de ejecución; c) *tomar parte en la fase de ejecución*: cada sujeto al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación, quiere decir que la participación ejecutiva da contenido final al dominio funcional del hecho en la coautoría”¹⁵³.

Como se podrá notar, también para los jueces peruanos si se comprueba la concurrencia de dichos factores, se podrá sostener que cada uno de los intervinientes tuvo en sus manos la decisión por el sí del hecho punible y, por lo tanto, a cada uno se le deberá atribuir el mismo bajo la figura de la coautoría.

¹⁵⁰ Para JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 726; la polémica sobre la coautoría gira, con frecuencia, en torno a sus requisitos como a su delimitación.

¹⁵¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “«Coautoría» Alternativa y «Coautoría» Aditiva: ¿Autoría o Participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría”, en: SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, LH a Claus Roxin*, Bosch editor, Barcelona, 1997, p. 312.

¹⁵² Así también, PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 204-212.

¹⁵³ Ejecutoria Suprema (R.N. N° 4484-97. CAÑETE), tomada de *El Código penal en su Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 100-101.

Así también, Ejecutoria Suprema del 18 de Octubre del 2000 (R.N. N° 3005-2000. LIMA); Ejecutoria Suprema del 13 de Octubre del 2004 (R.N. N° 1720-2004. CALLAO).

En las líneas siguientes, nos referiremos tanto al presupuesto como a los requisitos de la coautoría.

1. Dominio del hecho funcional como presupuesto de la coautoría.

Desde la irrupción de la doctrina del dominio del hecho en el análisis y tratamiento de la intervención en el delito se ha sostenido que el fundamento sobre el cual gira la coautoría es la existencia de un *dominio funcional*. En tal sentido, para ROXIN lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que “cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás”¹⁵⁴. Ello es así, pues como sostiene WELZEL, la coautoría se sustenta en el *principio de división del trabajo*¹⁵⁵, el mismo que hace posible la realización del hecho punible. En efecto, el coautor no tiene un dominio total del suceso por sí solo, ni tampoco un dominio parcial del mismo, sino que “el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global”, pues “cada uno es «co-autor del todo»”¹⁵⁶. Es por ello que puede sostenerse –con PÉREZ ALONSO- que la *estructura* de la coautoría basada en dicho principio, implica que la suma de fuerzas y de contribuciones individuales tomadas en sí, complementan la total realización del tipo¹⁵⁷. Tan igual como el engranaje de distintas piezas, mutuamente integradas y dependientes entre sí permite el funcionamiento de una máquina, en la coautoría los distintos actos parciales prestados para el logro del plan conjunto, y configurados colectivamente para tal finalidad, permiten la realización conjunta del hecho típico penal.

Sobre la mencionada división del trabajo, en la justicia penal nacional se indica:

“Que, del estudio de autos, se verifica que existió un acuerdo criminal común para la perpetración del suceso acontecido el quince de enero de dos mil cuatro, el mismo que se planificó con anterioridad por intermediaciones del parque Chilca (...); que, esa decisión mancomunada, valorada con los datos objetivos siguientes, como: i) que se colocó previamente por intermediaciones de la carretera diversas piedras para lograr que el vehículo ómnibus detenga su marcha y así poder facilitar la intervención de la móvil, ii) que los intervinientes se encontraban

¹⁵⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 307; JESCHECK/WEIGEND, *Óp. Cit.*, p. 726.

¹⁵⁵ Sobre el principio de división del trabajo, véase WELZEL, *Óp. Cit.*, p. 129; JESCHECK/WEIGEND, *Óp. Cit.*, p. 726; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Óp. Cit.*, p. 370 §49 n° 15 y 17; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 713; PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 204.

¹⁵⁶ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 pp. 307-308. Así también, BOLEA BARDON, *Óp. Cit.*, p. 32; WELZEL, *Óp. Cit.*, p. 129; STRATENWERTH, *Óp. Cit.*, p. 398 párr. 77; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Óp. Cit.*, p. 368 §49 n° 7.

¹⁵⁷ Cfr. PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, pp. 204-205.

provistos de distintos tipos de armas de fuego -la pericia balística de fojas ciento ochenta, informa la presencia de casquillos y proyectiles de calibres treinta y ocho y nueve milímetros-, iii) se rompieron distintas lunas y faros del ómnibus (...), hecho realizado, por cierto, en la ejecución, mientras otros amenazaban a los agraviados, iv) el escenario delictivo denotado por un lugar desolado y en horas de la noche, a donde los agentes habían arribado trasladándose en un vehículo Station Wagon; permiten afirmar una *distribución de roles o división del trabajo criminal*, con específicos aportes objetivos para la concretización del suceso; y, por ende, desestiman los agravios en relación a la complicidad secundaria que propone el justiciable, y por el contrario, afirman su coautoría¹⁵⁸.

En correspondencia con lo señalado en el párrafo anterior, el elemento objetivo que fundamenta la coautoría es “la participación objetiva de una persona individual en el *tener entre manos* el curso del acontecer típico por una comunidad de personas”¹⁵⁹. Este dominio del hecho que recae en un determinado grupo de sujetos, se materializa en el conjunto de todos los actos individuales dispuestos –por vía de la división del trabajo- con la finalidad de lesionar un bien y quebrantar típicamente una norma penal.

Ahora bien, aun cuando se considere que la estructura de la coautoría se compone de varios actos prestados bajo el *principio de división del trabajo* y conforme a un determinado plan, ello no significa que dicho principio se constituya como el estandarte de la coautoría o que su sola presencia sea suficiente para afirmar la configuración de aquella o que por sí solo sea útil para resolver los problemas que suscita la participación de varias personas en la realización de una infracción penal. Ello es así, en opinión de los teóricos del dominio del hecho, debido a que aceptar la validez absoluta del *principio de división del trabajo* para definir la coautoría, implicaría sostener, por ejemplo, que es coautor quien –conforme a un acuerdo previo- le entrega a otro dinero, para que éste pueda pagar el ticket de ingreso a un museo en donde se apropiará ilícitamente de piezas de gran valor. Para cualquier ciudadano queda claro que aunque el comportamiento del sujeto que entregó el dinero sea esencial para la realización del delito –incluso en el supuesto que quien va a apropiarse de los objetos no disponía de cantidad alguna de dinero- no podrá ser coautor, debido a que no tomó parte en la ejecución del delito y sólo ayudó a su perpetración con actos previos¹⁶⁰. En este mismo sentido, para ROXIN

¹⁵⁸ Ejecutoria Suprema del 27 de Abril del 2006 (R.N. N° 4788-2005. JUNÍN). (Con cursivas en el original).

¹⁵⁹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 373 §49 n° 26. (Con cursivas en el original).

¹⁶⁰ Es de la misma opinión ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §28 pp. 332-333; para quien la idea de la división de trabajo es adecuada para determinar la coautoría, sólo si se la toma en cuenta en la fase ejecutiva, pues sólo “en ella la imbricación de los actos individuales procura a los intervinientes el dominio conjunto sobre el acontecer típico”. En el mismo sentido, BOLEA BARDON, Óp. Cit., pp. 32-33; PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 207.

únicamente a partir de la idea de *división de trabajo* no es posible calificar como coautor a quien sólo realiza actos preparatorios, porque “el dominio sobre la preparación no puede fundamentar dominio sobre el hecho”¹⁶¹ y ello es así, porque aquél que solamente realiza los actos preparatorios más importantes y no toma parte en la ejecución, aleja el hecho de su mano.

De esta manera, para la constitución de la coautoría no sería suficiente con la concurrencia de varios aportes realizados en división de tareas y sobre la base de un plan global, sino que se requeriría de un elemento que permita mayores delimitaciones y precisiones. Conforme lo señala la doctrina y jurisprudencia dominantes, ese criterio a través del cual se justifica este dominio -que no es ni único ni parcial- es el del *dominio del hecho funcional*¹⁶² o *dominio del hecho conjunto*, siendo con éste que se cumple, a decir de ROXIN, con la principal exigencia de la teoría del dominio del hecho, esto es, la existencia de una “figura central del suceso de la acción”¹⁶³. Asimismo, tal criterio no sólo supondría que el dominio conjunto del individuo deriva de su *función* en el marco del plan global, sino también permitiría describir claramente la coautoría, en la cual cada uno de los intervinientes –como se indicó *supra*- tiene el hecho “en sus manos”¹⁶⁴. Con este entendimiento, se justificaría que el coautor responda por algo más que el dominio sobre

¹⁶¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §28 pp. 332-333

¹⁶² MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Óp. Cit.*, p. 435; sostienen que recurrir al dominio funcional del hecho en la coautoría, supone valerse de un criterio material necesario para superar una visión estrictamente formal de la misma y, asimismo, dar cabida dentro de dicha figura a aquellos autores que, dentro del marco de un reparto de papeles, no están presentes en el momento de la ejecución del hecho punible.

En la doctrina española, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Óp. Cit.*, pp. 651, 652, 677 678; resalta que la construcción del dominio funcional del hecho de ROXIN, es uno de los puntos más débiles de la construcción teórica del dominio del hecho. Empero, reconoce que es este autor –de la mano del dominio del hecho funcional- quien da unos perfiles más precisos a la distinción entre coautor y cómplice “sobre los que fundamentalmente discute, adhiriéndose o distanciándose, la doctrina posterior”.

Sin embargo, en opinión particular de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, el criterio del “dominio funcional” debe ser dejado de lado por ofrecer fórmulas vagas y difíciles de concretar. En su lugar, propone el “dominio positivo y conjunto del hecho” como recurso válido para la caracterización de la coautoría. De esta manera, esta figura penal se configurará cuando “varios sujetos acordados y dividiéndose el trabajo realizan en conjunto la acción que determina **positivamente el sí y el cómo del hecho**” (Las cursivas son nuestras).

Con ello, a decir del profesor español, se logra reducir el ámbito de los posibles coautores en consonancia con un *concepto restrictivo de autor* y, asimismo, se abandona la idea de un “dominio puramente negativo” en la coautoría, esto es, la concepción que es coautor quien, al proveer de un aporte o colaboración esencial, tiene la potestad de interrumpir o evitar la realización del hecho punible. Así también en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “«Coautoría» Alternativa y «Coautoría» Aditiva...”, p. 317.

¹⁶³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 309.

¹⁶⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 309.

su porción del hecho. Esto es, a decir de WELZEL, que el coautor es “coportador del dominio final del hecho”¹⁶⁵.

Al respecto, la Corte Suprema nacional ha indicado:

“que conforme a los hechos establecidos en el proceso, se advierte que tanto el encausado VM y el co-encausado LP, han intervenido conjuntamente desempeñando cada uno un rol para perpetrar el delito, lo que determina que la condición de éstos, es la prevista en el artículo veintitrés del Código Penal, en virtud al *principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención y no en calidad de cómplice*”¹⁶⁶.

Con lo afirmado en el párrafo precedente, se hace referencia a la tan mentada naturaleza de la coautoría como *posesión y ejercicio del dominio colectivo del hecho*¹⁶⁷. Así, en el supuesto del robo a un banco, uno de los asaltantes mantiene amenazado a los empleados con su arma de fuego, mientras que otro es quien sustrae el dinero de las cajas. Ni el que amenaza ni el que toma el dinero podrían realizar el hecho punible actuando de forma aislada, el plan *funcionaría* únicamente si ambos colaboran conjuntamente. Ello implica, *contrariu sensu*, que el hecho fracasa si uno de ellos retira su aporte. Para ROXIN, esto significa el establecimiento de una fórmula: “para el hacer concluir se requiere la cooperación de todos, pero que para impedir el desenlace basta uno solo”¹⁶⁸.

En efecto, en la coautoría por dominio del hecho funcional se trata de la determinación de cuáles de todos los intervinientes poseen una *posición clave* en la realización del hecho punible. Tal posición deberá ser entendida en el mismo sentido que, por ejemplo, se plantea en el codominio de un bien inmueble, pues cada uno de los codominadores se encontrará ligado al otro al momento de tomar decisiones (positivas o negativas) respecto a una posible transferencia del mismo. Con ello se demuestra claramente, a decir de los seguidores del dominio del hecho, el porqué en la coautoría cada coautor dispone de algo más que el dominio sobre su propio aporte al hecho punible y el porqué, a pesar de ello, controla el suceso sólo junto con los otros. En tal sentido,

¹⁶⁵ WELZEL, Óp. Cit., p. 132. En este sentido, véase la Ejecutoria Suprema del 16 de Junio de 2004 (R.N. N° 299-2004. SANTA).

¹⁶⁶ Ejecutoria Suprema del 1 de Septiembre del 2003 (R.N. N° 1374-2003. LIMA). (Las cursivas son nuestras).

¹⁶⁷ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 369 §49 n° 10.

¹⁶⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 310.

siguiendo a PÉREZ ALONSO, desde la perspectiva del dominio del hecho funcional, el coautor “tiene pleno dominio y poder sobre la ejecución del hecho, no porque ostente la posibilidad de retirar su aporte, es decir, de desbaratar el plan global, sino porque interviene en él prestando una contribución decisiva para el logro del mismo y, en lógica consecuencia, su no prestación vista *ex ante* en el marco del plan del hecho conduce al fracaso. Quien actúa de esta forma, contribuyendo con un aporte funcionalmente adecuado, en definitiva, co-elabora la obra conjunta: tiene el poder para determinar y decidir sobre el sí y el cómo de la realización del hecho típico”¹⁶⁹.

La Corte Suprema peruana orienta sus decisiones también en el sentido de la coautoría como dominio funcional, al expresar:

“que en autos ha quedado suficientemente acreditada la responsabilidad penal de los mencionados acusados, en el delito de robo agravado y secuestro que se les imputa, habiendo actuado con total *dominio del hecho delictivo* al momento de su perpetración, planificándolo y distribuyéndose roles en base al *principio de la división funcional de trabajo*, que genera lazos de interdependencia entre los agentes, todo ello tendiente al logro de su ilícita finalidad”¹⁷⁰.

De esta manera, sostener que el *dominio del hecho funcional* es el criterio a través del cual se logra captar la mayor cantidad de aristas de la coautoría y distinguirla de la mera complicidad¹⁷¹, supone que en los supuestos de concurrencia del aporte de varios sujetos para la realización de un hecho punible ni se trata de meras contribuciones yuxtapuestas dirigidas a una finalidad común (como una mera suma de esfuerzos), ni tampoco cabe referirse a un *dominio parcial* de cada uno de los participantes como dato suficiente para ser coautor (el cómplice también tiene un dominio parcial del suceso!). Ello es así, porque se estaría cometiendo el error de afirmar coautoría sin que concurra un sujeto que *controle* el suceso, esto es, que tenga *dominio del hecho*. La única manera de no llegar a tal error sería optar por el camino de entender que cada contribución brindada por cada interviniente se *unifica* en una prestación colectiva unitaria, de manera que cada participante consigue una parte del dominio sobre el hecho global a través de su propia contribución al mismo. Siguiendo en este punto a PÉREZ ALONSO, “el coautor no tiene por sí solo el dominio del hecho global (no es autor inmediato, ni mediato), ni tampoco ejerce

¹⁶⁹ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 214-215.

¹⁷⁰ Ejecutoria Suprema del 2 de Octubre del 2002 (R.N. N° 2206-2002. Cusco). (Las cursivas son nuestras).

¹⁷¹ En la doctrina nacional, HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal*, PG, 3ª edición, Grijley, Lima, párr. 2304 p. 897; sostiene que “a la inversa de lo que sucede en el caso de la coautoría, los cómplices no tienen el dominio del hecho, pues éste pertenece, por definición, a los autores”.

un dominio parcial, sino que codomina el hecho con otros, es decir, se da un dominio completo que corresponde a varias personas, que está en manos del colectivo de coautores como tal¹⁷².

2. Requisitos de la coautoría.

Según opinión generalizada, la coautoría implica la realización de un hecho punible por varias personas que actúan de forma conjunta, en división del trabajo y –como se acepta de forma tradicional y recurrente en la doctrina y justicia penales- sobre la base de un plan común¹⁷³. Tal como ya se dejó planteado líneas atrás, a esta idea que conforma la habitual estructura de la coautoría, se le debe añadir la exigencia de un *dominio del hecho funcional*.

Ahora bien, para que se configure dicho dominio que supone una tercera forma de estructuración del comportamiento penalmente relevante, se requieren, según los postulados del dominio del hecho, dos elementos fundamentales de esencia **objetiva**: *intervención en la fase ejecutiva* y que *el aporte prestado por los intervinientes tenga la calidad de imprescindible para la realización del ilícito penal*¹⁷⁴. Mientras que desde una perspectiva **subjetiva**, para la coautoría se demanda que los sujetos se conecten a través de un *acuerdo o conexión de voluntades* para la realización del hecho punible, en tanto se puede plantear que la “decisión conjunta por el hecho” configura el trasfondo de la coautoría y permite de dotar de sentido completo al dominio funcional del hecho¹⁷⁵.

A continuación analizaremos los requisitos objetivos y subjetivos para la configuración de la coautoría:

a. Requisitos objetivos.

a.1 Intervención en la fase ejecutiva.

Se trata de la configuración del aspecto objetivo o externo de la coautoría, el mismo que requiere que varios sujetos participen de forma conjunta en la ejecución del

¹⁷² PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 211.

¹⁷³ En la doctrina peruana, MEINI, “Intervención en la adopción colectiva de acuerdos en una sociedad y responsabilidad penal”, en: *Imputación y Responsabilidad Penal*, Ara, Lima, 2009, p. 265 indica que “el carácter conjunto de la resolución del hecho y de su ejecución” constituyen requisitos de la coautoría.

¹⁷⁴ Como ambos elementos son esenciales para la configuración del tipo objetivo de la coautoría, no es posible plantear niveles de mayor o menor importancia, ni rangos de mayor o menor necesidad entre ellos.

¹⁷⁵ Cfr. PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 211.

hecho punible, llevando a cabo un aporte imprescindible para su realización¹⁷⁶. De esta forma, tal como indica la doctrina mayoritaria, solamente puede ser coautor quien interviene durante la ejecución del hecho punible¹⁷⁷, esto es, desde el inicio de la **tentativa** hasta la **consumación**. Ello es así, pues sólo en dicha etapa del *iter criminis* los intervinientes pueden configurar el sí y el cómo de la realización típica¹⁷⁸.

Así también lo consideran los jueces penales nacionales:

“Que, finalmente, respecto al alegato referido a que su intervención, en todo caso, debiera ser considerada a nivel de complicidad y no de autoría, ha de señalarse que en el hurto agravado, además de otorgar el vehículo con el que trasladaron los bienes sustraídos, intervino retirándolos de la esfera de custodia del agraviado, con lo cual *participó en la propia ejecución de dicho ilícito, por lo que le corresponde el título de coautor (...)*”¹⁷⁹

Esta exigencia de intervención durante los actos ejecutivos¹⁸⁰ es el resultado de la tesis del dominio del hecho funcional en el marco de un *concepto restrictivo de autor*, tan igual como aquella que señala que para ser coautor no es suficiente con sentirse tal, ni con planificar el hecho punible, ni con el establecimiento de los actos previos para la realización de aquél. Ello es así, pues para los partidarios del dominio del hecho y el concepto restrictivo, en la coautoría es esencial la presencia de un *co-dominio sobre la ejecución del hecho típico*¹⁸¹, es decir, se requiere un dominio de los intervinientes de aquella parcela de actuaciones que suponen ya la realización de un determinado tipo penal y con ello de un hecho punible.

¹⁷⁶ Al respecto, en la doctrina española, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 653; sostiene que en un concepto restrictivo de autor (por el cual toma posición dicho autor), el hecho conjunto “no puede ser más que la acción típica nuclear”. En contra de esta opinión, PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 245.

¹⁷⁷ En la doctrina y la jurisprudencia española, la respuesta a la pregunta acerca de cuándo cabe apreciar que alguien ha intervenido en la ejecución del hecho, ha oscilado entre planteamientos objetivos y subjetivos, destacando entre estos últimos la tesis del “acuerdo previo”, posición jurisprudencial que ya ha sido abandonada. Cfr. QUINTERO OLIVARES, Óp. Cit., pp. 616-618.

¹⁷⁸ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 309; BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 43; QUINTERO OLIVARES, Óp. Cit., pp. 618-619.

Es de opinión distinta STRATENWERTH, Óp. Cit., pp. 403-404 párr. 93. Para este autor, la determinación de si un aporte, prestado durante la etapa de ejecución, fue esencial o no para la realización del ilícito y configura una coautoría, no debe entrañar tomar en consideración el momento en el cual tuvo lugar, sino “solamente en la forma en que *siga repercutiendo* durante la ejecución”. (Con cursivas en el original).

¹⁷⁹ Ejecutoria Suprema del 5 de Junio del 2006 (R.N. N° 564-2006. ICA). (Con cursivas en el original).

¹⁸⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 673; ha indicado que tal exigencia es uno de los puntos “más discutidos entre los defensores alemanes de la teoría del dominio del hecho, siendo mayoritaria la postura de quienes no exigen este requisito”.

¹⁸¹ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 220. (Con cursivas en el original).

Asimismo, el requerimiento conforme al cual para ser coautor se debe actuar durante los actos ejecutivos y no los preparatorios, supone el establecimiento de dos tipos de precisiones: **primero**, respecto al requerimiento de tomar parte en los actos ejecutivos, habría que indicar que aquél no se enmarca en los planteamientos ya superados de la *teoría objetiva-formal*, es decir, en el cual se calificaba como autor a quien llevaba a cabo lo expresamente señalado por cada uno de los tipos penales, esto es, básicamente a la realización de los elementos típicos. En la actualidad esta exigencia no es válida, pues como ponen de manifiesto MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, lo decisivo “es solamente si el acto de colaboración ha conducido o no a participar en el dominio colectivo del hecho”¹⁸². **Segundo**, en lo que concierne a la calificación como autor de quien actúa sólo en los actos preparatorios, habría que sostener que se trata de uno de los puntos menos pacíficos en el tratamiento de la coautoría. En efecto, conforme los seguidores de la doctrina del dominio del hecho, no es sencillo decidir el título de imputación por el que debe responder, por ejemplo, quien sólo toma parte en la planificación y organización de una estafa con división de roles entre varios sujetos o quien traslada a otros al lugar de los hechos o los espera fuera con el auto encendido para huir o incluso quien sólo se desempeña como “campana”. Precisamente esta última situación, ha dado lugar a que se planteen varias propuestas doctrinales ligadas con la determinación del objeto del dominio colectivo, es decir, el punto de referencia a partir del cual puede plantearse la existencia de un dominio del hecho funcional.

a.2 Contribución esencial para la configuración del hecho punible.

Una de las principales consecuencias de considerar al dominio del hecho funcional como presupuesto de la coautoría es aquella que indica que será coautor “todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido”¹⁸³, es decir, la estructura global del plan. En efecto, para ser coautor no sería suficiente con que un sujeto intervenga durante la etapa de ejecución, pues también los cómplices actúan en ésta (por ejemplo, los cómplices secundarios del segundo párrafo del art. 25° del CP peruano).

¹⁸² MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 374 §49 n° 31. Así, también, JAKOBS, *Derecho Penal*, Óp. Cit., p. 749 párr. 47.

¹⁸³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 pp. 310-311.

De esta manera, para diferenciar a un cómplice de un coautor durante la ejecución del hecho punible se sostiene que es necesario determinar el **nivel de importancia o relevancia de la contribución prestada** a fin de afirmar la posesión del dominio del hecho funcional¹⁸⁴, esto es, el poder de dominio y configuración sobre la ejecución del hecho punible, es decir, “el si y el cómo de la realización material del tipo penal en coautoría”¹⁸⁵. En tal sentido, habrá coautoría solamente cuando la contribución constituye un presupuesto imprescindible para la realización del tipo y su no prestación supone la no realización del hecho punible, en la medida que existe una interdependencia funcional y la necesidad de todos los aportes para lograr el éxito del plan¹⁸⁶. De esta manera, como sostienen JESCHECK/WEIGEND, “aquello que cada uno de los coautores desencadena debe mostrar una **determinada medida de significado funcional**, de forma que el desarrollo de cada uno del papel que le corresponde se presente como una pieza esencial de la realización del plan delictivo conjunto”¹⁸⁷.

Efectivamente, como ya se ha venido indicando hasta aquí, por lo general se entiende que la estructura de la coautoría involucra la existencia de una *interdependencia funcional* entre las distintas contribuciones prestadas para la realización del ilícito penal, esto significa que las mismas se compenetran de forma completa y mutua como un perfecto engranaje destinado al eficaz cumplimiento de una finalidad determinada (positiva o negativa), a partir del cual es posible comprobar la existencia de división del trabajo y la imputación recíproca a cada coautor por su cooperación. Así tenemos, por ejemplo, la unión de varios músicos en una sinfónica para interpretar una pieza musical o la de varios sujetos para llevar adelante una acción criminal (secuestro, robo, etc.). Esta manera de describir y explicar lo característico de la coautoría, permite sostener que el necesario dominio funcional del hecho para ser catalogado como coautor lo tiene “*todo aquel que le corresponda y preste una contribución independiente y esencial para la realización del tipo –de acuerdo con el plan delictivo conjunto- cuya no prestación*

¹⁸⁴ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 716.

Para MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 375 §49 n° 32; la participación en el dominio del hecho de la colectividad de personas es confundida, a menudo, con el requerimiento de un aporte esencial al hecho. Para estos autores, la materialización de este criterio es lograda acertadamente con la fórmula de la función relevante acuñada por ROXIN.

¹⁸⁵ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 240.

¹⁸⁶ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 717; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 666.

¹⁸⁷ JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 726. (Con negritas en el original).

*interrumpe o desbarata el plan global*¹⁸⁸. Ello permite afirmar, desde un punto de vista empírico, que si bien la coautoría supone la suma de individuos que contribuyen con un aporte esencial para la consecución de una finalidad criminal, no se debe olvidar que cada una de esas cooperaciones constituye un acto parcial-individual esencial pero independiente. Así, es opinión generalizada que la naturaleza del aporte que permite diferenciar al coautor del cómplice presentaría una doble manifestación: *positiva* y *negativa*. De esta manera, por ejemplo, en el supuesto en el cual dos sujetos deciden violentar sexualmente a una mujer, la configuración del dominio del hecho funcional no sólo dependerá que uno de los sujetos retenga a la víctima y el otro lleve a cabo el acceso carnal, requiriendo cada uno de ellos la intervención del otro para el éxito del plan (manifestación *positiva*), sino también de la comprobación que el plan fracasaría con la ausencia o retirada de uno de los sujetos (manifestación *negativa*).

En efecto, la **manifestación positiva** supondría plantear la relevancia del aporte desde una perspectiva *ex ante* y objetiva, a partir de las cuales se logre establecer de forma satisfactoria si la cooperación prestada ejerce una función esencial para la realización del hecho. Con esta manifestación se pretendería establecer la relevancia objetivo-material del apoyo para permitir a su aportante decidir y configurar plenamente la realización del tipo penal. Ello será posible, en la medida que la prestación realizada pueda cumplir una función **independiente** y **esencial** –sin olvidar que se trata de un mero acto parcial- dentro del esquema conjunto de labor planteado a partir de la división del trabajo. Ello es así –aquí con PÉREZ ALONSO- debido a que sólo “la conjunción de estos dos aspectos estrechamente interrelacionados permite aprehender el sentido de las contribuciones fundamentadoras de la coautoría”¹⁸⁹.

La independencia de la prestación a la que se alude en el párrafo precedente, no significaría el quebrantamiento de la relación de igualdad o la equivalencia de rango que debe existir entre todos los coautores, es decir, no se referiría al establecimiento de relaciones jerárquicas de superioridad e inferioridad en la coautoría (tal como sí ocurre en otras formas de estructuración de la autoría: la autoría mediata con el dominio de la voluntad). La indicada independencia estaría ligada a la exigencia de autonomía en la actuación del coautor para la realización del ilícito penal. En tal sentido, como pone de ejemplo PÉREZ ALONSO, en el supuesto en el cual tres sujetos (A, B y C) se disponen a

¹⁸⁸ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 244. (Con cursivas en el original).

¹⁸⁹ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 247.

robar un banco, si *A* rompe la cerradura de la puerta de entrada y con un soplete abre un forado en la caja fuerte a través de la cual puede ingresar sólo *B* debido a su contextura y pueda apropiarse del dinero y *C* solamente se dedicó a llevar las herramientas que usó *B*, a secarle a éste el sudor, ofrecerle bebidas refrescantes y darle aliento; quedará claramente establecido que las únicas prestaciones autónomas para con el hecho (y por ende independientes) y para la calificación como coautores serán las de *A* y *B*; mientras que el comportamiento de *C* al no disponer de autonomía y necesidad en referencia con el suceso, quedará fuera de la coautoría. De esta manera, sólo para *A* y *B* regirá el principio de imputación recíproca de las contribuciones.

Por su parte, la exigencia según la cual el aporte de los sujetos debe cumplir una función esencial para la materialización del hecho y para su calificación como coautores, supondría que aquellos deben tener durante el transcurso del suceso y hasta el último momento “la decisión relevante y el poder de configuración sobre la realización del tipo”¹⁹⁰, con lo cual el injusto realizado se les atribuye totalmente debido a que han desempeñado un rol fundamental y configurativo en la ejecución misma del hecho típico.

Ahora bien, en lo que concierne a la **manifestación negativa** habría que indicar que ésta implica, a decir de los seguidores del dominio del hecho, la confirmación de la relevancia del aporte, pues demuestra que la no prestación tiene como consecuencia el desbaratamiento del plan o interrupción del plan delictivo y su ejecución¹⁹¹. En tal sentido, la mencionada manifestación se sustenta en la especial capacidad del aporte del coautor para poder ocasionar –de no prestarse tal– el desmoronamiento del plan delictivo, es decir, el fracaso o la interrupción del hecho mediante la ausencia de dicha prestación. Asimismo, se señala que con esta idea se consigue no sólo complementar la fórmula del dominio funcional del hecho, sino también corroborar si el aporte prestado por cada sujeto tiene la importancia necesaria para co-dominar la ejecución total del hecho¹⁹².

A partir de lo indicado en el párrafo precedente, se sostiene que el coautor se debe caracterizar no solamente por la posesión de un dominio positivo respecto a la configuración del hecho punible, sino que también concurre en él un dominio negativo, en el sentido que dispone de un “poder de interrupción del transcurso del suceso mediante la

¹⁹⁰ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 248.

¹⁹¹ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 716-717.

¹⁹² Es de opinión distinta, PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 254.

no prestación de la contribución”¹⁹³. Precisamente, la concurrencia de ambos “tipos” de dominio supone el pleno poder de decisión y configuración sobre el sí y el cómo de la realización del hecho punible.

En este punto de la esencialidad de la contribución para la calificación como coautor, es importante exponer el argumento de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO para quien existe un criterio concreto que debe presentar todo aporte para ser catalogado como esencial y que puede ser inferido a partir de un caso planteado por ROXIN. Se trata del supuesto en el cual una banda de delincuentes decide llevar por primera vez a un “aprendiz”, dándole un papel de vigilancia secundaria para que vaya ejercitándose en el “oficio”¹⁹⁴. Para ROXIN, en este caso dicho sujeto sería meramente partícipe (cómplice), pues aquí “la realización del plan no depende de su aportación al hecho”. Empero, sería coautor “si la ejecución del hecho exigía un puesto así, esto es, si esta actividad aparecía como función autónoma en el marco de la cooperación bajo forma de división del trabajo”. A partir de esta solución planteada por el profesor alemán, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO infiere que “el criterio encerrado en este ejemplo es el de la importancia que subjetivamente da el conjunto de intervinientes a la colaboración de uno de ellos dentro de un plan”¹⁹⁵. En efecto, para dicho autor, la determinación de la esencialidad del aporte depende de la consideración subjetiva de los demás intervinientes (no en el sentido de las *teorías subjetivas* como posición interna del sujeto que va a realizar esa contribución) respecto a cada actuación, lo que se puede probar a través de las declaraciones expresas de los intervinientes o por actos concluyentes de los mismos. Con tal interpretación, es posible convertir en necesaria una contribución que objetivamente no lo es. Empero, ello no funciona en sentido inverso, pues si el aporte se presenta objetivamente como necesario, el que el resto de los intervinientes no la considere como tal no la torna en no-esencial.

Sin embargo, este criterio es de poca utilidad para determinar cuándo una prestación es esencial para la materialización del hecho e interpreta de forma inadecuada a ROXIN, pues la importancia de un aporte no puede medirse únicamente a partir de criterios subjetivos-psicológicos. En efecto, ROXIN en la crítica que hace al planteamiento de WELZEL –quien justifica la coautoría del que participa en fase preparatoria en la *influencia* que ejerce sobre el ejecutor inmediato- indica que “tal delimitación entre autoría y participación no resulta factible, pues dado que, como hemos visto, el agente es libre al ejecutar, su voluntad y obrar serían determinantes de si el otro es autor o partícipe. Lo cual no puede ser correcto, porque uno sólo puede ser castigado por sus propios actos y no por las sensaciones anímicas de otro, independientes de lo que él haga”¹⁹⁶.

En resumen, en lo que concierne a los elementos objetivos de la coautoría, se afirma que éstos suponen necesariamente que la intervención (comúnmente acordada, como se verá *infra*) consista en la realización de un aporte esencial para la materialización del hecho punible y tenga lugar durante la ejecución. Ello significa, *contrario sensu*, que si la prestación del aporte por uno de los intervinientes tiene lugar en la fase de preparación aunque sea indispensable o es realizada en la fase de ejecución tratándose de una prestación no esencial, no se configura la coautoría, sino –y esto desde un punto de vista netamente de Derecho positivo- la complicidad primaria (si está regulada) o secundaria

¹⁹³ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 244.

¹⁹⁴ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 668.

¹⁹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 669.

¹⁹⁶ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §28 p. 327.

respectivamente (art. 25° CP peruano). Ello es así, porque como indica PÉREZ ALONSO, “(s)ólo quien actúe durante la fase de ejecución del hecho, prestando una contribución independiente y esencial para el logro del mismo, domina funcionalmente el hecho, es decir, co-domina de forma poderosa la ejecución del hecho, configurando plenamente el sí y el cómo de la co-realización del tipo”¹⁹⁷.

b. Requisito subjetivo.

b.1 Decisión conjunta de realizar el hecho punible.

De lo planteado hasta este punto, puede manifestarse que para la doctrina del dominio del hecho funcional es coautor quien interviene junto a otros en la fase ejecutiva del delito¹⁹⁸, con un aporte indispensable para la consecución del resultado delictivo, todo ello dentro de la estructura global de un determinado plan¹⁹⁹. En esta construcción, la *decisión conjunta de los intervinientes* para la ejecución del hecho y la realización de sus consecuencias constituye también un requisito indispensable²⁰⁰. Efectivamente, si bien la coautoría supone el *principio de imputación recíproca*²⁰¹, esto es, que todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable a todos los demás, para que se configure dicho principio se requiere la existencia –como también propone la dominante doctrina del dominio del hecho- de un acuerdo mutuo o conjunto, el mismo que “convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones”²⁰².

¹⁹⁷ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 219.

¹⁹⁸ Desde la perspectiva de la teoría objetivo-formal de la autoría, el término *ejecución* se tendría que entender como realización de una acción típica. De esta manera, quien sólo efectúa actos preparatorios, no puede ser calificado como coautor. Por su parte, desde la teoría subjetiva, la voz *ejecución* tendría que relacionarse con el *animus* del interviniente, de manera que podría intervenir durante los actos preparatorios o ejecutivos, pero su calificación como coautor dependería de la voluntad con la que toma parte en el hecho punible (*animus auctoris* o *animus socii*). Sobre la inutilidad de ambos planteamientos para solucionar el problema de la coautoría, Cfr. WELZEL, Óp. Cit., p. 132.

¹⁹⁹ Para BOLEA BARDON, Óp. Cit., pp. 46-48; la exigencia por la cual la intervención de los coautores tenga lugar durante los actos ejecutivos, obedece a que toda participación en actos preparatorios implica necesariamente un proceso de subordinación hacia quienes actúan en la fase de ejecución.

²⁰⁰ ROXIN. *Autoría y dominio del hecho*. §27 p. 316; también en: “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, p. 63. En esta última obra, ROXIN tiene a la decisión conjunta como **presupuesto** de la coautoría.

Para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 652; si bien el criterio del dominio funcional del hecho (y con éste, la división del trabajo) cumple un rol esencial en la determinación de la coautoría, no es suficiente pues “en la mayoría de los casos de codelincuencia, tal división funcional del trabajo se da entre todos los intervinientes y, por tanto, en la práctica, conduciría a un concepto unitario de autor”.

²⁰¹ BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 49; señala que es preferible usar la expresión *dependencia recíproca*.

²⁰² MIR PUIG, Óp. Cit., p. 395 párr. 2.

Según opinión generalizada de doctrina y justicia penales, el elemento subjetivo *coincidencia de voluntades o resolución conjunta al hecho* sirve como medio conector o de vinculación de cada uno de los actos individuales, cumpliendo con ello su misión de establecer la intervención de los sujetos en el dominio del hecho funcional, con lo cual se complementa la idea –ya antes esbozada– según la cual la ejecución conjunta del hecho por varios coautores es una integración de momentos o componentes objetivos y subjetivos, poniéndose así de manifiesto la dimensión del dominio funcional del hecho.

La decisión conjunta de realizar el hecho, caracterizada generalmente por la doctrina como el aspecto subjetivo o interno de la coautoría²⁰³, puede ser descrita –en términos de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF– como una “convención de ilicitud”²⁰⁴, pues cada uno de los intervinientes se compromete con la realización de una parte esencial del plan delictivo. En efecto, aunque se trata de una regla que presenta excepciones, a menudo se sostiene que la coautoría entraña una relación o vinculación subjetiva entre los distintos intervinientes²⁰⁵, esto es, una coincidencia de voluntades, una resolución común al hecho²⁰⁶. Así pues, el acuerdo con división de tareas o suma de esfuerzos es para la coautoría, lo que la existencia de coacción o error es para la autoría mediata. Ello es así, en tanto, sin dicha decisión nos encontraríamos ante una suma de acciones y no ante una acción conjunta que busca vulnerar una norma penal²⁰⁷. Empero, aquí se debe tener en cuenta lo indicado por OCTAVIO DE TOLEDO en el sentido que “una cosa es señalar la necesidad de ese acuerdo para que exista la coautoría, y otra muy distinta decir que para afirmar tal existencia basta con un acuerdo previo”²⁰⁸, pues lo contrario conllevaría a

²⁰³ Así, JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 726; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 718.

Al respecto, hay que señalar que contrariamente a lo que piensa un sector de la doctrina y jurisprudencia, la decisión conjunta y recíproca por sí sola no es suficiente para caracterizar la coautoría, pues aquella se puede presentar también en las relaciones entre autores y cómplices. Cfr. STRATENWERTH, Óp. Cit., p. 399 párr. 83.

²⁰⁴ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 381 §49 n° 55.

²⁰⁵ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 379 §49 n° 47; califican este presupuesto de la coautoría como *conexión de voluntades*, la misma que implica dos aspectos: por un lado, la existencia de un plan y una resolución delictiva comunes a todos los coautores que forman el ente colectivo y, por otro, una actuación conjunta querida, en virtud de la cual cada coautor particular efectúe su aporte objetivo al servicio de la realización del plan común.

²⁰⁶ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 653.

²⁰⁷ Al respecto, PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 307-308; ha indicado que “el que se adapta con un aporte necesario o escaso antes o durante la ejecución del hecho, sin acuerdo con el ejecutor inmediato, salvo que se den los presupuestos de otra forma de autoría (en delito intentado o consumado), normalmente será cómplice”.

²⁰⁸ En la doctrina peruana, CORCINO BARRUETA, “Redefiniendo la coautoría”, en: *El nuevo Código Penal peruano, Exposición de motivos Anteproyecto del Código Penal y Estudios sobre Derecho penal*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011, p. 377; indica que al revisar el desarrollo de la jurisprudencia penal peruana en materia de coautoría se puede apreciar que el criterio subjetivo del acuerdo previo o

calificar como autores “a todos los intervinientes concertados entre sí con anterioridad a la ejecución del hecho, al margen de la naturaleza o significado de su respectiva aportación objetiva a ella: (se) transformaba así conductas de participación en comportamientos de autoría”²⁰⁹.

Es necesario remarcar que la decisión conjunta puede ser constituida a partir de una expresa manifestación de los propios intervinientes o incluso mediante una acción (omisión) concluyente o resolutive²¹⁰. En esta misma línea, se debe precisar que tal decisión no posee relación alguna con lo postulado por las *teorías subjetivas*, es decir, no considera o toma en cuenta la posición interna del sujeto con respecto a su participación en el hecho punible (por ejemplo, que se considere o no parte esencial en el hecho, etc.)²¹¹, aun cuando algunos de los partidarios de la doctrina del dominio del hecho mantienen posiciones menos o más próximas a planteamientos subjetivos.

Asimismo, es preciso resaltar que el acuerdo conjunto no debe ser necesariamente previo al inicio de la ejecución de los actos delictivos, pues el mismo puede tener lugar también durante la ejecución del hecho tal como ocurre en la denominada *coautoría sucesiva*. En la misma línea, el acuerdo no implica la aceptación por parte de los potenciales coautores de un “pacto criminal” completamente detallado, pues no es imprescindible que todos aquellos participen en la elaboración del plan. Además, el conocimiento de los sujetos no debe estar dirigido a saber quiénes son sus “camaradas”, sino que junto con uno intervienen otros para la consecución de un mismo fin delictivo, esto es, el reconocimiento de la existencia de una división del trabajo.

Ahora bien, a decir de la opinión dominante, la decisión común constituye una exigencia para la configuración de la coautoría por los siguientes motivos:

determinación común es utilizado para establecer la concurrencia de coautoría, “sin tener en cuenta, en la mayoría de casos, el aporte objetivo individual de cada uno de los intervinientes del colectivo típico”.

²⁰⁹ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “La autoría conforme al Código Penal”, p. 585.

En, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *Lecciones de Derecho penal*, p. 288; se critica precisamente este proceder, señalando que en su momento fue el que siguió el Tribunal Supremo español. La incorrección radicaría en considerar autor incluso a quien sólo lleva a cabo actos preparatorios, basándose única- y exclusivamente en comprobar la existencia de un acuerdo previo de realizar el delito.

²¹⁰ Así, WELZEL, Óp. Cit., p. 129; PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 286.

MIR PUIG, Óp. Cit., pp. 394 y 398 párrs. 2 y 16; sostiene que los coautores son “los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo un hecho”. Este acuerdo, para dicho autor, debe ser **expreso**; no obstante, da cabida a la posibilidad que no se presente el mismo y exista coautoría, cuando un sujeto que sabe que otros están cometiendo un delito contribuye con éste por propia iniciativa. Sostiene MIR que si “los demás advierten y aceptan siquiera tácitamente su intervención, no hay duda que existe coautoría –aunque no lleguen a conocerse”.

²¹¹ Para MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 378 §49 n° 44, a diferencia de la teoría del dominio del hecho que concibe a la coautoría como una comunidad de factores objetivos y subjetivos recíprocamente relacionados, las teorías subjetivas ven en el *animus auctoris* el elemento decisivo de dicha figura penal.

También PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 283; descarta cualquier tipo de vinculación entre el acuerdo recíproco y las teorías subjetivas.

a) Permite identificar cuándo existe coautoría²¹². En efecto, el acuerdo común implica que sólo quien participa de él tiene objetivamente el dominio conjunto del hecho. De esta forma, dicha decisión conjunta hace posible establecer una conexión entre las partes del hecho realizadas por todos los intervinientes, lo que permite imputar a cada uno de ellos lo realizado por los otros²¹³. En este contexto, JESCHECK/WEIGEND afirman que la resolución delictiva común “es la abrazadera que conecta las piezas individuales del todo”²¹⁴.

b) Permite determinar la distribución de funciones parciales de carácter esencial entre los intervinientes, con lo cual hace posible la participación de cada uno de los sujetos en el dominio del hecho funcional²¹⁵. En este punto se precisa, como hacen MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, que el sometimiento de cada colaborador al plan común no significa que se transforme en un instrumento de los demás²¹⁶. Ello sería así, porque la calificación como coautor requiere que los sujetos obren de forma libre y sin coacción²¹⁷.

Al respecto, existen decisiones judiciales en las cuales se manifiesta:

“Aun cuando en esta última diligencia judicial la agraviada refiera que el acusado QA no fue uno de los que la violó, es de precisar que *valorando la forma y circunstancias en que se desarrolló el evento delictivo* - concurso de más de dos personas, a mano armada, bajo el ejercicio de violencia física y psicológica constante - *existió la decisión común en los participantes para la materialización del tipo* descrito en el artículo ciento setenta del Código Penal, *al haberse distribuido roles en su perpetración*; así tenemos, que mientras AG cuidaba a la agraviada, los demás amordazaban e introducían hacia una chacra al agraviado, para inmediatamente suscitarse la agresión sexual por aquél y el menor JH, negándose los restantes a realizar la penetración y proceder todos juntos a amordazar a la víctima, atándola de pies y manos”²¹⁸

²¹² Para BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 40; la “mutua aceptación de las contribuciones de cada interviniente es, según creo, la base de la realización de un hecho en coautoría. Sin mutua aceptación no es posible apreciar esta forma de autoría”. Asimismo, STRATENWERTH, Óp. Cit., p. 399 párr. 80; señala que “(l)a **decisión común al hecho** fundamenta y delimita la unidad de la coautoría”. (Con negritas en el original).

²¹³ STRATENWERTH, Óp. Cit., p. 399 párr. 82; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 656.

²¹⁴ JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 726.

²¹⁵ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 726; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 718.

²¹⁶ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 369 §49 n° 10.

²¹⁷ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 683.

²¹⁸ Ejecutoria Suprema del 1 de Junio del 2004 (R.N. N° 516-2004. ICA). (Con cursivas en el original). También, véase la Ejecutoria Suprema del 21 de Julio del 2004 (R.N. N° 1260-2004. LIMA) y la Ejecutoria Suprema del 24 de Enero del 2005 (R.N. N° 3772-2004. LA LIBERTAD).

c) Para que los coautores obren conjuntamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo²¹⁹. De esta manera, “si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva”²²⁰. Ello sería así, porque como ha manifestado ROXIN, “(q)uienes nada saben del resto, no se comportan conjuntamente, como la ley exige”²²¹.

Asimismo, habría que indicar que esta tercera exigencia encuentra sustento y justificación - en palabras de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO- porque deriva del principio de culpabilidad (que para dicho autor debería denominarse “principio de responsabilidad subjetiva”), pues “al igual que en cualquier otra forma de intervención, al sujeto no se le puede hacer responder, al menos a título de dolo, por aquello que no conoce o no quiere”²²². De esta forma, para que cada uno de los coautores tenga acceso a la parte que él mismo no ha ejecutado, es necesario exigir el reconocimiento mutuo de lo que hacen los demás²²³.

En este sentido se ha manifestado también la Corte Suprema peruana al indicar:

²¹⁹ Para WELZEL, Óp. Cit., p. 132; si bien en el plano objetivo cada coautor debe completar con su aporte al hecho la contribución de los demás, es necesario también que subjetivamente cada coautor sea portador de la decisión común al hecho, esto es, “tener junto al resto la voluntad incondicionada de realización”.

²²⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 316.

Al respecto, STRATENWERTH, Óp. Cit., p. 406 párr. 100; sostiene que en aquellos supuestos en los que no hay acuerdo previo y varios sujetos actúan causando el mismo resultado pero sin que cada uno sepa de la acción del otro, no hay coautoría sino **Autoría Colateral**. Del mismo modo, WELZEL, Óp. Cit., p. 133; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., pp. 388-389 §49 n° 80 y 81 (*autoría accesoría*); PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 287 y 307; OCTAVIO DE TOLEDO, “La autoría conforme al Código Penal”, p. 586.

Como bien han señalado MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, la **Autoría Colateral** o **Accesoría** es una forma *residual* de la misma, pues engloba todos aquellos comportamientos que en su manifestación externa entrañan una colaboración común en un resultado típico, pero que no llegan a constituir una coautoría, porque la convergencia que existe entre todas las acciones es meramente fortuita. Esta figura, que legalmente no existe y no es justificable dogmáticamente, es producto de la teoría causal del delito, “la que partiendo de la identidad del resultado busca también una unidad en la causación allí donde esta comunidad, formada por el azar, carece de interés para el ilícito del hecho”.

Sobre este particular, es bastante discutible la solución que propone MIR PUIG, Óp. Cit., p. 395 párr. 3; cuando indica: “A y B vierten veneno en el café de C. Si A y B actúan de mutuo acuerdo, ambos serán coautores de la muerte de C aunque por separado cada dosis sea claramente insuficiente. Pero si A y B actúan con independencia y sin conocer el uno la intervención del otro, la muerte de C no puede imputarse a ninguno de ambos, cada uno de los cuales sólo puede castigarse por tentativa por falta de imputación objetiva, salvo que la coincidencia fuera previsible”.

²²¹ ROXIN, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, p. 63.

²²² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 655.

²²³ Efectivamente, la coautoría no implica sólo el saber que se está ejecutando un hecho entre varias personas y adherirse con posterioridad al inicio de la ejecución. De ahí que, para BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 39; si quien se adhiere al hecho de otros, no comunica su intervención y no recibe la necesaria aceptación, no se configura la coautoría, sino a lo sumo una complicidad.

Para STRATENWERTH, Óp. Cit., p. 400 párr. 84; en aquellos casos-límite, en los cuales fuese imposible determinar la existencia de un acuerdo expreso o tácito que explique la intervención de un sujeto, habría que acudir a criterios de naturaleza **subjetiva** e indagar en la decisión de quien toma parte en el hecho, es decir, “en si él sujeta su voluntad a la del otro que interviniente (Sic.) en el hecho o no”. Con ello, justifica cierto nivel de razón en el planteamiento de las teorías subjetivas.

“los imputados alegan como agravio en su impugnación que no actuaron en forma concertada, sino que cada uno tuvo una participación individual; que sin embargo, está probado que los imputados *actuaron* a sabiendas del total de droga transportada (acuerdo previo y común), *con conocimiento de lo que cada uno haría, esto es, de su concreta intervención* (división de tareas o funciones previamente acordadas), y, a su vez, aportaron una conducta específica, para el traslado o transporte de la droga intervenida por la policía (contribución esencial al hecho típico), lo que los constituye claramente -al dominar funcionalmente el hecho- en coautores del delito imputado con las circunstancias agravantes antes mencionadas; todos ellos, pues, realizaron conjuntamente el delito a nivel de coautoría ejecutiva, y, como tal, asumen por igual la responsabilidad de su realización”²²⁴.

De ello se deriva, para los seguidores del dominio del hecho funcional, que el conocimiento unilateral de la colaboración no origina coautoría²²⁵, sino sólo autoría mediata²²⁶: si de dos sujetos solamente uno conoce la interconexión o interrelación de las partes de los hechos, el otro obra a ciegas y configura un supuesto de autoría por dominio de la voluntad²²⁷. Por ejemplo, A planea golpear a B con un bastón de madera, pero C, quien conoce el objetivo de A, cambia el bastón por uno similar (en la forma, color, textura, etc.) pero de fierro, con el cual A le causa la muerte a B²²⁸.

d) Asimismo, la configuración de una decisión común por el hecho sería relevante, porque permitiría excluir la coautoría cuando hay **exceso** consciente por parte de alguno de los copartícipes, pues quien va más allá de lo acordado originariamente, se desliga de la dependencia funcional y obra como autor directo²²⁹. En tal sentido, la decisión conjunta funcionaría como un límite, pues no permitiría imputar de forma recíproca los excesos de algunos de los intervinientes, sino sólo al sujeto que se excede de lo acordado

²²⁴ Ejecutoria Suprema del 2 de Julio del 2004 (R.N. N° 602-2004. HUÁNUCO). (Con cursivas en el original).

²²⁵ Así, MIR PUIG, Óp. Cit., p. 398 párr. 16; PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 283.

²²⁶ Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 pp. 316-320.

²²⁷ En el ámbito del presupuesto subjetivo de la coautoría, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 380 §49 n° 51; consideran que no es necesario el conocimiento de la *persona* del colaborador y para demostrar ello colocan el siguiente ejemplo: es posible que exista coautoría “cuando dos presidiarios, reclusos en celdas diferentes, se comuniquen mediante señales sonoras acerca de una fuga planificada”.

²²⁸ En la doctrina española, para MIR PUIG, Óp. Cit., p. 399 párr. 18; en un supuesto similar C sería autor individual de la muerte de B; mientras que A debería responder de una tentativa.

²²⁹ Para STRATENWERTH, Óp. Cit., p. 400 párr. 85; la principal consecuencia del acuerdo previo en la coautoría, radica en excluir de responsabilidad penal a los coautores frente al exceso en el que incurra uno de ellos. Son de la misma opinión, JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 729; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., pp. 381-382 §49 n° 58; WELZEL, Óp. Cit., p. 129; PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 287; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Óp. Cit., pp. 436-437; BOLEA BARDON, Óp. Cit., pp. 34-35. Para esta última autora, que el exceso de uno de los coautores no puede ser atribuido al resto de intervinientes, es una de las ventajas que también ofrece el principio de imputación recíproca o, como ella prefiere denominarlo, “imputación del hecho global cometido entre todos «conjuntamente» conforme a lo mutuamente aceptado”.

respondiendo por tal motivo como autor individual²³⁰. Por ejemplo, tres sujetos acuerdan ir a robar a una casa de cambio de dinero, para ello decidieron solamente golpear y maniatar al vigilante y al encargado del negocio. Sin embargo, durante la ejecución del plan, uno de los tres sujetos mata al vigilante porque reconoció en él a un viejo enemigo. En este caso, el exceso de dicho copartícipe, no debe ser imputado a sus “camaradas”, pues se encuentra fuera de lo planeado antes de perpetrar el ilícito²³¹. Lo mismo ocurre cuando un coautor comete un robo a pesar que sólo se pactó una coacción o cuando fueron objeto de apropiación indebida, objetos distintos a los que se pactaron.

Respecto al tema del exceso, la Corte Suprema ha señalado:

“fue el encausado EA quien cogió del cuello fuertemente al agraviado LV lo que le produjo la muerte por asfixia (...), mientras que los demás encausados le sustrajeron sus pertenencias personales y dinero en efectivo, luego de lo cual el procesado EA deja el cuerpo a un lado de la vía carrozable; que los hechos descritos no configuraron el delito de secuestro previsto en el artículo ciento cincuentidós del Código Penal, ya que la finalidad de dicho ilícito es impedir por ilícita causa que el secuestrado use su libertad de locomoción o límite ésta al radio determinado por el secuestrador, elementos constitutivos que no se dan en el presente caso; que el ejecutor material fue el procesado WEA el cual cogió del cuello al agraviado causándole la muerte por asfixia, que *este hecho no puede imputarse a los procesados PWAR y EAV al no haberse acreditado que su comisión estaba prevista en el plan común delictivo*, por lo que es del caso procedente absolverlos de la acusación fiscal en estos extremos”²³².

En este mismo sentido, en la justicia penal nacional se ha indicado:

“no existe prueba categórica que establezca fehacientemente que el plan común de los intervinientes comprendió asimismo el hecho de matar a alguna persona con las armas que portaban si es que surgía alguna dificultad en su ejecución -acuerdo precedente-, o que en ese acto uno o varios de los coacusados exigiese a los otros que se mate a los pasajeros que pretendían evitar el robo -coautoría sucesiva. **Cuarto:** Que, por consiguiente, es claro que el imputado BT y su coimputado TL intentaron ser reducidos por los agraviados y que ellos no sólo no portaban en ese momento armas de fuego ni pidieron a sus coimputados que hagan uso de ellas, por lo que *el exceso de los demás coautores, fuera del plan acordado sin que los demás lo consientan, no puede imputársele a ambos, en tanto que más allá del acuerdo mutuo no hay imputación recíproca, y no puede inferirse necesariamente que este exceso era previsible por todos, supuesto en el que si cabría la imputación íntegra del suceso típico*”²³³.

²³⁰ En opinión de PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 288; a dicha regla se le puede plantear una excepción: “sólo si los demás aceptan (eventualmente) o pueden prever (objetiva y subjetivamente) dicho exceso, podrían responder a título doloso o culposo, respectivamente, por el mismo”.

²³¹ Así también, MIR PUIG, Óp. Cit., p. 399 párr. 20.

²³² Ejecutoria Suprema del 10 de Junio del 2004 (R.N. N° 346-2004. CUZCO). (Con cursivas en el original).

²³³ Ejecutoria Suprema del 5 de Abril del 2004 (R.N. N° 3694-2004. UCAYALI). (Con cursivas en el original).

e) Además, para la doctrina del dominio del hecho funcional, la decisión conjunta no permitiría la configuración de coautoría en los supuestos de *operatividad ulterior causal*, es decir, en los cuales uno de los involucrados no conoció las circunstancias que fundamentan el dominio conjunto. Aquí no se podría configurar la existencia de un plan común, debido a que quien no conoce ni cuenta con la acción posterior de la otra persona no puede ser considerado como parte de un acuerdo mutuo²³⁴. Por ejemplo, “un hombre pretendía matar a un niño de pecho estrangulándolo y golpeándolo en la cabeza. Cuando creyó haber alcanzado su objetivo llevó el niño supuestamente muerto a su mujer y se marchó «presa de la consternación y el horror». «En seguida» advirtió la mujer que el niño vivía y lo mató mediante una acción independiente”²³⁵. Desde el planteamiento del dominio del hecho, en supuestos como éste no cabe hablar de acuerdo de voluntades con respecto al último acto, ni mucho menos de la existencia de un plan global.

En conclusión, como hemos mostrado hasta este punto, tanto para la doctrina mayoritaria del dominio del hecho y la opinión dominante de la jurisprudencia nacional, la composición de la coautoría como tercera forma de estructuración del comportamiento humano penalmente relevante supone la concurrencia básica de un dominio del hecho funcional y junto con éste de una intervención esencial prestada en la fase ejecutiva del delito dentro del marco de un acuerdo común entre los intervinientes. De esta manera, a decir de la mencionada doctrina, los límites entre coautoría y complicidad quedan suficientemente zanjados. Así, por ejemplo, quedaría fuera de dudas que también es coautor y no mero cómplice el sujeto que sólo retiene a golpes a la víctima, mientras su compañero la accede carnalmente o el que amenaza con una pistola a los cajeros de un banco, siendo otro el que toma el dinero.

No obstante la aparente idoneidad de la mencionada *fórmula teórica* para determinar la constitución o no de coautoría, en el campo de la literatura penal, sobre todo en aquella destinada al estudio del fenómeno de la coautoría, diversos autores han planteado grupos de casos en los que se pone a prueba la mayoritariamente aceptada doctrina del dominio del hecho funcional como criterio caracterizador de la coautoría. Así, por ejemplo, se pregunta si debe responder como coautor o cómplice: (a) quien ve a un tercero golpeando violentamente a otro y se suma en los golpes o si serán coautores: (b) los miembros de un pelotón de fusilamiento que disparan sobre otro, sin que se haya logrado determinar cuál de todos los disparos causó la muerte del infortunado o (c) si lo es el sujeto A que espera a su víctima por un determinado camino, pero siendo ésta acribillada por B quien también la aguardaba aunque por otro camino, estando que A y B actuaron en contubernio. De acuerdo con la doctrina penal, en el primer caso (a) nos encontramos frente a

²³⁴ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 289.

²³⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 pp. 318-319.

la denominada Coautoría Sucesiva²³⁶, en el segundo (b) ante la llamada Coautoría Aditiva²³⁷ y en el último (c) ante la conocida como Coautoría Alternativa²³⁸.

²³⁶ Se califica como **Coautoría Sucesiva** o *adhesiva* aquellos supuestos en los que un sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado en régimen de autoría única por otro, a fin de ensamblar su actuación con la de éste y así continuar ejecutando el delito hasta lograr la consumación. Cfr. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 300; WELZEL, *Óp. Cit.*, p. 129; STRATENWERTH, *Óp. Cit.*, p. 401 párr. 88; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Óp. Cit.*, p. 384 §49 n° 64; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 718; BOLEA BARDON, *Óp. Cit.*, p. 42; OCTAVIO DE TOLEDO, "La autoría conforme al Código Penal", p. 585.

Esta forma de composición de la coautoría incide en el requisito subjetivo de aquella: *la adopción de la resolución delictiva*. Al respecto, habría que señalar que la admisión de esta especie de coautoría, vino a significar una ruptura con todas aquellas posiciones que veían en el *acuerdo previo* un elemento necesario y suficiente para afirmar la coautoría. En efecto, si bien puede ser común que el acuerdo mutuo se realice de forma previa al inicio de la materialización del hecho punible, es también posible que aquél se produzca durante la ejecución con la adhesión de un sujeto –sea de forma expresa o tácita– al ilícito penal que ya ha comenzado a ser ejecutado por otro u otros. Lo importante es que para poder fundamentar responsabilidad penal en virtud de coautoría sucesiva por una infracción penal, el sujeto que se incorpora con posterioridad cumpla con los requisitos tanto objetivos como subjetivos de la coautoría, de manera que pueda afirmarse la existencia del dominio del hecho funcional completo y afirmar que realiza conjuntamente con otros el hecho.

²³⁷ Con la denominación de **Coautoría Aditiva** han sido englobados supuestos en los que el elemento común es la concurrencia –con previo acuerdo– de un grupo de sujetos en la lesión de un específico bien jurídico, pero con la particularidad que precisamente a causa de dicha múltiple intervención en la vulneración del interés penalmente protegido, no es posible identificar cuál de entre todos los comportamientos ha sido el factor determinante de cara al daño sufrido por aquél. Como ha indicado acertadamente DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "«Coautoría» Alternativa y «Coautoría» Aditiva...", p. 296; en esta actuación conjunta de varios sujetos "realizan cada uno una acción que, por *sí sola*, se dirige a la realización completa del tipo, teniendo la actuación conjunta el sentido de garantizar que los fallos de la actuación de uno se vean compensados con los aciertos de otro u otros y así sea prácticamente segura la producción del hecho típico". Así tenemos, por ejemplo, el suceso en el cual un grupo de manifestantes arrojan piedras sobre el local de la alcaldía municipal rompiendo los cristales de todas las ventas y ocasionando lesiones graves sobre los trabajadores que se encontraban al interior del inmueble, pero sin que se pueda establecer con precisión qué lanzamientos fueron los que ocasionaron los perjuicios. También se puede plantear el caso en el cual varios sujetos que se han dispuesto a lo largo de una calle por donde pasará el auto que transporta a un miembro del gobierno, disparan de forma simultánea sobre el vehículo y acaban con la vida del infortunado. Lo mismo vale para el ya referido caso del pelotón de fusilamiento, pues tampoco ahí se puede determinar qué disparos ocasionaron la pérdida del bien.

En tal sentido, existe coautoría aditiva cuando varios sujetos, tal y como lo dispone el plan común, desarrollan cada uno de ellos un comportamiento que por sí mismo es idóneo para ocasionar la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, pero que por razón de la confluencia total de los mismos para la producción de un solo resultado, no es posible identificar cuál o cuáles de ellos fueron los que propiciaron el desenlace lesivo. En esta forma de aparente coautoría, cuyo propulsor principal fue HERZBERG, se puede apreciar notoriamente (por ejemplo, el caso del pelotón de fusilamiento) que la intervención de varios sujetos expresa la intención de incrementar el riesgo de lesión del bien jurídico (y con ello disminuir el riesgo de fracaso del plan), así como el de asegurar la producción del ilícito penal.

²³⁸ Bajo el epígrafe de **Coautoría Alternativa**, RUDOLPHI planteó un grupo de casos en los que también se pone a prueba el rendimiento de la teoría del dominio funcional del hecho. En estos supuestos varios sujetos están dispuestos (se ponen de acuerdo) a cometer un ilícito penal, distribuyéndose funciones de forma que uno u otro lo ejecutará (nunca todos, siendo ello la razón de la existencia de la relación de alternatividad), ello debido a especiales circunstancias espacio-temporales estrictamente dependientes de la víctima o sujeto pasivo de la acción y que en el momento de la planificación sólo estaban presentes como circunstancias de potencial ocurrencia. Como bien ha indicado DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, "«Coautoría» Alternativa y «Coautoría» Aditiva...", p. 295; "la actuación alternativa tiende a asegurar la realización del hecho típico y del resultado". Así tenemos, por ejemplo, el supuesto en el cual un grupo de sujetos (A, B, y C) han tomado la resolución de asesinar a un millonario empresario. Para ello planifican esperarlo apostados por las tres distintas direcciones en las que le es posible a aquél arribar a su domicilio. Finalmente, la víctima escoge el camino por donde lo esperaba B, quien apenas lo observó abrió fuego y le causó la muerte. O también puede plantearse el caso en el cual A y B quieren matar a un importante político quien está viajando en cumplimiento de sus funciones; como quiera que aquellos sujetos no saben con seguridad si la víctima aterrizará primero en la ciudad X o Z –ambas notoriamente alejadas– deciden esperarlo cada uno en ambos destinos posibles.

A pesar de la denominación empleada, en todos estos supuestos –a los que habría que agregar el del cabecilla o jefe de banda y el del “campana”- no queda claro si cabe afirmar la coautoría, pues pareciera que éstos saldrían de los marcos establecidos tanto por el presupuesto como los requisitos de aquella. En todo caso, tanto en el Derecho penal peruano como el español cabría la posibilidad de encontrar una solución con arreglo a la denominada *complicidad primaria*, la cual funcionaría como una suerte de figura residual respecto de la coautoría²³⁹.

III. Complicidad primaria como figura intermedia entre coautoría y complicidad secundaria.

Conforme ha indicado ROXIN, la complicidad se debe entender “como un incremento causal y jurídicamente desaprobado del riesgo para la realización del tipo penal”²⁴⁰. Ahora bien, por naturaleza y esencia²⁴¹ ésta supone un comportamiento complementario, pues su característica central es designada a través de la noción de “auxilio”²⁴², la que supone la contribución, anterior o simultánea, útil para la ejecución de un delito²⁴³. Asimismo, como ha manifestado acertadamente KÖHLER, “a diferencia de la

Finalmente, el político arriba primero a Z, donde el sujeto B que se encontraba allí le causa la muerte. Como puede apreciarse, y como grafica bien PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 318; se trata de una constelación de casos en los que “existen varias posibilidades de realizar el tipo y, por ello, cada sujeto se encuentra preparado o dispuesto para ejecutar una de las alternativas, consiguiendo el propósito común sólo uno de ellos, el que pueda”.

²³⁹ En la doctrina española, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “«Coautoría» Alternativa y «Coautoría» Aditiva...”, pp. 322-324 y “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”. pp. 649 y 652; ha sostenido tajantemente que ni la denominada coautoría alternativa ni la aditiva son supuestos de coautoría, sino de participación. Este autor llega a tal conclusión, partiendo por rechazar la doctrina del dominio del hecho funcional y optando por un criterio cercano a la tradicional *teoría objetivo-formal*, que él denomina –siguiendo a LUZÓN PEÑA- la *teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho*, según la cual los intervinientes deben realizar la *acción típica nuclear* (determinación positiva conjunta del hecho) para que sean coautores, situación ésta que no concurre en los supuestos de coautoría alternativa ni aditiva. En tal sentido, para el mencionado autor habría que negar la calificación como coautor de quien sujeta a la víctima, mientras otro clava el cuchillo o de quien realiza una vigilancia esencial en el robo, pues “lo que sigue observándose es un distinto grado de dominio entre quien sujeta y quien clava el cuchillo, entre quien vigila (de modo esencial) y quien sustrae la cosa: existe una interdependencia entre ambos (como en todos los supuestos de codelincuencia, por cierto), pero, por mucho que se empeñen, los primeros no pueden determinar, por las razones vistas, positivamente el hecho (aunque sí de manera negativa)”.

²⁴⁰ ROXIN, *Strafrecht, AT, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Beck, München, 2003, p. 192 § 26 n° 183.

²⁴¹ Cfr. GARRIDO MONTT, *Etapas de ejecución del delito, Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984, p. 339.

²⁴² Cfr. ROXIN, *Strafrecht, Band II*, p. 192 § 26 n° 183.

²⁴³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Óp. Cit.*, p. 628; GARCÍA CAVERO, *Óp. Cit.*, p. 591.

En doctrina, es posible encontrar diversas definiciones sobre la complicidad: “(l)a complicidad es circunscrita por el legislador en el § 27 como la prestación de auxilio doloso a un hecho típico, antijurídico y doloso” (ROXIN, *Strafrecht. Band II*, p. 192 § 26 n° 183); “cooperador o cómplice, en sentido amplio, es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso” (BACIGALUPO, *Óp. Cit.*, p. 387); “cómplice, en sentido amplio, es quien coopera dolosamente en la realización de un hecho doloso cometido por otro” (DONNA, *Óp. Cit.*, p. 107); “(l)a complicidad es la forma subordinada de fomento («fomentar») a la resolución autodeterminada de otro de cometer un delito, ya sea en su preparación o ejecución” (KÖHLER, *Óp. Cit.*, p. 532); “complicidad es la cooperación dolosa en un hecho punible cometido dolosamente por otro” (MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Óp. Cit.*, p. 452 §50 n° 1).

coautoría determinada mutuamente y la instigación determinada unilateralmente, la complicidad requiere de la autónoma decisión adoptada por el autor principal”²⁴⁴.

En efecto, para la opinión doctrinal dominante el cómplice pone su aporte sólo como medio subordinado al hecho ajeno, incluso cuando es indispensable en el caso concreto²⁴⁵. En tal sentido, podría manifestarse que la complicidad consiste en apoyar el hecho punible realizado por otro, constituyendo tanto la concurrencia del *principio de accesoriedad* como la actuación *dolosa* requisitos de su configuración.

Al respecto, en la justicia penal nacional se reconoce que la complicidad:

“requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte cocausal (psíquico, o por medio de consejos, y/o material, mediante la ejecución de los hechos concretos), según las reglas de la imputación objetiva, respecto del hecho del autor principal; y, que lo haga en la etapa de preparación o, según el caso, en la etapa de ejecución del delito; y subjetivamente, que su actuación sea dolosa, esto es, que conozca que presta aporte a la realización de un hecho punible...”²⁴⁶

Como ya hemos puesto de relieve, es característico de algunos ordenamientos jurídico-penales como el peruano la distinción de dos clases de cómplices: el *cómplice primario* y el *cómplice* en sentido estricto, siendo que de una u otra calificación depende que se castigue al interviniente como al verdadero autor o con la pena inferior en grado²⁴⁷.

1. La cooperación necesaria del Derecho penal español como fuente de la regulación de la complicidad primaria.

De acuerdo con la regulación de la *cooperación necesaria* en el Derecho penal español, se aplica ésta para calificar a aquellos sujetos que a pesar de la importancia de su aporte para la materialización del ilícito no son coautores, debido a una *ausencia de intervención en el proceso ejecutivo material del delito*. Es decir, a pesar que el comportamiento de un sujeto se constituyó como un eslabón imprescindible para el curso causal del hecho punible, el que no haya tenido lugar durante la ejecución hace que sea

²⁴⁴ KÖHLER, Óp. Cit., p. 532.

²⁴⁵ KÖHLER, Óp. Cit., p. 532.

²⁴⁶ Ejecutoria Suprema del 16 de Septiembre de 2004. (R.N. N° 2270-2004. LA LIBERTAD).

²⁴⁷ Cfr. MIR PUIG, Óp. Cit., p. 413 párr. 77.

calificado como *cooperador necesario* y no como coautor, compensándose esta abierta contradicción con la igualdad de pena para ambos²⁴⁸.

Así puede observarse en la Sentencia del Tribunal español, recogida por SERRANO BUTRAGUEÑO²⁴⁹, en la que se condena “como cooperador necesario el activista de ETA que, por encargo de la cúpula de dicha organización, realizó una larga labor de vigilancia y estudio de algún lugar para cometer un atentado contra miembros de la Guardia Civil, «y procedió a continuación a levantar el plano de un bar, pues tal era el lugar elegido». Lo cual, perpetrado un atentado contra cuatro miembros de la citada Institución, constituye «un acto de auxilio a la ejecución y no propiamente ejecutivo», ya que si fuese de esta índole el procesado sería autor y no cooperador necesario”.

La denominada *cooperación necesaria* fue incorporada en el CP español de 1848²⁵⁰ y figura actualmente en el art. 28° II b) del CP de 1995²⁵¹.

La regulación de la autoría en el referido CP de 1848 era como sigue²⁵²:

“Art. 11°. Son responsables criminalmente de los delitos y faltas:

- 1° Los autores.
- 2° Los cómplices.
- 3° Los encubridores.

Art. 12°. Se consideran autores:

- 1° Los que inmediatamente toman parte en la ejecución del hecho.
- 2° Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo.
- 3° Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado.**

Art. 13°. Son cómplices los que no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

También se consideran cómplices los que dan asilo o cooperan a la fuga de los delincuentes notoriamente habituales, con tal que no sean sus ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos o afines en los mismos grados.”

Mientras que en el actual CP de 1995 es la siguiente:

²⁴⁸ Al respecto, FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947, pp. 43-44; manifestó que conforme a la regulación de la autoría en el CP español, lo característico de la autoría es “el hecho de haber tomado parte en la propia *ejecución* del delito, siendo esta nota la que diferencia al verdadero autor de los otros partícipes” quienes “son autores **por declaración legal**”.

²⁴⁹ SERRANO BUTRAGUEÑO (Coordinador), *Código Penal de 1995*, Granada, Comares, 1998, p. 445. (STS de 25 mar. 1987)

²⁵⁰ En este sentido, VITERBO ARIAS, *Exposición comentada y comparada del Código penal del Perú de 1863*, Tomo 1, Librería Imprenta Gil, Lima, 1900, p. 144; comentando el CP peruano de 1863, sostuvo que la regulación sobre las personas criminalmente responsables contenida en éste, era una *reproducción casi literal* de lo dispuesto en el CP español de 1848.

²⁵¹ Cfr. BOLEA BARDON, *Op. Cit.*, p. 19.

²⁵² Tomado de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ DE GORDEJUOLA LÓPEZ, *Códigos penales españoles*, Akal, Madrid, 1988, p. 200.

“**Art. 28°.** Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”

Mientras que del cómplice se afirma:

“**Art. 29°.** Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.”

En su aparición en el CP español de 1848, la cooperación necesaria formó parte de un sistema normativo que se alejaba del antiguo Derecho español, pues respondía a los avances de la Ciencia Penal²⁵³. En materia de autoría y participación, este CP se apartó de su antecesor de 1822, al reconocer la posibilidad de intervención de varias personas en la comisión de un delito (*codelinuencia*), encuadrando entre los autores a los *cooperadores necesarios* (art. 12° numeral 3). De éstos, y como consecuencia del carácter amplio de la noción de autoría incorporada en el referido Código, había que diferenciar la simple complicidad regulada en el art. 13° y que tenía un carácter esencialmente restringido²⁵⁴.

Asimismo, como ha indicado BOLEA BARDÓN, el origen de la regulación española sobre la *cooperación necesaria* se debe vincular a las concepciones causalistas de la autoría, propias de la tradición del Derecho común español y europeo²⁵⁵. Efectivamente, conforme ha destacado CEREZO MIR, el legislador español de 1848 reguló la autoría inspirándose en las doctrinas de los juristas italianos de la Baja Edad Media de gran repercusión en Europa en los siglos XVII, XVIII y XIX y conforme a las cuales la referencia a la *teoría de la causa necesaria* o del *cómplice principal*, implicaba que quien cooperaba a la ejecución de un delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado debía ser equiparado al autor material; mientras que el cómplice menos principal o secundario recibía una pena inferior²⁵⁶.

²⁵³ El CP español de 1848, significó un modelo para las legislaciones penales de muchos países, entre ellos el nuestro de 1863.

²⁵⁴ Cfr. IÑESTA PASTOR, *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 537 ss.

²⁵⁵ Cfr. BOLEA BARDON, *Óp. Cit.*, p. 19.

²⁵⁶ Cfr. CEREZO MIR, “Täterschaft und Teilnahme im neuen spanischen Strafgesetzbuch von 1995”, en: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2001, p. 556.

Al respecto, es importante dirigir la atención a la relación existente entre el CP de 1848 y el Código bávaro de 1813, gracias a la influencia ejercida por PELLEGRINO ROSSI en la ciencia penal española del tiempo de la elaboración del referido cuerpo normativo español y también la de FRANCISCO PACHECO²⁵⁷.

²⁵⁷ En efecto, como han puesto de manifiesto JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, *Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1929, p. 44; el CP de 1848 en “lo científico acusa la influencia de Rossi, que aplicó el eclecticismo filosófico de Cousin al Derecho penal, transmitida al Código por su principal redactor D. Joaquín Francisco Pacheco”.

PACHECO, seguidor de ROSSI, influyó también en la elaboración del CP de 1848. Este autor, distinguía el concepto de codelincuencia o participación criminal, donde incluía al autor, inductor y cooperador necesario, del de participación secundaria o complicidad. Cfr. CEREZO MIR, “Cooperadores necesarios, coautores y cómplices”, en: *RPCP*, N° 11, Idemsa, Lima, 2002, pp. 231-232; IÑESTA PASTOR, *Op. Cit.*, p. 541.

En efecto, en sus *Estudios de Derecho Penal (Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid entre 1839 y 1840)*, 3ª edición, Imprenta de M. Tello, Madrid, 1868, pp. 175-176; realza la importancia de una división entre participación principal o codelincuencia y participación secundaria o complicidad, indicando: “Esta división es, como acabamos de decir, sumamente interesante, y se deriva de la mayor o menor concurrencia que se haya prestado a los delitos sobre que recaiga. Pudiendo haber en este punto una escala sin fin, desde los actos menos eficaces para la resolución y comisión del crimen hasta los que sean más poderosos y decisivos en esta misma obra, claro está que no son suficientes un nombre ni una categoría para designar a esas personas que concurren de cualquier modo a la ejecución de tales hechos. La práctica antigua los había llamado a todos cómplices; pero necesario era inferir de aquí, y señalar a la complicidad una extensión extraordinaria, y una comprensión, no solo de grados diversos, sino aun de hechos desemejantes, para su calificación recta y concienzuda. ¿Qué comparación hay, por ejemplo, tratándose de un verdadero asesinato, entre la persona que lo paga, y la que facilita el cuchillo al matador? En verdad, señores, que ambos concurren de algún modo al crimen, que ambos son partícipes de él, que ambos llevarán sobre sí la responsabilidad que les corresponda; y sin embargo, estas responsabilidades serán muy diferentes, y la ciencia deberá guardarse de confundirlas, porque media entre uno y otro hecho una diversidad esencial: sin el que pagó el asesinato este crimen no se habría cometido, mientras que si la persona que dio el puñal no le hubiese suministrado, no habría dejado por eso de encontrarse otro que sirviera para el mismo fin.

He aquí la idea y la razón esencial de esta división que vamos indicando: he aquí lo que separa en dos distintas fracciones toda la concurrencia y directa participación en los crímenes. Todos los inmensos grados que en esta pueden señalarse, se han de reducir por necesidad a una de esas dos categorías: o la participación fue tal, que sin ella no se habría verificado el crimen, o de tal otra suerte, que aun a pesar de su falta se habría realizado y perpetrado.

¿Quién puede dudar, señores, que indicada esta división, el entendimiento se ve obligado necesariamente a aceptarla? Es tan obvia y tan interesante a la vez, clasifica de un modo tan justo los actos de concurrencia en que nos ocupamos, se concibe que tenga tan útiles aplicaciones en el punto de la penalidad, que no solo la admitimos desde luego, sino que buscamos naturalmente nombres simples y expresivos con que indicar los extremos que distingue. Por eso, uno de los primeros talentos que se han ocupado últimamente en Europa de tales materias, han adoptado la palabra complicidad, única usada antes, para los casos de participación secundaria, de aquella concurrencia aun sin la cual se habría verificado el delito, y echando mano de la palabra codelincuencia para aquella otra mucho más grave, sin la cual de ninguna suerte habría tenido efecto.

He aquí, pues, los nombres correlativos que usamos y la significación que la ciencia les da: codelincuencia y codelincuente, la participación y el partícipe de tal manera principales que sin ellos no existiría el delito; complicidad y cómplice, la participación y el partícipe secundarios, que han concurrido ciertamente a aquel; pero con cuya asistencia también se habría llevado a cabo el hecho criminal. Codelincuente, el real y efectivo compañero del que delinque; cómplice, el que contribuye con algo para el delito, sin llegar con todo a tal grado de importancia”.

Siguiendo con PACHECO, en sus Comentarios al CP de 1948 al referirse nuevamente al cooperador necesario precisa: “Ya no hablamos aquí de la concurrencia a la resolución del delito, como en el número precedente: hablamos de una especie de concurrencia a la ejecución. No concurrencia en el crimen mismo; sino en un acto necesario para él”; poniendo como ejemplos los casos de “(e) criado que abre la puerta para que entren los ladrones, que de otro modo no hubieran podido entrar; el que descubre el lugar donde estaba el tesoro, lugar que él solo conocía; el que por medio del éter o del cloroformo adormece una joven a quien otro violenta; he aquí tres ejemplos de las prescripciones de este número”.

En el caso de Rossi, éste seguía el CP bávaro de 1813 en cuyo art. 45° se preveía el castigo como autor no sólo del ejecutor inmediato, sino también de: “II. *El que presta al ejecutor, antes o durante la ejecución, con la intención de que el delito se cometa, una ayuda tal, sin la cual a éste no le hubiera sido posible realizar el hecho*”²⁵⁸. Este texto fue el que influyó en el art. 12° del CP de 1848, cuyo contenido se mantuvo prácticamente intacto en los posteriores CPs hasta el vigente de 1995.

La inclusión en el CP español del *cooperador necesario*, fue útil para responder preguntas como: ¿es homicida quien en el momento de empezar la riña, sujeta a uno de los contendientes mientras el otro le da de puñaladas hasta ocasionarle la muerte? o ¿son homicidas quienes intiman a otra que se tienda boca abajo, siendo sólo uno de ellos, quien llevaba un arma, el que le causa la muerte?²⁵⁹ Como en su momento señaló SILVELA, para salvar estas dificultades “considera también el Código penal como autores a los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado”²⁶⁰, siendo que “para ser autor en esta forma no es condición precisa e indispensable el efectuar los hechos constitutivos, característicos del delito: basta que la intervención del agente sea tan importante que se comprenda, sin genero alguno de duda, que sin ella no se hubiese perpetrado el crimen, porque entonces es **causa eficiente** de él”²⁶¹.

Ahora bien, debemos anotar aquí que detrás de la idea enarbolada desde 1848 por el CP español al considerar *autores* entre otros al *cooperador necesario*, existe toda una discusión en torno a dos cuestiones:

a) La primera se refería a *cómo* deberían responder los sujetos que en el marco de la codelincuencia (intervención múltiple) cometían un delito. Así, en el tratamiento jurídico-penal de dichos casos, tradicionalmente se consideraba la existencia de un delito único con tantas responsabilidades como intervinientes. Como indicaron JIMENEZ DE ASUA y ANTON ONECA, se trataba de la concepción de la “unidad de delito con pluralidad de

Sobre este último ejemplo, afirma que “(s)i cuando se empleó el cloroformo, la joven estaba sin recurso y sin defensa en poder de sus violadores, quien lo dio, cualquiera que sea el juicio que formemos de su conducta, no es uno de los autores de la violencia”. Cfr. FRANCISCO PACHECO, *El Código Penal*, 2ª edición, Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, Madrid, 1856, pp. 262-263.

²⁵⁸ Tomado de IÑESTA PASTOR, Óp. Cit., p. 541.

²⁵⁹ Cfr. SILVELA, *El Derecho penal*, Parte Segunda, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903, p. 229.

²⁶⁰ SILVELA, Óp. Cit., p. 229.

²⁶¹ SILVELA, Óp. Cit., p. 229. (Las negritas son nuestras).

agentes”²⁶². Además, la referida teoría tradicional hacía depender la *responsabilidad accesoria* del cómplice o inductor con la *principal* del autor, lo que tuvo lógicamente como consecuencia la presencia de casos en los que, por ejemplo, a pesar que el inductor pusiera todo su empeño, no era castigado al desistir el ejecutor material de realizar el delito²⁶³. Asimismo, cuando se declaraba la irresponsabilidad del autor o este había fallecido, no se podía castigar a los participantes “puesto que su responsabilidad es accesoria y se determina en función a la principal”²⁶⁴.

Como estas soluciones resultaban inaceptables para el entendimiento de aquella época (siglo XIX), se postuló la *doctrina de la autonomía de la complicidad* o de la *complicidad delito distinto*, conforme con la cual se consideraba la acción realizada por cada uno de los intervinientes como una infracción independiente²⁶⁵. En esta dirección cabían dos sistemas: *considerar que el cómplice es también autor* o hacer de la complicidad un delito *sui generis*, que se imputaría por un título especial independientemente de la contribución prestada al delito principal.

Como podrá inferirse con facilidad, la legislación española optó por calificar como autores no sólo a quien tomaba parte directa en la ejecución del hecho, sino también al inductor y al *cooperador necesario*.

b) La segunda cuestión aludía a que la inclusión del *cooperador necesario* obedeció también a factores estrechamente vinculados con el *quantum* de pena a imponerse a los diferentes participantes en el hecho punible. En efecto, el nacimiento y la adopción en el Derecho positivo español de la *cooperación necesaria* estuvo marcado por la discusión sobre si la pena que correspondía a cada uno de los intervinientes debía ser aplicada tomando en consideración la *clasificación* de los codelincuentes o la *importancia* reconocida a la participación de cada uno de ellos.

Para algunos sistemas legales como el francés, al ser el delito un suceso único se entendía que tanto al cómplice y al inductor le correspondía la misma pena del autor, toda vez que se les hacía responsables del delito de otro por haberlo provocado o ayudado. Al respecto, QUINTANO RIPOLLES afirmaba que “la más firme tradición en el enjuiciamiento de las responsabilidades criminales dimanantes de la codelinquencia, es la de apreciarla «in

²⁶² JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, Óp. Cit., p. 174.

²⁶³ Cfr. JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, Óp. Cit., p. 174.

²⁶⁴ JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, Óp. Cit., p. 175.

²⁶⁵ Cfr. JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, Óp. Cit., p. 175.

solidum», en atención a la gravedad única del delito y a la única voluntad que le motivó», es decir, se puede observar en la diversidad de los actos cometidos por los intervinientes un simple episodio «que no es motivo bastante para borrar por si mismo la unidad generadora del hecho»²⁶⁶.

Sin embargo, tal concepción propia del Derecho romano, la legislación canónica medieval y el Código napoleónico se oponía al *principio de la individualidad de la responsabilidad criminal* de la *escuela clásica*, la cual reaccionó propugnando el *principio de la desigualdad de la responsabilidad*²⁶⁷, el mismo que se relacionaba con la medida de la participación individual.

Como reseña QUINTANO RIPOLLES, así fue como nació la *teoría clásica* de la delincuencia, “cuyos primeros esbozos se hallan en los tratadistas italianos de la Edad Media, pero que BECCARIA, CARMIGNANI y, sobre todo, CARRARA, habían de edificar”. A partir de dicha teoría, se sostenía que al “lado del escalonamiento gradual de la perfección objetiva del delito, intención, conspiración, proposición, tentativa, frustración y consumación, se erigió el escalonamiento de la participación personal, de encubridores, receptadores, cómplices favorecedores, cómplices necesarios, autores materiales y autores morales, con su gama ingeniosa y un tanto artificiosa de responsabilidades, cuyo detalle no es ocasión de exponer ahora”. Dicho modelo proveniente de los *clásicos italianos* se impuso al *clásico romano-francés* y obtuvo “un éxito tan rotundo en las legislaciones decimonónicas que, fuera de Francia, llegó a imponerse con mayor o menor intensidad en las mas de ellas”²⁶⁸.

De esta forma, la idea conforme a la cual “si el delito es el mismo para todos, cada uno responde según la propia acción”²⁶⁹, fue la que se adoptó en España a partir del CP de 1848, pues en éste se reservaba el íntegro de la pena para la, así llamada por JIMENEZ DE ASUA y ANTON ONECA, “**causa eficiente**”²⁷⁰ del delito, es decir, para los autores

²⁶⁶ QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1966, pp. 253-254.

²⁶⁷ QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios al Código Penal*, p. 255.

²⁶⁸ QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios al Código Penal*, pp. 255, 266-267.

Para QUINTANO, tal solución no sería necesaria si se le atribuyera a los tribunales el suficiente arbitrio para poder castigar a los cómplices con las penas correspondientes para los autores. Como tal facultad no existe y la desigualdad penal de los coparticipes sea forzosa, “será necesario, en interés de la represión, que se fuerce un tanto el concepto de autoría, para dar en el cabida a la modalidad aludida de la «complicidad necesaria»”

²⁶⁹ JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, *Óp. Cit.*, p. 176.

²⁷⁰ JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, *Óp. Cit.*, p. 174. (Las negritas son nuestras).

materiales y aquellos que eran considerados como tales (inductor y *cooperador necesario*).

Ahora bien, a pesar del reconocimiento legal de la *cooperación necesaria* en España, esta figura, como admiten los propios teóricos españoles, es inexistente en los países del entorno español²⁷¹ y se sustenta en la vieja *teoría objetivo-material de la necesidad*, conforme con la cual “es autor (*auctor delicti, socius principalis*) quien ha interpuesto una condición necesaria, imprescindible, decisiva, esencial, eficiente, para la producción del resultado. Es decir, se considera autor a quien aporta una contribución sin la cual el resultado no se habría producido. Es el cómplice principal, y por ello recibe el mismo castigo que el autor. Por el contrario, el cómplice simple (*Gehülfe, socius delicti*) interviene con actos accesorios, secundarios, prescindibles que favorecen la realización del hecho, pero sin los cuales el resultado también se hubiera producido”²⁷².

Al respecto, ya en 1930 ANTÓN ONECA se pronunció sobre la *cooperación necesaria* indicando que aquí “parece haber aceptado nuestro legislador la teoría de la equivalencia de condiciones, según la cual es causa la *conditio sine qua non*; la condición, cualquiera que sea su entidad, sin la cual el resultado no hubiera podido efectuarse”²⁷³. Siendo que en la segunda edición de su Manual precisa: “El cooperador necesario pone un acto sin el cual no se hubiera realizado el delito: es, pues, causa, según la teoría de la equivalencia de condiciones. Los cómplices cooperan con actos sin los cuales el resultado se hubiera también realizado: su contribución influye únicamente sobre los accidentes y modalidades de la acción. Empleando la técnica hoy generalmente abandonada, pero que parece mantenida en nuestro Código, diríamos que los primeros son causa y los segundos solamente condición”²⁷⁴.

Sin embargo, como ha puesto de relieve BOLEA BARDON, en muchos sectores de la doctrina y jurisprudencia española no se pone atención al hecho que la teoría de la equivalencia de condiciones es posterior a la –referida por CEREZO– doctrina de la causa necesaria o del cómplice necesario de los juristas italianos de la Baja Edad Media²⁷⁵. En tal sentido, la *cooperación necesaria* nada tendría que ver con la equivalencia de condiciones, pero sí con las viejas *teorías objetivo-materiales*, que “consideran que el autor es la causa, mientras que el cómplice es la condición del resultado típico”²⁷⁶.

En tal sentido, se puede afirmar que la configuración de la autoría en el CP español es por demás singular, pues –entre otras cosas– considera autor al *cooperador*

²⁷¹ Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, Óp. Cit., p. 444.

²⁷² BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 21.

²⁷³ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Reus, Madrid, 1930, p. 50.

²⁷⁴ ANTÓN ONECA, Óp. Cit., p. 474.

Aluden también en la doctrina española a la relación entre cooperación necesaria y *conditio sine qua non*: JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, Óp. Cit., p. 180; DEL ROSAL, *Derecho penal español*, Aguirre Torre, Madrid, 1960, pp. 122-123.

²⁷⁵ Cfr. CEREZO MIR, “Täterschaft und Teilnahme”, p. 556.

²⁷⁶ BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 22.

necesario con lo que “patentiza el código su punto de vista causalista, en que la cooperación se traduce en una «causa» del evento acaecido”²⁷⁷. Así las cosas, lo que hay que resaltar es que la aparición y el mantenimiento de la figura de la *cooperación necesaria* en el Derecho penal español responde a un contexto teórico-dogmático ya superado.

Si bien ROXIN, destaca las virtudes de la teoría de la necesidad, no obstante reconoce su inutilidad como criterio general de delimitación “debido a su punto de partida causal, metodológicamente incorrecto, pues será pura casualidad que coincidan en todos los supuestos la existencia o ausencia de causalidad «necesaria»” pues “(n)i el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación causal «necesaria» ni aquel que la ha realizado es en todo caso coautor”²⁷⁸.

De ahí que su mantenimiento en el CP de 1995, ha significado para los juristas y teóricos españoles un arduo trabajo en el intento de distinguirla tanto de la coautoría como de la complicidad *simple, no necesaria, accidental, no condicionante* o simplemente *secundaria*.

Al respecto, cabe poner atención a lo que ya GRACIA MARTÍN había indicado sobre la forma de regular las formas de intervención en el CP español de 1973, precisando que “(l)a regulación de la autoría y la participación en el Código penal vigente se mantiene inalterada desde el Código de 1848 y es, sin duda, una de las materias más necesitadas de renovación en nuestro Derecho penal”, más aún cuando “ha provocado a la doctrina española grandes quebraderos de cabeza y, de otra parte, que ha generado una gran inseguridad jurídica y una disparatada práctica judicial”²⁷⁹. En esa línea, GRACIA MARTÍN destacaba que la reforma penal española sobre el CP de 1973 -que se materializan en el de 1995- “proyecta importantes novedades en la regulación de la autoría y la participación, pero mantiene no obstante sus defectos más sobresalientes”²⁸⁰.

De esta forma, son totalmente acertada las afirmaciones de QUINTERO OLIVARES cuando categóricamente expresa que “la llamada «cooperación necesaria» es un concepto peculiar del derecho español decimonónico que aun pervive”²⁸¹ y QUINTANO RIPOLLÉS al afirmar que la *cooperación necesaria* es “una categoría de híbrida contextura

²⁷⁷ DEL ROSAL, Óp. Cit., pp. 122-123.

²⁷⁸ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §8, p. 60.

²⁷⁹ GRACIA MARTÍN, “Política Criminal y Dogmática Jurídico Penal del Proceso de reforma penal en España (I)”, en: *RPCP* N° 1 Año 1, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1993, pp. 411-412.

²⁸⁰ GRACIA MARTÍN, Óp. Cit., p. 414.

²⁸¹ QUINTERO OLIVARES (Director)/MORALES PRATS (Coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª edición, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 326.

entre el autor y el cómplice, a modo de «complicidad necesaria» poco aconsejable en pura doctrina y altamente perturbadora en la práctica²⁸².

2. La complicidad primaria en el Derecho penal peruano.

A nivel del Derecho positivo peruano, la complicidad primaria es regulada desde el CP de 1863, tomada de la regulación existente en España sobre la *cooperación necesaria*²⁸³ y prevista en dicho país desde 1848, manteniéndose en el actual art. 25°, primer párrafo del CP de 1991.

La regulación de la complicidad primaria y las diversas formas de intervención en el delito en el CP de 1863 era como sigue²⁸⁴:

“Art. 11°.- Son responsables criminalmente del delito o falta:

- 1.- Los autores;
- 2.- Los cómplices;
- 3.- Los encubridores.

Art. 12°.- Son autores:

- 1.- Los que perpetran el hecho criminal;
- 2.- Los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros.

Art. 13°.- Son considerados como autores, los que coadyuvan de un modo principal y directo a la ejecución del hecho criminal, practicando maliciosamente algún acto, sin el cual no habría podido perpetrarse el delito.

Art. 15°.- Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del delito, por medio de actos anteriores o simultáneos.”

²⁸² QUINTANO RIPOLLES, *Compendio de Derecho penal*, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 395.

²⁸³ Al respecto, VITERBO ARIAS, Óp. Cit., p. 152; comentando nuestro CP de 1863, reconoció en aquél la notoria influencia del CP español de 1848, afirmando que “España, que siempre se distinguió por el empeño de traducir en sus leyes las conclusiones a que llegara en sus investigaciones filosóficas, ha sido la nación, que, a nuestro parecer, ha echado las bases de una distinción racional entre los partícipes en el delito, por el grado de responsabilidad que a cada cual debe comprender, a fin de imponerles penas que estén en relación con su culpa” y resaltando que “(h)ánle seguido varios pueblos latino-americanos, entre ellos el Perú, abriendo una nueva era de justicia en la aplicación del castigo social. Es de esperar que otros países, aún aferrados a defectuosas tradiciones, concluyan por revisar su legislación penal, e introducir en ella tan importante reforma”.

También HURTADO POZO, Óp. Cit., párr. 257 p. 103; ha aludido a la referida influencia del CP español de 1848 sobre el nuestro de 1863, cuando recuerda que en una nota de remisión del resultado de las labores de una de las Comisiones (1857) encargada de la revisión del Proyecto CP 1863, se reconoció “haber seguido al Código Penal español de 1848-50, por haber «creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia», y, como ya dijimos, en razón a que «estando las actuales costumbres de los peruanos vaciadas en los moldes imperecederos de las leyes del idioma de Castilla no era posible alejar nuestro Proyecto de aquellas acertadas disposiciones»”.

²⁸⁴ Cfr. VITERBO ARIAS, Óp. Cit., pp. 140-166.

Mientras que la regulación de la complicidad primaria en el actual art. 25°, primer párrafo es como sigue:

“Art. 25°.-

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor...”

En efecto, en nuestro Derecho penal se reconocen dos formas de complicidad: *primaria* y *secundaria*. Según el propio texto legal, el cómplice primario (o *cooperador necesario* en el CP español) se caracteriza por la realización de un aporte sin el cual el delito no se hubiera podido llevar a cabo. Por su parte, el cómplice secundario²⁸⁵ es quien realiza una prestación de auxilio o asistencia al autor de menor relevancia, esto es, aquella cuya ausencia no implica la no configuración del delito²⁸⁶.

El legislador nacional no ha establecido tal distinción aludiendo a la cercanía del aporte con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (si es inmediata es primaria y si es mediata es secundaria), ni tampoco tomando en consideración los medios o las formas en las que se lleva a cabo la contribución del cómplice. Por el contrario, la distinción se ha hecho depender de la *utilidad, la importancia objetiva o la eficiencia del aporte*, esto es, de si es o no indispensable y eficaz para la realización del hecho punible, diferenciación que posee utilidad a efectos de la pena que se le impone a cada uno de los colaboradores. Efectivamente, al cómplice primario le corresponde similar pena a la prevista para el autor; mientras que al secundario se le habrá de rebajar prudencialmente la misma.

En la justicia nacional, el *cómplice primario* es descrito como:

“TERCERO: Que, a partir de las declaraciones glosadas y de la última declaración del acusado MS, se tiene que el autor de los disparos fue él, que lo hizo dolosamente y en el marco de un mutuo acontecimiento con otro grupo de personas; Que por la forma y circunstancias del evento delictivo es de concluir que el acusado MS disparó dolosamente contra los agraviados y que como consecuencia de los disparos que efectuó un agraviado falleció y otro resultó herido; Que se trata de una conducta comisiva y con dolo directo, no eventual, en tanto que el resultado muerte y lesiones se produjo como consecuencia de los disparos que, en el marco de una agresión mutua, efectuó en dirección a los

²⁸⁵ En la doctrina peruana, BRAMONT ARIAS, *Derecho penal peruano*, Ediciones jurídicas UNIFE, Lima, 2004, p. 429; ha descrito a los cómplices secundarios como “partícipes cuya intervención no fue necesaria para que el hecho sucediere, tal como sucedió, porque no contribuyeron con nada cuyo defecto hubiera variado la ejecución o sus modalidades”.

²⁸⁶ Para BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, PG, Trotta, Madrid, 2006, p. 414; se trata, como sostiene la doctrina, de una *fórmula residual*, pues el sujeto no está comprendido en el supuesto del primer párrafo del art. 25° de nuestro CP y, sin embargo, se considera que ha intervenido en el ilícito penal.

agraviados y con conocimiento de los resultados que la utilización de un arma de fuego traían consigo; Que el imputado, desde luego, era consciente del peligro concreto que generaba su acción, conocía la conducta que llevó a cabo y sus consecuencias, pero no sólo eso sino que tales consecuencias eran buscadas de propósito por él, constituían su meta, no de otra forma se explica los disparos que efectuó en dirección a los agraviados: las circunstancias del hecho, el medio utilizado y la zona del cuerpo humano que fue afectada, acreditan esta conclusión. **CUARTO:** Que, en cuanto al encausado PC, las declaraciones de ... establecen que en el curso de la gresca proporcionó el arma a su coacusado MS para que dispare contra sus ocasionales contrincantes; Que, siendo así, PC *tiene la calidad de cómplice primario o necesario, en tanto que en la etapa de preparación del hecho principal: disparos contra los agraviados, aportó dolosamente al mismo una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse* (véase: artículo veinticinco, primer párrafo del Código Penal)...²⁸⁷.

Así también:

SEXTO: Que, en lo que concierne a HBV, se ha establecido que prestó su concurso para alquilar el vehículo (...), coche que finalmente fue utilizado en el robo; que si bien no se ha acreditado fehacientemente que intervino directamente durante su desarrollo, resulta evidente que compartió los ilícitos propósitos de sus demás coacusados; que está probado que la persona que proporcionó el automóvil en referencia a CC fue HBV, que durante su procesamiento este último acusado no ha tenido una posición uniforme, pues en un primer momento dijo que alquiló el vehículo para dirigirse a una fiesta patronal y que se comprometió a que el chofer sería CC; que, sin embargo, se rectifica en el juicio oral y sostiene que alquiló el automóvil para luego sub alquilarlo a su mencionado coacusado, lo que no resulta compatible con el contrato privado (...) contradicciones de las que se desprende que su voluntad se orienta a disimular su verdadera actuación; que, por otro lado, el encausado HBV registra antecedentes penales por delito de lesiones, tenencia ilegal de arma y hurto agravado (...). **SÉTIMO:** Que de lo expuesto se desprende que la colaboración prestada por BV para la consumación del robo fue sustancial, pues sin su intervención no hubiese sido posible que los asaltantes dispusieran de la movilidad para sus ilícitos objetivos, razón por la cual es de estimar que le corresponde la condición de cómplice o partícipe primario²⁸⁸.

Mientras que el *cómplice secundario* es tenido como:

“...Que como se desprende de autos los encausados WAZC y AAAC se mantuvieron a escasos metros donde se desarrolló el hecho imputado, expectantes e inactivos, consintiendo la consumación del ilícito, dialogando con los sujetos que ejecutaron el mismo a quienes conocían, configurándose por ende un caso de complicidad secundaria, ya que la presencia de los citados procesados fue prescindible, no requiriéndose su concurso activo en la consumación del objetivo trazado...”²⁸⁹.

²⁸⁷ Ejecutoria Suprema del 16 de Mayo de 2005 (R.N. N° 938-2005. LIMA). (Las cursivas son nuestras).

²⁸⁸ Ejecutoria Suprema del 16 de Agosto del 2006 (R.N. N° 2882-2006. AYACUCHO).

²⁸⁹ Ejecutoria Suprema del 15 de Julio de 2004 (R.N. N° 989-2004. CALLAO).

Sin embargo, como la diferenciación depende del criterio de la importancia de la contribución del colaborador para la materialización del hecho punible, no es tarea sencilla obtener una –por lo menos- clara diferenciación entre complicidad primaria y secundaria.

En efecto, la doctrina no ha llegado a ningún acuerdo al respecto, pues la fórmula legal de distinción entre aquellas nos conduce a un problema casi irresoluble. En lo que sí concuerda, es que si el legislador no hubiese establecido tal diferenciación, no habría mayor necesidad que emplear la *teoría del dominio del hecho* (criterio dominante en la doctrina y la jurisprudencia para distinguir entre autores y partícipes) según la cual el cómplice es tal debido a que no posee dominio alguno en el suceso criminal²⁹⁰.

Los esfuerzos desplegados para lograr delimitar ambas formas de complicidad, sólo han alcanzado validez para la solución de algunos casos y no para la generalidad de los supuestos, tornándose la distinción en un debate con continua actualidad. Coadyuva a ello que el legislador nacional no nos ha brindado elementos suficientes para poder llevar a cabo la delimitación y los elementos estructurales de ambas formas de complicidad – según la redacción del art. 25°- no están claramente determinados. Ello es así, porque – siguiendo en esto a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO²⁹¹ respecto de la *cooperación necesaria* española- la fórmula planteada por el legislador nacional para diferenciar ambas clases de complicidad nos remite a un *juicio hipotético* en el cual se debe preguntar: *¿Qué habría pasado si no se hubiera producido el acto del cooperador? ¿Se habría efectuado o no el hecho?*

La materialización de lo señalado en el párrafo precedente, puede apreciarse en las decisiones de la justicia nacional, en las que al no disponerse de una pauta general para distinguir bajo qué circunstancias concurre la complicidad primaria y también la secundaria, emiten sentencias en las que la diferenciación que llevan a cabo es bastante discutible. Esto puede observarse, por ejemplo, en el siguiente extracto de una sentencia emitida en nuestro país:

“(…) encausada MP tenía vinculación directa con los ejecutores materiales del robo, con quienes acordó que el dinero proveniente de la venta de la mercadería robada, fuera depositado en su cuenta; que, en tal virtud, *participó en el delito como cómplice secundario -no puede calificarla de complicidad primaria porque no aportó una conducta esencial para la comisión del delito- (...)*”²⁹².

²⁹⁰ Cfr. DONNA, Óp. Cit., p. 107; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 728; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., pp. 400 y 406 §50 n° 3 y 29.

²⁹¹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”. pp. 655-656.

²⁹² Sentencia de la Sala Penal Permanente del 22 de Septiembre de 2005 (R.N. N° 3456-2004. ANCASH). (Las cursivas son nuestras).

Esta imprecisión en la estructuración de la complicidad primaria no sólo demanda –de *lege lata*– establecer una delimitación de aquella frente a la coautoría, sino también en relación con la complicidad secundaria. Así por ejemplo, si se pregunta si es coautor, cómplice primario o secundario, el empleado X que le entrega a los sujetos Y y Z una copia de las llaves de la casa de sus patrones, a fin que éstos puedan ingresar a sustraer un importante botín, el mismo que será compartido con el desleal trabajador X; lo primero que se debe analizar es si la conducta de X puede subsumirse o no como un supuesto de coautoría.

En tal sentido, corresponde recordar lo ya señalado sobre la *coautoría* como *dominio del hecho funcional*, es decir, que alguien es coautor cuando toma parte junto con otros en la realización de un hecho punible a partir de la división del trabajo e interviene durante la fase de ejecución del mismo con un aporte esencial o relevante –desde un punto de vista objetivo– para su materialización, el cual le permite, asimismo, co-configurar de forma plena el sí y el cómo de la infracción penal, cuya base se encuentra en la existencia de un acuerdo común o decisión conjunta en el marco de un plan global delictivo destinado a la realización de determinado tipo penal. De esta manera y por exclusión, el aporte de un sujeto que no se encuentra dentro de la forma de composición del dominio del hecho funcional y no comparta las características mencionadas, no permitirá catalogar a aquél como coautor, sino como partícipe (instigador o cómplice) en un “hecho ajeno”. Así, en nuestro ejemplo, el empleado X al no participar de determinados elementos propios del dominio del hecho funcional (v. gr., no interviene durante la fase ejecutiva del ilícito), no puede ser catalogado como coautor.

En segundo lugar, se debe decidir si el comportamiento del referido empleado constituye una complicidad primaria o secundaria. Para tal fin, algunos proponen prestar atención a la *esencialidad*²⁹³ del aporte del cómplice y otros al *momento*²⁹⁴ del *iter criminis*

²⁹³ Entre los planteamientos que inciden en la *esencialidad* de la colaboración del cómplice, destaca el criterio que requiere tomar en consideración la **utilidad relativa o concreta del aporte del cómplice**. Según esta idea, sería suficiente para la configuración de la complicidad primaria, que la ayuda o el auxilio prestado condicione la forma concreta en la que el autor desarrolló su plan delictivo. En tal sentido, por ejemplo, el haberle proporcionado un arma a quien perpetró un homicidio será siempre acto necesario conforme a este criterio.

A este planteamiento se le objeta que resulta siendo evidente que en la forma en la que el autor diseñó su plan, todos los aportes para la consecución del hecho son necesarios o útiles, pues todas configuran aquel proyecto, teniendo que concluir que todos los cómplices serían primarios.

Otro criterio empleado es el que incide en la **utilidad abstracta o genérica del aporte del cómplice**. Éste, implica reconocer que el plan desarrollado por el autor, con todos sus elementos causales, era el único imaginable. De esta forma, que un sujeto le haya suministrado a otro un arma para que cometa un homicidio, no constituye un acto necesario para la realización del ilícito penal, pues, en abstracto, el sujeto que tuvo la resolución de matar habría podido conseguir el resultado con una u otra arma, incluso con sus propias manos.

Este planteamiento también es rechazado, pues se produce el efecto opuesto al de la necesidad o utilidad relativa, ya que en abstracto casi todo delito es realizable de otro modo, con lo cual no existe aportación alguna que sea absolutamente necesaria, por lo que todas las conductas de los que ayudan o auxilian al autor deben ser calificadas como complicidad secundaria. Asimismo, esta formulación no es de recibo pues hace depender la responsabilidad de una persona no a partir de su efectiva contribución al delito, sino del hecho que el autor hubiese podido conseguir o no la colaboración de otra persona. Al respecto, desde

nuestro punto de vista, los planteamientos que se sustentan en juicios hipotéticos no son idóneos, ya que ni siquiera científicamente es posible determinar cuáles son las otras posibilidades de actuación que un sujeto tenía al momento de llevar a cabo su real comportamiento.

En la doctrina peruana, BRAMONT ARIAS, Óp. Cit., p. 427; es bastante descriptivo al respecto, cuando señala que “Si, como se ha dicho, la necesidad se mide en abstractos, ningún cómplice es necesario y si se mide en concreto, prácticamente todos lo son”.

Ante las críticas esgrimidas contra los planteamientos concreto y abstracto, un sector de la doctrina postula que la distinción entre complicidad primaria y secundaria, se sustenta en el nivel de eficacia que puede alcanzar la ayuda o el auxilio con referencia al resultado concreto, tal y como ha sido realizado por el autor. Para ello, acuden a un criterio intermedio entre el abstracto y el concreto.

Uno de los autores que se enmarca en esta línea es RODRIGUEZ MOURULLO, quien sostiene que frente al empleo de un criterio abstracto o concreto para el establecimiento del valor del aporte que determine si nos hallamos ante una complicidad primaria o secundaria, existe una fórmula según la cual será relevante la cooperación que determine el “sí” del hecho (aquella sin la cual el resultado no se hubiera producido de ninguna manera), aunque no condicione el “cómo del mismo”. De esta manera, será complicidad primaria, la cooperación de la que depende la comisión del delito y, simplemente, complicidad secundaria, aquella de la que depende únicamente la forma de comisión del mismo. La relevancia del aporte se determinará sobre la base de un “juicio hipotético a posteriori que versa sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto”. Dicho juicio, “no se refiere al mundo sin confines y al tiempo sin límites, sino al recortado mundo del autor en un momento concreto”. Así, manifiesta RODRIGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, Óp. Cit., pp. 874-875, “si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente o de que un cambio de circunstancias no hiciera precisa la cooperación ajena, el auxilio es necesario. Si el autor *podía* realizar el hecho –aunque fuese recurriendo a una forma concreta de ejecución distinta- en la misma oportunidad en que lo realizó sin el concurso del cooperador ni otro similar, el auxilio no es necesario”. En conclusión, lo que decide la relevancia del aporte, está en función de las posibilidades que el autor disponía en el momento concreto para lograr la ejecución en sí –cualquiera que fuese su modalidad- prescindiendo de la colaboración ajena. Lo que el futuro le hubiera podido deparar al autor no es relevante.

En esta misma línea de argumentación, destaca la formulación elaborada por GIMBERNAT ORDEIG, quien sostiene que lo fundamental no es que el autor hubiera podido realizar su plan delictivo de una u otra manera, sino que lo esencial a efectos de diferenciar la complicidad primaria de la secundaria, es si el aporte que brinda el cooperador (el objeto o la prestación) se configura como difícilmente obtenible. Así, la denominada *teoría de los bienes escasos*, involucra el establecimiento de tres principios fundamentales:

i) el primer principio, implica prescindir de cualquier razonamiento hipotético al momento de determinar qué es lo que habría ocurrido sin la concurrencia de la actividad del sujeto a quien se pretende calificar como cómplice. Relegar el empleo de este tipo de juicios (en los cuales se pregunta si le era posible al ejecutor haberse procurado por otros medios, la ayuda o el auxilio para la realización del delito) impide que se lesione el principio *in dubio pro reo*, en aras de decidir si una contribución ha sido o no necesaria;

ii) el segundo principio, contiene la consideración que la sola afirmación de la importancia especial del aporte para el resultado, se constituye únicamente como un criterio orientador y requiere, por tanto, un ulterior desarrollo. En efecto, determinar cuándo un comportamiento es importante o no para el resultado delictivo -exclusivamente sobre la referencia al criterio (abstracto) de la importancia de la prestación- es un procedimiento inseguro;

iii) el tercer principio, conlleva establecer un vínculo estrecho entre el lenguaje de la ley con el corriente. Según indica GIMBERNAT, Óp. Cit., pp. 127-130; “en la conversación de cada día también hablamos de prestaciones o de cosas, sin las cuales no habríamos podido hacer esto o lo otro”.

En consecuencia, según el planteamiento de los bienes escasos, para determinar la relevancia del aporte del cómplice en la producción del resultado, hay que acudir al sentido de la necesidad de una condición, pero tal y como se entienda ésta en el lenguaje corriente, pues en este campo prima el criterio de la escasez de medios. Para explicar su posición, GIMBERNAT coloca el siguiente ejemplo: un inventor desea fabricar una máquina, para ello acude a un prestamista a fin de obtener determinado capital (una gran cantidad de dinero) que lo ayude a solventar todos los gastos que ocasione la materialización de su invento. En este supuesto, el inventor declarará el préstamo recibido como ayuda imprescindible para la realización de su proyecto, pero no, por ejemplo, la del sujeto que le vendió el destornillador con el cual apretó los tornillos de la máquina: ¿cuál es la razón? que el dinero a diferencia del destornillador es un bien escaso, no por un criterio económico, sino de posibilidad de disposición de los mismos.

Para GIMBERNAT, la determinación de la escasez del bien se lleva a cabo de la siguiente forma: primero, una calificación provisional que tenga en consideración factores generales. Desde esta perspectiva

serán escasos, por ejemplo, una pistola, una medicina cuya venta sin receta está prohibida, dinamita, la maquinaria para falsificar billetes de banco o cualquier otro objeto cuya obtención presente serias dificultades. La calificación definitiva se produce cuando se examinan, a continuación, los componentes especiales del caso concreto (*v. gr.*, teniendo en cuenta los factores especiales que concurren en la persona concreta que recibe la cosa). Según ha manifestado GIMBERNAT ORDEIG, Óp. Cit., p. 133; “en abstracto, no es posible indicar sobre qué número de objetos de la misma especie debe poder disponer el sujeto para decir, respecto de él, que la cosa era escasa. Es ésta una cuestión que depende de la peculiaridad que tenga el bien objeto de examen (pistola, dinero, etc.)”.

Ahora bien, todo lo expuesto hasta este punto, ha sido desarrollado a efectos de captar los supuestos en los cuales la acción del cómplice consiste en la entrega de una *cosa*. Pero existen otras formas de contribuir en la realización de un delito, como aquellas en las cuales el aporte involucra la prestación de un *servicio* (desarrollo de una determinada actividad, facilitación de un dato, dar un consejo, etc.). Sin embargo, no todo acto que involucre ésta puede ser calificado de complicidad primaria, ello sería desatinado. Por tal motivo, GIMBERNAT ha fijado también tres factores fundamentales para decidir si la prestación de un servicio es o no relevante para la realización del delito:

i) el primer factor, es el de la *inequívoca criminalidad de la conducta*. En tal sentido, no será cómplice primario el taxista que desconociendo las intenciones delictivas de un sujeto que toma sus servicios, lo traslada en su automóvil al lugar del delito. Por el contrario, el taxista será cómplice secundario si tiene conciencia de la finalidad del viaje o cómplice primario si se mantiene vigilando mientras el delincuente realiza su actividad criminal;

ii) el segundo factor, implica que *la actuación debe haber sido causal para el resultado*;

iii) el tercer factor, supone que *el comportamiento claramente criminal y condicionante del resultado*, no constituye cooperación primaria (necesaria) cuando, dadas las circunstancias del caso concreto, *no supone la remoción de un obstáculo serio*.

Llegados a este punto, es preciso indicar que un aspecto relevante en el planteamiento de GIMBERNAT, Óp. Cit., p. 135; es la relevancia que le otorga al establecimiento de un juicio *ex ante* a fin de calificar la actividad del cómplice. Así, señala que “si yo quiero contribuir a un delito, lo único que puedo saber, en el momento de realizar mi prestación, es si el objeto que entrego es uno cuya obtención presenta dificultades o no las presenta en absoluto; esto es, si el objeto es escaso o abundante”.

Si bien la justicia penal española ha admitido en gran medida la formulación de GIMBERNAT, solamente la utiliza como un criterio complementario que no reemplaza a otros. En efecto, a la *teoría de los bienes escasos* se le ha criticado que en el establecimiento de un doble baremo para determinar la escases o no del aporte del cómplice, termina imperando -finalmente- el juicio particular, dejando de lado o en un plano secundario, al juicio general. En tal sentido, los críticos sostienen que de nada sirve saber si el objeto materia del aporte del cómplice es objetivamente escaso; pues será la concreta necesidad del autor la que decida finalmente si lo es o no. Asimismo, se le ha reprochado a la formulación de GIMBERNAT, que la escases de las cosas (y en algunos casos de las prestaciones) no depende necesariamente de los juicios (generales o particulares) de los sujetos, sino que en ello están involucrados, además, una variedad de factores como la economía, las destrezas de los individuos para conseguirlos, el tipo de mercado en el cual circula el bien, etc.

Tanto el planteamiento de RODRIGUEZ MOURULLO como el de GIMBERNAT ORDEIG han sido matizados por MIR PUIG, quien manifiesta que existen dos criterios principales propuestos por la doctrina con los cuales solucionar el problema de la delimitación de las formas de complicidad. Uno de ellos parte del ya mencionado criterio concreto, pero exige solamente que la necesidad de la cooperación se refiera al resultado, sin que sea obligatorio requerir al mismo tiempo que el aporte imprescindible se conecte con las modalidades de acción. Este primer criterio posibilita fijar aquellos aspectos del hecho de los cuales la complicidad debe ser condición, es decir, sirve para responder el interrogante: **¿para qué debe ser necesaria la cooperación?** De acuerdo con el segundo criterio, el establecimiento del valor del aporte se encontrará en función de la situación concreta en la que se configuró, desplegando un rol importante aquí la *teoría de los bienes escasos* de GIMBERNAT. Este criterio, ayuda a responder la pregunta: **¿qué se entiende por necesidad de la cooperación?**, pues sirve para definir cuándo la cooperación debe considerarse condición del hecho.

Para MIR PUIG, Óp. Cit., p. 414 párr. 80 (de la misma opinión, OLMEDO CARDENETE, “Comentarios al Código Penal – Artículos 27, 28 y 29”, en: COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Arts. 24 a 94, Edersa, Madrid, 2000, pp. 320-321); la solución al problema de delimitación entre las formas de complicidad debe buscar combinar ambas pautas, pues a su juicio son compatibles, “porque fundamentalmente apuntan a aspectos distintos del problema”. Así, la importancia de la primera fórmula radica en diferenciar entre el “si” y el “cómo” del hecho; siempre que por el “si” se comprenda la realización de los elementos típicos dentro del tiempo que persiste la resolución criminal originaria y que en

el “cómo” se incluyan todas las circunstancias ejecutivas irrelevantes para la individualización del tipo. Mientras que el aporte más relevante de la *teoría de los bienes escasos* es que lleva a cabo un juicio *ex ante*, pues nunca se podrá conocer con seguridad si luego el autor hubiera podido cometer o no el delito sin la cooperación. Sobre el referido criterio de la escasez, MIR PUIG, Óp. Cit., p. 414 párr. 81; sostiene que “es útil para auxiliar a decidir si la aportación se presentaba (*ex ante*) ante los ojos del espectador objetivo, atendiendo el plan del autor, como *condicio sine qua non* de la realización del tipo”.

También aquí debe incluirse el planteamiento de PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 345-364; quien en su trabajo *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal* ha planteado la adopción de un criterio intermedio al momento de pretender delimitar la complicidad primaria de la secundaria. Éste es denominado por PÉREZ como el *principio de la importancia esencial de la contribución* y es un criterio extraído de la doctrina del dominio del hecho funcional, pero desvinculado totalmente de los elementos del tipo de la coautoría. Además, este principio –en la misma línea a lo postulado por MIR PUIG- debe combinar “el criterio de la necesidad referida al sí del hecho en el caso concreto con la teoría de los bienes escasos”. Para la materialización de su propuesta, PÉREZ señala la existencia de tres campos desde los cuales se puede distinguir entre una contribución esencial y una que no dispone de tal característica. Así, en un primer momento habrá que atender a la fijación del *objeto de referencia* de la complicidad primaria y secundaria, el cual está constituido por la referencia al *sí* de la ejecución del hecho punible para la primera y al *cómo* de la materialización del mismo para la secundaria. En tal sentido, el indicado autor menciona que “el sí del hecho como tipo significa que el cómplice principal establece las condiciones previas necesarias que posibilitan la realización del tipo por parte del que tiene el dominio del hecho punible (autor)”. Asimismo, continúa, “no debe referirse al cómo de la ejecución, es decir, a la actividad concreta desplegada o circunstancias ejecutivas individualizadoras del tipo, porque en tal caso toda contribución favorecedora del hecho ajeno sería necesaria, dejando sin contenido la complicidad”.

El otro campo de análisis que permite conocer cuándo una contribución alcanza el estatus de esencial es el del establecimiento de *parámetros de valoración*. Al respecto, PÉREZ ALONSO rechaza todas aquellas posturas que recurren a juicios hipotéticos causales *a posteriori* o *ex post* a fin de determinar la relevancia o no del aporte del cómplice. Siguiendo a GIMBERNAT, PÉREZ hace suya la idea que “cualquier solución viable tiene que *prescindir de la cuestión de qué es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto*. Pues, y aunque sea repetirme: el examen de esta cuestión coloca al juez, en la mayoría de los casos, ante tareas insolubles”.

Finalmente, el último campo es propiamente el de la *necesidad o esencialidad de la contribución*. Aquí, PÉREZ ALONSO indica que las diferentes magnitudes de pena fijadas para la complicidad primaria y secundaria demuestran que el legislador quiere castigar con mayor gravedad todo comportamiento que involucre un mayor grado de ataque accesorio e indirecto al bien jurídico “por haber incrementado con mayor intensidad el riesgo de lesión del mismo”. En tal sentido, la contribución es *esencial* cuando –desde una perspectiva objetiva y *ex ante*- cumple una función **imprescindible** o de **difícil acceso** o **reemplazo** ya sea en la fase de preparación del hecho o cuando **posibilita** y **promueve** el acceso al dominio del hecho por parte del autor, con una actuación que tiene lugar -excepcionalmente- durante la fase de ejecución de la infracción penal. En ambos casos existe una “dependencia vertical y accesoría respecto de otro u otros con pleno dominio del hecho (ajeno), pero posibilitando o contribuyendo en mayor medida al sí de su realización por parte del autor”. Por el contrario, una contribución sería *no-esencial* cuando –también desde una perspectiva *ex ante* y objetiva- tiene una función **prescindible** o de **fácil acceso** o **reemplazo** en la fase preparatoria o ejecutiva. También aquí existirá una dependencia vertical y accesoría respecto al hecho ajeno, “pero que contribuye en menor medida a la realización del tipo por parte del autor”.

A pesar de todo lo afirmado hasta aquí, PÉREZ ALONSO hace la salvedad que esta manera de determinar la esencialidad del aporte de los cómplices, no implica el establecimiento de parámetros fijos, de cumplimiento ineludible y de validez absoluta y general, pues ello iría en contra de la variedad en la cual suelen presentarse los fenómenos participativos humanos. De manera que el principio propuesto por este autor, denominado *principio de la importancia esencial de la contribución*, es un *criterio orientativo* de las decisiones del juez “para adoptar una resolución independiente mediante una consideración individualizadora”, en lenguaje sencillo, un criterio para ser concretado por los jueces en cada caso.

²⁹⁴ Usualmente se sostiene que la actuación del cómplice secundario debe tener lugar tanto en los actos preparatorios como en la fase de ejecución del delito.

En ese sentido, en la jurisprudencia peruana se indica: “El cómplice secundario es aquél que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito, resultando indiferente la etapa en que presta su aporte, siempre y cuando ésta se produzca antes de la consumación del delito” (Ejecutoria Suprema (R.N. Nº 5361-1999. PIURA), tomada de *El Código penal en su Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 109).

en el que tiene lugar su intervención. Sin embargo, este último criterio no ha recibido el suficiente respaldo como para imponerse al de la esencialidad de la contribución para la realización del ilícito penal. Ello obedece no sólo a una estricta interpretación de la regulación legal de la complicidad, cuando en ella se indica que lo que diferencia a un cómplice de otro es que el auxilio prestado sea de tal magnitud *sin el cual no se hubiere perpetrado el hecho punible* (art. 25° CP peruano); sino también debido a la existencia de determinadas circunstancias en las cuales se puede apreciar que un sujeto interviene durante la fase de ejecución del delito con un aporte relevante para el hecho punible pero que no lo convierte en coautor del mismo, sino sólo en un cómplice primario. Ello sucede, según postula por ejemplo PÉREZ ALONSO²⁹⁵, cuando un sujeto contribuye con un auxilio esencial para la materialización del hecho punible durante su ejecución, pero que no califica como coautoría debido a que aquél carece de algún elemento subjetivo del injusto requerido por el tipo penal (por ejemplo, en los casos de delitos contra el patrimonio

Por su parte, el ámbito de intervención del cómplice primario es más reducido, pues éste debe actuar durante la fase preparatoria antes que se inicie la ejecución del hecho punible, creando las condiciones necesarias que lo hagan posible (por ejemplo, quien prepara el coche bomba para que otro lo haga explotar o el hijo que entrega el código de la caja fuerte de su padre a un facineroso, para que éste pueda llevarse todo el dinero días después).

Así se ha manifestado la justicia nacional, indicando: “La complicidad primaria es una forma de ampliación del tipo que exige una colaboración dolosa de parte del agente, *la que además está presente en la etapa de preparación del delito*, constituyendo un aporte necesario al hecho” (Ejecutoria Suprema (R.N. N° 2441-1999. LIMA), tomada de *El Código penal en su Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 107).

Empero, la participación del cómplice primario no debe tener lugar de manera simultánea a la realización del ilícito penal, pues el carácter imprescindible de su aporte lo convertiría en coautor. Por ejemplo, en el supuesto en el cual dos sujetos violan a una mujer, el que la inmoviliza para permitir que el otro la acceda carnalmente no puede alegar ser sólo cómplice primario del injusto, pues si bien su aporte es esencial para la materialización del mismo, es llevado a cabo durante la ejecución del delito.

Sin embargo, al parecer esa concepción no es la que domina con frecuencia en la justicia nacional, tal como se puede apreciar en la siguiente decisión: “**Segundo:** Que se imputa al encausado recurrente que el cuatro de setiembre de dos mil tres, aproximadamente a las dieciocho horas con veinte minutos, haber acompañado y observado cuando su “acompañante” interceptó a la agraviada ZRV, la golpeó en el brazo izquierdo y la despojó de su monedero -que ambos revisaron-, dándose a la fuga, pese a lo cual un efectivo policial que se encontraba por el lugar logra capturarlo, aunque no se recuperó el bien robado. **Tercero:** Que lo expuesto, está acreditado con la preventiva de la agraviada RV (...), reiterada en el acto del juicio oral (...), en la que corrobora la forma, modo y grado de participación del encausado MA, así como con la testifical del policía captor (...) ratificada en el acto oral (...); **Cuarto:** Que, ahora bien, *atendiendo a las características de participación del gente -revisó conjuntamente con el otro sujeto el monedero de la víctima y forcejeó con el efectivo policial para evitar su detención, a la vez que posibilitó la fuga del otro partícipe del evento delictivo-, fluye que su aporte define un cuadro de complicidad primaria o necesaria en la fase ejecutiva en relación al hecho del autor -que es quien domina y decide el curso de la acción ilícita-*” (Ejecutoria Suprema de la Sala Penal Permanente del 14 de Abril de 2005. (R.N. N° 274-2005. LIMA).

De lo mencionado hasta aquí, se deduce que toda contribución, apoyo o auxilio que se brinda durante la fase ejecutiva permite la estructuración de la complicidad simple o secundaria; mientras que en la etapa de preparación del hecho punible confluyen tanto complicidad primaria como secundaria, siendo este el lugar en el cual debe buscarse la aplicación del criterio de delimitación que se adopte como el más idóneo para tal finalidad.

²⁹⁵ Cfr. PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 343

donde se requiere el ánimo de lucro junto con el apoderamiento ilegítimo). Lo mismo ocurriría cuando un sujeto actúa de forma unilateral y sin acuerdo con los demás intervinientes (autores), no pudiendo convertirse en coautor por faltarle el requisito subjetivo de la coautoría.

En tal sentido, tanto a nivel de doctrina como justicia penales domina la idea conforme a la cual se deben obviar los juicios hipotéticos y optar por una propuesta en la cual se preste atención a las circunstancias concretas en las que se realizó el hecho punible²⁹⁶. En este marco, el procedimiento para conseguir la delimitación entre la complicidad primaria y la secundaria, sería el de vincular la **necesidad** del aporte para la materialización del injusto (exigencia emanada de la propia regulación del art. 25° de nuestro CP) con el **sí** o el **cómo** de su realización. De esta forma, el aporte será necesario y habrá complicidad primaria, si aquél supone asegurar la comisión de la infracción penal; mientras que no lo será, configurándose la complicidad secundaria, si incide solamente en la manera en que es ejecutada²⁹⁷. Será el juez quien aplicará dicho principio regulativo, atendiendo a la forma concreta de configuración de cada caso.

3. Complicidad primaria como contribución esencial al hecho punible durante la fase de preparación.

Para la doctrina del dominio del hecho, una de las principales consecuencias de exigir *intervención durante los actos ejecutivos del hecho punible* para ser coautor, es aquella según la cual no cabe calificar como tal a quien sólo toma parte en los actos preparatorios²⁹⁸.

Empero, la polémica sobre la posibilidad de apreciar coautoría en la etapa de preparación de un ilícito penal siempre ha estado presente –en particular en la doctrina alemana- en torno al caso del **cabecilla o jefe de la banda**²⁹⁹, es decir, supuestos como

²⁹⁶ En la doctrina peruana, véase GARCÍA CAVERO, Óp. Cit., p. 593; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal, Estudio Programático de la PG*, 1ª reimpression de la 3ª edición, Grijley, Lima, 1999, pp. 355-356.

²⁹⁷ Cfr. PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 431-432; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 741.

²⁹⁸ Hay que indicar que existe un importante sector doctrinal que sí reconoce como coautor a quien participa en la fase preparatoria del hecho punible, pero cuya posición se encuentra influenciada por los planteamientos de las teorías subjetivas, por el hecho de no haber alcanzado una delimitación entre coautoría y autoría mediata o por el mantenimiento de un concepto del dominio del hecho demasiado amplio.

²⁹⁹ Como acertadamente ha precisado PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 232; la discusión planteada alrededor de la figura del cabecilla de una banda de delinquentes, nada tiene que ver con la problemática que suscita la denominada criminalidad organizada o la de los aparatos organizados de poder, cuyas formas de organización y funcionamiento son mucho más complejas: existencia de una estructura jerarquizada, poder de

el del sujeto que desde la prisión elabora el plan delictivo, distribuye funciones y desarrolla todos aquellos actos tendientes a preparar el delito que sus compinches –quienes se encuentran fuera de prisión- llevaran a cabo.

Al respecto, ROXIN ha indicado que en estos casos es necesario indagar si es posible en absoluto la coautoría o si cabe afirmar en general que “quien sólo toma parte en actos preparatorios debe estar excluido de la posesión del dominio del hecho en todos los casos”³⁰⁰. La respuesta -como lo sostiene el mismo autor- es esta última, pues la cooperación en la fase preparatoria no entraña la existencia de una *figura central* del suceso de la acción, tal como lo exige la doctrina del dominio del hecho para calificar a un sujeto como autor. Para ROXIN, el cabecilla de una banda delictiva “no puede ser coautor si su actividad se limita a planear los delitos, dejando a los demás la ejecución”, pues “no se puede estimar autoría en virtud de la mera posición como jefe de la banda”³⁰¹. En efecto, como en la mayoría de supuestos el cabecilla no tiene ningún tipo de participación directa en el hecho, consecuentemente no puede ser coautor, pues sólo “el que toma parte en la ejecución puede tener el dominio del hecho como coautor”³⁰².

En este sentido, es categórico ROXIN cuando sostiene que no puede dominar el hecho quien sólo ayuda a crear las condiciones previas del delito, pues éste quedará a expensas de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo, es decir, “tiene que «dejar de su mano» el hecho y confiar a partir de entonces en el otro”³⁰³.

Es posible graficar la referida posición con el siguiente ejemplo: la empleada doméstica puede indicar a un grupo de sujetos dónde se encuentran las joyas y el dinero de sus adinerados patrones y los momentos en los cuales la casa se encuentra vacía. Empero, a partir de ese instante ella quedaría fuera de la comisión del delito de robo, pues lo que ocurra y la forma en la que se ejecute el hecho queda en manos de los

decisión que recae en una cúpula, multitud de medios y sujetos dispuestos a llevar a cabo sus fines ilícitos, etc.

³⁰⁰ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §28 p. 323.

³⁰¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §28 p. 330. Así también, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, p. 664.

³⁰² ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §28 p. 331.

De distinta opinión es STRATENWERTH, *Óp. Cit.*, p. 404 párr. 94. Para este autor, quien organiza la comisión de un hecho punible, aun cuando no esté presente durante la ejecución, es coautor. Ello será así, siempre y cuando, en la planificación y la organización se hayan determinado los roles de todos los intervinientes incluido el organizador, pues sólo de esta manera puede decirse que éste tiene el dominio del hecho. Distinto es el caso de quien suministra instrumentos o armas para la perpetración del ilícito, ya que su participación no implica la toma de una **decisión** del sí y el cómo de la realización de la infracción penal.

³⁰³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §28 p. 326. Así también, PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 230.

ladrones. En este caso, a pesar de la participación esencial de la empleada o de su deseo ferviente que el plan delictivo resulte o que los malhechores le hayan prometido una parte del botín, por ningún motivo puede ser proclamada como cotitular del dominio del hecho. Lo mismo sucederá en el caso que un sujeto le procura a un falsificador la tinta para la elaboración de los documentos falsos, siendo el comportamiento del primero indiferente para el desarrollo del suceso. En ambos supuestos, a decir de ROXIN, las conductas de la empleada y el que suministra la tinta no constituyen coautoría, porque falta el criterio determinante: “que ambos sólo pueden obrar conjuntamente”³⁰⁴ y, además, porque desde “el punto de vista histórico, suponer que la cooperación en la fase preparatoria puede entrañar dominio del hecho representa una secuela de la teoría subjetiva”³⁰⁵.

También MAURACH/GÖSSEL/ZIPF rechazan la coautoría en acciones preparatorias, pues “no se corresponde con la esencia de la coautoría como dominio del hecho por parte de una comunidad de personas”³⁰⁶. Sostienen que de ninguna manera “es decisivo si un colaborador ha producido un aporte en estado de tentativa de una agresión ejecutada en común contra un bien jurídico, sino exclusivamente si un colaborador, mediante su propio aporte, toma parte del dominio colectivo del hecho, es decir, si participa en el *tener entre manos* un acontecer típico que ha ingresado en la zona de punibilidad”³⁰⁷.

Asimismo, en la doctrina española DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO niega también que el jefe de la banda (organizador, planificador, director o “cerebro” del grupo de sujetos que comete un delito) pueda ser calificado como coautor y, por el contrario, afirma que será normalmente un cooperador necesario³⁰⁸. Ello es así, porque no posee el dominio del hecho y deja la realización del hecho típico en las manos de los otros sujetos que sí dominan el hecho³⁰⁹. En tal sentido, plantea una serie de supuestos en los que aquél sujeto no puede llegar a convertirse en coautor: “cuando no dirija de ningún modo la ejecución, ni cuando, aun no dando instrucciones durante la ejecución, las que ha dado antes produzcan su efecto durante ella, ni cuando dé instrucciones a distancia durante la misma, ni cuando esté presente en la ejecución dando instrucciones”³¹⁰.

Por su parte, PÉREZ ALONSO es tajante en negar la calidad de coautor a quien solo toma parte en la fase preparatoria del hecho punible, por el contrario por regla general –sostiene–deberá ser cómplice necesario³¹¹. Su afirmación se sustenta en dos razones: primero, porque “la coautoría sólo puede ser codominio en la realización de la acción del tipo, es decir, en la fase de

³⁰⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 311.

³⁰⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §28 p. 329.

En esta misma línea de argumentación, BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 39; sostiene que en la medida en que un plan puede llegar a ser sucesivamente modificado, el “tomar parte en la elaboración del plan no convierte al sujeto automáticamente en coautor, sólo es un indicio más de la importancia de su contribución. Participar en la elaboración del plan no es tan decisivo como contribuir a la realización del hecho, aceptando lo efectivamente ejecutado por los demás”.

³⁰⁶ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 374 §49 n° 30.

³⁰⁷ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 374 §49 n° 29 y 30. (Con cursivas en el original).

³⁰⁸ Cómplice primario en nuestro CP.

³⁰⁹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 683.

³¹⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 683.

³¹¹ Cómplice primario en nuestro Derecho penal positivo.

ejecución”³¹². Ello es así, porque el concepto de autor que maneja (concepto restrictivo) está vinculado al hecho descrito en los distintos tipos penales del CP, siendo el autor la figura central de los sucesos de actuación recogidos en aquellos. Segundo, en la etapa de preparación todavía no existe un hecho punible a dominar, sino hasta el inicio de las acciones ejecutivas (de esta manera, la *tentativa* se constituiría en la condición mínima requerida para que se configure la coautoría como dominio del hecho funcional), pues el cabecilla que solamente planifica o prepara el ilícito penal debe confiar para la ejecución de su plan en la decisión de los otros intervinientes inmediatos, siendo que por ello aquél ya no dispone del dominio sobre el sí de la realización de la infracción penal, sino que ésta –tal como también lo puso de relieve ROXIN- pasa a manos de quienes llevan a cabo el hecho. En definitiva, “la coautoría como dominio funcional del hecho no se puede basar en una actividad meramente preparatoria, pues la decisión relevante que fundamenta, en realidad, la punibilidad sobre el sí de la realización del tipo (hecho punible), se toma precisamente en el momento en el que los intervinientes en el hecho inician la realización del tipo, es decir, cuando «dan principio a la ejecución del delito»”³¹³.

A pesar de lo indicado hasta aquí, para ROXIN y los demás seguidores de la doctrina del dominio del hecho ello no significa que se deseche completamente la posibilidad de calificar al cabecilla como coautor, pues no pasa por determinar si se trata del más peligroso de todos los criminales, sino por atender a si ocupa o no una *posición central* en la realización del acontecer típico, lo cual se puede presentar no sólo cuando, por ejemplo, el cabecilla o jefe se hubiese reservado la realización de alguna actividad esencial durante la ejecución del ilícito, incluso aunque no estuviera presente en el lugar de los hechos³¹⁴, sino también cuando el cabecilla a pesar de no reservarse acto alguno, interviene durante la ejecución dirigiendo y organizando, aun cuando –también aquí- no tome parte en los actos ejecutivos. De esta forma, en el caso propuesto del sujeto que desde la prisión en la que se encuentra recluso imparte por celular las órdenes a sus colaboradores, éste será coautor en la medida que sin su aporte “toda la empresa caería en la confusión y fracasaría si la «central de mando» se viniera debajo de repente”³¹⁵, es

³¹² PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 229. Este autor sostiene que esta posición constituye opinión dominante en la doctrina alemana y es defendida de forma mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia españolas, en las que es enlazada con un concepto auténticamente restrictivo de autoría.

³¹³ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 231.

³¹⁴ En este mismo sentido, STRATENWERTH, Óp. Cit., p. 404 párr. 93; para quien “la respuesta a la pregunta de si un aporte al hecho fue esencial «en el estadio de la ejecución» no puede basarse en el momento en el cual fue *prestado*, sino solamente en la forma en que *siga repercutiendo* durante la ejecución”. (Con cursivas en el original).

PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 233; se ha manifestado en contra de posiciones como la de STRATENWERTH, pues a su entender –en opinión que compartimos- tomar en cuenta para calificar una intervención como coautoría, si los efectos de una contribución prestada en una etapa anterior al inicio de la tentativa siguen teniendo relevancia en un momento posterior a éste, implicaría considerar la inducción –de forma automática- como coautoría; lo mismo sería válido, en muchos casos, para la denominada complicidad primaria.

³¹⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 311.

decir, en la medida que “sin poner mano propia, supervise el acontecer típico, regulándolo y dominándolo”³¹⁶.

En esta misma línea de pensamiento se enmarca MIR PUIG³¹⁷, para quien la “fenomenología de la codelinuencia muestra que en la realización colectiva de un hecho no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen la parte más difícil o insustituible y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo”³¹⁸. En tal sentido, para MIR PUIG, “el jefe de la banda” que no está presente en el lugar del hecho, puede ser considerado coautor **sólo** si *conoce* la totalidad del plan y en tanto los demás intervinientes no sean más que meras piezas parciales, así como si a pesar de la distancia en la que se encuentre sigue controlando el hecho y no deja en manos de otros la dirección de éste³¹⁹.

Frente a los planteamientos que optan por no aceptar como coautor a quien sólo toma parte en los actos preparatorios de un hecho punible, en opinión de WELZEL y JAKOBS aquello sí es posible. WELZEL sostiene que en estos casos se debe exigir que quien objetivamente sólo participa de los actos preparatorios sea “coportador de la decisión común al hecho”³²⁰. Esto significa que se ha de requerir que dicho sujeto haya tomado parte en la “decisión delictiva”, para lo cual se invocarán como indicios “el conjunto de circunstancias objetivas y subjetivas del hecho”³²¹. En esta comprensión adquiere relevancia la idea de *compensación*, según la cual el “*minus* de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compensado con el plus de coparticipación especial en el planeamiento del delito”³²². De esta manera, por ejemplo, para que el cabecilla de una banda sea considerado coautor aun cuando no tome parte durante la ejecución del hecho punible, se debe verificar que aquél haya proyectado el plan delictivo, distribuido los roles entre los intervinientes y dirigido sus obras³²³.

Por su parte, para JAKOBS en la coautoría –como una de las formas de regulación de la responsabilidad en virtud de organización en los delitos de dominio- varios sujetos organizan conjuntamente un delito coordinando mutuamente sus ámbitos de organización³²⁴. En tal sentido, existe coautoría cuando “según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo”³²⁵.

³¹⁶ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Óp. Cit.*, p. 371 §49 n° 17. Así también, PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 239.

³¹⁷ Según ha indicado PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 234, salvo excepciones como ocurre con MIR PUIG, en la doctrina española el caso del cabecilla no ha generado ningún tipo de controversia, ya que los autores que se han ocupado del mismo coinciden en señalar que aquél no puede ser coautor por no tener el dominio del hecho.

³¹⁸ MIR PUIG, *Óp. Cit.*, p. 397 párr. 13.

³¹⁹ Cfr. MIR PUIG, *Óp. Cit.*, pp. 397-398 párr. 14.

PÉREZ ALONSO ha criticado a MIR PUIG, pues a su entender para afirmar la coautoría no es suficiente tomar en consideración el aspecto netamente subjetivo del hecho, pues es necesario atender también a los datos objetivos. Considerar únicamente al *conocimiento del plan* implicaría que también el inductor y el cómplice que conoce del mismo deje de ser tal y pase a convertirse en un coautor; lo cual demostraría que con propuestas como las de MIR PUIG, las fronteras entre la coautoría y las formas de participación en el delito se diluirían.

³²⁰ WELZEL, *Óp. Cit.*, p. 132.

³²¹ WELZEL, *Óp. Cit.*, p. 132.

³²² WELZEL, *Óp. Cit.*, pp. 132-133.

³²³ Crítico con el criterio de la compensación de WELZEL es PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 227; para quien – desde la perspectiva del dominio del hecho- cuando un sujeto carece de forma objetiva del co-dominio sobre la realización del hecho punible, “no lo podrá obtener subjetivamente mediante su intervención en la planificación”

³²⁴ JAKOBS, *Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 718 párr. 3.

³²⁵ JAKOBS, *Derecho Penal*, *Óp. Cit.*, p. 745 párr. 40.

JAKOBS analiza en el *aspecto objetivo de la comisión en común* el interrogante de si se debe considerar coautor a quien no interviene en actos ejecutivos. En su concepción, por *comisión en común* no se debe entender la realización directa de una acción en el sentido planteado por la teoría objetivo-formal -la cual considera poco práctica e inconsecuente- pues “¿(q)uién le negaría al autor de una obra de teatro al menos la misma importancia en el resultado de un estreno, simplemente porque no esté presente en éste?”³²⁶.

Al igual que WELZEL, JAKOBS también acude al criterio de la *compensación* para justificar la concurrencia de coautoría en aquellos supuestos en los que un sujeto hizo aportaciones precedentes para posibilitar el hecho, pero no tuvo dominio de la decisión. Así, sostiene que si bien “el no ejecutor participa en menor medida que el ejecutor en el dominio material, en forma de dominio de la decisión; sin embargo, este *minus* puede quedar compensado por un *plus* en el dominio material, en forma de dominio de la configuración, que se ejerce en el estadio de la preparación”, pues incluso “sin intervención alguna en el dominio de la decisión es posible la coautoría a través de la configuración o al menos configuración conjunta”³²⁷. En tal sentido, para JAKOBS la entrega del arma del asesinato por parte de un interviniente es en sí complicidad; pero si el partícipe además ha conducido a la víctima hacia el autor, el interviniente ya no puede desentenderse que también él le ha dado al hecho su configuración³²⁸.

Por otra parte, no sólo la actuación del denominado **cabecilla o jefe de la banda** han suscitado discusión en los teóricos de la intervención en el delito, pues existen otros casos que han generado el mismo nivel de polémica tal como sucede con el de aquel que funge de **campana** durante la realización de un ilícito penal. Al respecto, también aquí tanto ROXIN como sus seguidores se niegan a generalizar el criterio del *dominio del hecho funcional*, pues aquél sería coautor sólo “si la ejecución del hecho exigía un puesto así, esto es, si esta actividad aparecía como función autónoma en el marco de la cooperación bajo forma de división del trabajo”. Empero, sería meramente partícipe (cómplice) si se trata de un aprendiz que ha sido llevado para “foguearlo” en el ejercicio de la “profesión” y se queda vigilando en un lugar poco importante, pues aquí “la realización del plan no depende de su aportación al hecho”. En conclusión, para ROXIN la calificación como coautor de quien sólo se queda vigilando “**depende de las circunstancias del caso concreto y requiere una solución judicial individual**”³²⁹.

³²⁶ JAKOBS, *Derecho Penal*, Óp. Cit., pp. 749-750 párr. 47.

³²⁷ JAKOBS, *Derecho Penal*, Óp. Cit., p. 750 párr. 48.

³²⁸ Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal*, Óp. Cit., p. 751 párr. 49.

³²⁹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 313. (Las negritas son nuestras). Así, también, STRATENWERTH, Óp. Cit., p. 404 párr. 94; PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 217.

A diferencia de ROXIN, para BOLEA BARDON, Óp. Cit., pp. 55-56; la actuación del denominado “campana” no es más que el cumplimiento de un rol o papel secundario en la realización de un hecho punible. Ello es así, en tanto el cumplimiento de dicha función no entraña más que un acto de aseguramiento del plan delictivo, sometido a una condición hipotética, esto es, que aparezca alguien capaz de hacer fracasar la ejecución del plan. “*Ex ante*, no se puede saber si el vigilante efectivamente va a tener que intervenir avisando, por ejemplo, de la llegada de la Policía”. Por su parte, para DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en tanto el “vigilante” o “campana” no hace más que vigilar, no podrá ser calificado más que de partícipe, pues su actuación no determina el hecho.

Al respecto en la justicia nacional se ha argumentado:

“Los acusados tuvieron el codominio del hecho delictivo al momento de su perpetración, por cuanto planificaron y acordaron su comisión, distribuyéndose los aportes en base al principio de la división funcional del trabajo que genera lazos de interdependencia entre los agentes; en el caso de autos, la participación del primer acusado es la de ejecutor en sentido estricto, mientras que del segundo corresponde a la de actor vigilante; ambos imputables a título de coautoría y sometidos a igual sanción penal”³³⁰.

La referida conclusión a la que arriba ROXIN, obedece a la propia esencia del concepto de dominio funcional, así como a la materia de regulación abarcada por la coautoría. En lo que concierne a lo primero, si bien es cierto existe un *principio regulativo* que indica: “alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial para la concreta realización del delito”, dicho concepto de *importancia esencial*, carece de un contenido aprehensible. De esta manera, siempre existirá una zona en la que la solución no puede ser esbozada abstractamente, siendo papel del juez “continuar mentalmente la idea del dominio del hecho funcional sobre la base de las circunstancias individuales y adoptar entonces una decisión autónoma”³³¹. Respecto a lo segundo, esto es, a la incapacidad para que el *principio de interdependencia funcional* pueda ser establecido mediante criterios claros debido a la materia de regulación abarcada por la coautoría, es preciso señalar que dicha falencia obedece, precisamente, a que “donde puede cooperar un número ilimitado de intervinientes que obran literalmente el número de supuestos imaginables es tan inabarcablemente amplio que habría que violentar lo múltiple de la realidad para ajustarlo a una fijación demasiado rígida”³³².

Tales consideraciones llevan a ROXIN a sostener que el dominio del hecho funcional se presenta como un “concepto abierto”³³³, que presenta matices de generalidad e indeterminación, es decir, se trata de un concepto en el que siempre que la forma de configuración de los casos lo permita se puede generalizar y verificarse mediante un procedimiento de subsunción; mientras que cuando ello no sea posible -pues no todas las modalidades de supuestos se pueden someter a la descripción abstracta conceptual- existirán espacios para la valoración judicial.

³³⁰ Ejecutoria Suprema (R.N. N° 4647-95. LAMBAYEQUE), tomada de *El Código penal en su Jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 103.

³³¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 314.

³³² ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 315.

³³³ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27 p. 315. Así también, PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 217.

A partir de ello, se puede inferir que la construcción teórica de ROXIN presenta el inconveniente de no dotar a los juzgadores de criterios generales, obligándolos a interpretar el concepto de dominio funcional del hecho según las peculiaridades de cada caso. Ello, ciertamente, quiebra cualquier pretensión de seguridad jurídica³³⁴.

Como corolario de lo expresado en el presente punto, habría que indicar que según la opinión de la doctrina dominante que sigue los planteamientos de la doctrina del dominio del hecho, fundamentalmente la elaborada por ROXIN, el primer requisito objetivo de la coautoría requiere la intervención –con base en la división del trabajo- durante la fase de ejecución del hecho punible como dato mínimo e indispensable para codominar de forma funcional el suceso. De esta manera, todas aquellas contribuciones materializadas durante la fase de preparación del ilícito penal por muy relevantes que sean, no permiten que quienes las llevan a cabo accedan al dominio funcional debiéndose considerar dicha actuación como participación en un hecho ajeno y, por tanto, catalogarse a los sujetos como meros **cómplices primarios**.

Tal afirmación nos permite sostener, asimismo, que en el trasfondo de la reconocida ausencia de claridad alrededor de la composición de la complicidad primaria, lo que existe es un debate por conocer si nos encontramos ante una **figura autónoma o simplemente residual**. En efecto, lo que hay detrás de las voces discordantes respecto a la complicidad primaria y su mantenimiento en el Derecho positivo, es el intento de buscar razones sólidas que permitan dotarle de fuerza y estabilidad y, a partir de ello, conocer la forma de su estructuración. Sin embargo, ninguno de los muchos intentos destinados a tal finalidad han ofrecido respuestas que puedan aclarar el panorama, pues, a mi juicio, la respuesta al interrogante sobre la naturaleza de la complicidad primaria se encuentra – como demostraremos más adelante- más allá de los parámetros ontologicistas con los que constantemente busca ser explicada, siendo necesario un cambio de perspectiva metodológica.

IV. Valoración.

La diferencia entre coautoría y complicidad planteada a partir del dominio del hecho no generaría mayores conflictos que aquellos que están estrechamente relacionados con la respuesta al interrogante acerca de cuándo concurre tal dominio. Por

³³⁴ Así también, BOLEA BARDON, Óp. Cit., pp. 50-51; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., pp. 670-671.

ejemplo, se puede preguntar si es coautor o cómplice de robo la empleada que brinda información a un grupo de delincuentes indicándoles en qué momento la casa que pretende ser ultrajada carece de vigilancia por los dueños. La respuesta sobre el título de imputación aplicable en este caso, dependerá de en qué medida la entrega de tales informaciones le permite tener dominio del hecho.

Conforme a las fórmulas ofrecidas por la doctrina del dominio del hecho, en particular los aportes de ROXIN, es coautor quien en la fase de ejecución del hecho punible realiza una contribución imprescindible y funcionalmente adecuada para su comisión sobre la base del principio de división del trabajo y de una decisión común según un determinado plan global. Aunado a ello, se requiere que el coautor –para ser tal– cuente con las características personales, especiales y subjetivas que exige el tipo penal correspondiente³³⁵. Como se puede apreciar, en dicha definición se resalta a la coautoría como una síntesis de elementos objetivos y subjetivos.

Por su parte, empleando una definición negativa, es cómplice todo aquel sujeto que interviene en la realización del injusto penal sin poseer dominio alguno sobre el hecho.

Esta aparente claridad en las definiciones, se quiebra no sólo cuando se crítica los fundamentos sobre los que se erige la doctrina del dominio del hecho, sino también cuando se interpone a la *complicidad primaria* entre la coautoría y la complicidad simple. Ésta, que como hemos indicado es regulada en pocos espacios jurídicos como el peruano y el español, encontraría justificación a su reconocimiento legal en la medida que se aplicaría a supuestos en los que un sujeto ostenta un grado de dominio importante al aportar un elemento esencial para la materialización del ilícito, pero que no puede ser coautor –conforme la dominante doctrina del dominio del hecho– al no intervenir durante la ejecución del mismo, siendo, además, que por el modo y relevancia de su intervención tampoco puede ser catalogado como mero cómplice.

De esta manera, castigar como cómplice primario a quien no puede ser coautor por no tomar parte en la ejecución del hecho típico, supone que no se le quiere castigar como mero cómplice (art. 25° CP peruano, segundo párrafo), pues ello tendría como consecuencia la rebaja prudencial de la pena, solución que en estos y muchos casos es insatisfactoria por la importancia de la colaboración prestada, resultando asimismo

³³⁵ Cfr. PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 218.

contrario a las ideas de *justicia*³³⁶. Ello explicaría la extensión de la pena del autor al cómplice primario³³⁷.

Lo expresado en los párrafos precedentes demuestra que el principal motivo para la vigencia de la complicidad primaria en el Derecho penal y en un sistema teórico –el dominio del hecho- para el cual no nació, tiene relación con lo planteado, precisamente, por los defensores de la dominante doctrina del dominio del hecho –en particular la que se debe a ROXIN- para quienes su regulación es plenamente coherente con la tesis del dominio del hecho funcional en la que no se considera coautor a cualquier interviniente que aporte una contribución esencial al hecho, sino sólo a quienes la aporten en fase ejecutiva en el marco de un acuerdo o decisión común, valorando, asimismo, la posibilidad que brinda el empleo de la complicidad primaria de castigar con la pena de la (co-)autoría a partícipes muy importantes que, sin embargo, no reúnen los requisitos exigidos por la referida tesis para la coautoría.

Sin embargo, en mi opinión, la adopción y mantenimiento de la complicidad primaria en el Derecho positivo es desacertada no sólo porque su concepción se encuentra teñida por el influjo de tendencias causalistas³³⁸, sino también porque su vigencia coadyuva a la subsistencia de una doctrina como la del dominio del hecho, sustentada en datos ontológicos y que, por ende, no constituye una fórmula teórica idónea para captar los supuestos de realización de un hecho punible por un conjunto de personas.

Considero que la composición de la coautoría no debe depender -primordialmente- de la contraposición: *intervención en la fase preparatoria / intervención en la etapa ejecutiva*³³⁹, lo que da lugar a la configuración de la complicidad primaria. La existencia o

³³⁶ Como ha expresado DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “«Coautoría» Alternativa y «Coautoría» Aditiva...”, p. 327, en la cooperación necesaria (complicidad primaria para nosotros) “el motivo de la equiparación de su pena a la de la autoría radicaría en la propia importancia que la contribución de este partícipe posee (o que los otros intervinientes le dan) para el buen fin de la empresa delictiva”.

³³⁷ En la doctrina nacional, para HURTADO POZO, Óp. Cit., párr. 2327 p. 906; cuando el legislador nacional se ha decidido por castigar al cómplice primario con la pena que corresponde al autor, al mismo tiempo “ha rechazado la importancia práctica de distinguir entre coautores y cómplices, prefiriendo, simplemente, la de diferenciar entre cómplices primarios y cómplices secundarios”.

³³⁸ En efecto, tomando en cuenta que la fuente de nuestra regulación sobre la complicidad primaria es la española, debemos reparar en que ésta fue plasmada por primera vez en el CP español de 1848, inspirada en el ancestral planteamiento de la causa necesaria defendido por los juristas italianos de la Baja Edad Media y que no posee parangón en ningún CP europeo.

³³⁹ En efecto, como se sostiene en: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *Lecciones de Derecho penal*, p. 292; “en materia de coautoría, las mayores dificultades se suelen presentar a la hora de distinguir la conducta del coautor de la del partícipe. Ello podría depender de la propia aportación del sujeto. El coautor debe realizar una aportación esencial para la consecución del resultado. Sin embargo este criterio no es

no de coautoría debe subordinarse a lo que debe ser entendido como tal desde un punto de vista normativo, valorativo y objetivo, y no a cómo ésta tenga lugar en el campo fáctico. Que la calificación o no como coautor, por ejemplo, del sujeto que actúa como “campana” en el robo de un banco, dependa de si en el caso concreto su intervención es necesaria o no (porque la policía acudió a solucionar el evento criminal o nunca se apareció) o si intervino o no durante la ejecución del ilícito, implica que se le presta mayor atención al dato fáctico y se olvida que en el Derecho penal, es éste el que debe imputar cuándo hay actuación conjunta y cuando no.

Nuestra discrepancia con el mantenimiento de la complicidad primaria en nuestro Derecho penal se justifica también en los errores a los que se arriba en la aplicación del Derecho por parte de la Administración de Justicia, tal como se puede apreciar en el extracto de la siguiente sentencia:

“Segundo: Que de autos aparece que el acusado Manuel Alejandro Alache Llamo o Manuel Alejandro Alache Llanos con la cooperación de sus coacusados Pedro Emiliano Vásquez Salcedo y Orlando Augusto Cordova Zagal, así como de otro desconocido que se dio a la fuga, previo concierto, interceptó a la agraviada Nancy Milagros Cárdenas Goyena cuando en horas de la noche transitaba por una de las calles del Distrito limeño de Surco, y a viva fuerza -pese a su resistencia- le sustrajo su cartera, siendo del caso que, ante sus gritos, fue auxiliada por gente del lugar y los imputados se dieron a la fuga en el vehículo que utilizaron para concretar el robo; que, sin embargo, como dicho vehículo chocó con un automóvil, la agraviada pudo recuperar su cartera, a la vez que permitió que los imputados fueran capturados por una unidad policial luego de unos treinta minutos de ocurridos los hechos. **Tercero:** Que los imputados Alache Llamo o Alache Llanos, Vásquez Salcedo y Córdoba Zagal han sido condenados, el primero como autor, el segundo como cómplice primario, y el último como cómplice secundario, en todos los casos, del delito de robo agravado (fundamento jurídico noveno de la sentencia); que, ahora bien, en tanto se ejerció violencia para lograr la sustracción de la cartera -lo que es propio de todo acto centrado en forcejear con la víctima- y superar la resistencia de la agraviada, se trata de un delito de robo, el cual según las circunstancias de su comisión: concurso de dos o más personas y durante la noche, está incurso en las circunstancias agravantes específicas estatuidas en los incisos dos y cuatro del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil doscientos setenta y dos, tal como ha sido calificado en la acusación fiscal de fojas trescientos veintitrés; que es de precisar que la propia agraviada descartó un intento de secuestro y la intimidación con arma blanca; que, por otro lado, no es de aceptar que la intervención del imputado Córdoba Zagal se castigue a título de complicidad secundaria, toda vez que de común acuerdo con sus coacusados prestó apoyo material para la concreción del robo agravado a cargo de Alache Llamo, pues lo acompañó en el vehículo, cubrió el propio acto de violencia y sustracción, estuvo atento a su

suficiente pues, como veremos, los cooperadores necesarios son partícipes que también realizan aportaciones de cierta importancia para la consecución del resultado”.

desarrollo, y huyó con el autor una vez conseguido el objeto de apoderarse de la cartera, por lo que se trata de un supuesto de complicidad primaria³⁴⁰.

Así también, puede observarse el extracto de la siguiente decisión judicial:

“Segundo: Que de autos aparece que el día nueve de diciembre de dos mil cuatro los encausados Portugal Huayanca, Chuquispuma De La Cruz y Yarasca Sotelo, así como los apodados “Quisifur”, “Voly” y otro sujeto no identificado, se trasladaron de Pisco a Chincha en la camioneta station wagon conducida por el primero con la finalidad de robar un vehículo para desmantelarlo; que es así que en la Plaza de Armas de Chincha el encausado Yarasca Sotelo y “Quisifur”, bajo el pretexto de un servicio de taxi, abordaron el vehículo modelo Tico del agraviado Huaccamayta Duran y le solicitaron los traslade a la urbanización “Los Bancarios”; que al llegar al lugar indicado atacaron al taxista con la finalidad de apoderarse del coche, hecho en el que intervienen otros dos individuos -”Voly” y el sujeto desconocido- pese a lo cual no logran su cometido por la oposición del agraviado, a quien auxilian los pobladores del lugar, quienes logran capturar a Yarasca Sotelo; que los tres restantes se dieron a la fuga y, según las informaciones de los pobladores, abordaron el vehículo station wagon conducido por el encausado Portugal Huayanca, el mismo que luego, merced a una operación policial, fue intervenido en el kilómetro doscientos uno de la carretera Panamericana Sur, en cuyo interior sólo se encontró al citado Portugal Huayanca y a Chuquispuma De La Cruz. **Tercero:** Que el encausado Yarasca Sotelo en el acta de entrevista fiscal de fojas treinta y siete reconoció que con sus coimputados se habían puesto de acuerdo para robar un vehículo; que según el tenor de la Ocurrencia de Calle Común transcrita a fojas uno y dos los pobladores de la Urbanización “Los Bancarios” capturaron a Yarasca Sotelo e informaron que los otros tres asaltantes se dieron a la fuga y abordaron un vehículo station wagon blanco, el cual fue intervenido luego de una operación policial “cerrojo”, en cuyo interior se encontró a los encausados recurrentes Chuquispuma De La Cruz y Portugal Huayanca, sindicados como partícipes en los hechos por el propio Yarasca Sotelo y, además, por el agraviado. **Cuarto:** Que en sede policial -fojas catorce- Chuquispuma De La Cruz reconoce el acto de traslado de los delincuentes de Pisco a Chincha y que escuchó que los que subieron al vehículo, entre ellos Yarasca Sotelo, iban a robar un vehículo en la urbanización “Los Bancarios”; que, asimismo, Portugal Huayanca en sede policial reconoció el acto del traslado de Pisco a Chincha, así como que el llamado “Quisifur” le dijo que espere en El Pedregal unos veinte minutos, y que fue durante esa espera que la policía lo capturó; que aún cuando ambos encausados rechazaban haber intervenido en el robo y que, a sabiendas, esperaban a sus coimputados a la salida de Chincha, si se toma en cuenta: a) la propia intervención policial precedida del arresto ciudadano a Yarasca Sotelo-, b) la información proporcionada por los pobladores del lugar -que dio lugar a la operación policial y a la captura de la camioneta y de los encausados Portugal Huayanca y Chuquispuma De La Cruz-, en el sentido de haber observado que los asaltantes que huyeron subieron a una camioneta station wagon de color blanco, c) la declaración inicial de Yarasca Sotelo, ratificada y desarrollada en el acto oral a fojas trescientos ochenta, ocasión última en que con rotundidad precisa la intervención dolosa que correspondió a los encausados impugnantes, y d) el reconocimiento -desde luego parcial- de los propios recurrentes en el sentido que en horas de la noche se condujo en la camioneta intervenida a los implicados en el delito -es de resaltar que respecto al motivo del viaje a Chincha dichos

³⁴⁰ Ejecutoria Suprema del 3 de Noviembre de 2004. (R.N. N° 3038-2004. LIMA). (Las cursivas son nuestras).

encausados dan versiones contradictorias en sede de instrucción y del juicio oral- y que luego acordaron esperarlos a la salida de Chincha, donde fueron detenidos a altas horas de la noche: es de concluir que participaron dolosamente en la planificación e intervinieron concertadamente en proporcionar apoyo para su debida ejecución, de suerte que como su intervención fue debidamente coordinada -en los marcos de un plan común- y los ejecutores materiales del robo tentado del taxi contaban con su apoyo para llevarlo a cabo tienen la condición de cómplices primarios -sin ese apoyo, según el plan común, el delito no hubiera podido perpetrarse conforme al artículo veinticinco, primer párrafo, del Código Penal. **Quinto:** Que aún cuando el agraviado en sede judicial se retracta de la inicial sindicación que efectuó contra los acusados recurrentes -afirmó en esa ocasión que los reconocía como parte de los cuatro sujetos que lo agredieron para sustraerle el vehículo que conducía-, las evidencias glosadas en el fundamento jurídico anterior revelan que definieron y concretaron un plan común para robar un vehículo y que una de sus tareas -propia de la división ejecutiva del hecho delictivo- era esperar a sus coimputados a la salida de Chincha para conseguir el agotamiento del delito y trasladarlos³⁴¹.

En ambas decisiones judiciales se puede observar que el calificar a algunos sujetos como cómplices primarios no se encuentra justificado, pues es claro que ellos a pesar de intervenir en momentos distintos a la ejecución del hecho, contribuyen al mismo con aportes relevantes y comparten los elementos que componen el denominado dominio del hecho funcional (división del trabajo, plan común, acuerdo común, etc.), tal y como lo haría un coautor. En tal sentido, el solo hecho de no tomar parte en los actos ejecutivos, no debería ser criterio suficiente por sí mismo para dotar de legitimidad a la existencia de la complicidad primaria, pues con tal razonamiento ésta se convertiría en un espacio residual para los comportamientos que no encajan dentro de los parámetros tradicionales bajo los que se estructura la coautoría.

³⁴¹ Ejecutoria Suprema del 10 de Enero de 2006. (R.N. N° 4648-2005. CHINCHA). (El subrayado y las cursivas son nuestras)

CAPÍTULO III

COAUTORÍA Y COMPLICIDAD PRIMARIA EN UNA CONCEPCIÓN NORMATIVO-VALORATIVA DEL INJUSTO PENAL: LA ORGANIZACIÓN COMÚN ÚNICA

SUMARIO: I. Coautoría como realización colectiva del tipo por un único sujeto. 1. Punto de partida: el delito como expresión de sentido entre personas. 2. Participación en el delito desde un punto de vista normativo-valorativo. a. Responsabilidad penal en los delitos de infracción de deberes generales negativos (comunes, de dominio o de organización personal). b. Posición de deber, organización y competencia. c. Participación en el delito desde un punto de vista normativo-valorativo. II. ¿Es el cómplice primario un coautor? 1. Coautoría y complicidad primaria en la doctrina del dominio del hecho de bases ontológicas. 2. Coautoría y complicidad primaria en una concepción normativo-valorativa del injusto penal: la organización común única. III. Valoración.

I. Coautoría como realización colectiva del tipo por un único sujeto.

1. Punto de partida: el delito como expresión de sentido entre personas.

En el presente trabajo pretendemos demostrar que una interpretación objetiva, valorativa y normativa de las formas de intervención en el delito resulta más ventajosa que una interpretación basada en meros datos empíricos u ontológicos y, además, es afín a la propia esencia del Derecho penal.

Empero, esto no significa rechazar toda forma de hermenéutica de características ontológicas, sino entender que la atribución del título de responsabilidad a los intervinientes no depende de cómo estos se han comportado o conducido en el plano fenomenológico, sino esencialmente de la forma en la que tales conductas pueden ser explicadas desde el punto de vista del Derecho penal, tan igual como ocurre en la relación *teorías causales - imputación objetiva*.

De esta manera, la palabra clave en nuestra propuesta es *comunicación*³⁴², siendo el marco teórico-dogmático de análisis la *teoría funcional del Derecho penal*³⁴³,

³⁴² LESCH, *Intervención delictiva*, p. 15; indica: “Comunicación es, pues, el proceso social elemental de la constitución de sentido en el trato entre seres humanos, sin el cual no son pensables ni una individualidad personal ni un sistema social”. (Con cursivas en el original).

³⁴³ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996. p. 11; alude a la misma como *teoría normativa del Derecho penal*.

básicamente la delineada por JAKOBS, y la *teoría de la pena* de HEGEL³⁴⁴. En tal sentido, nuestro planteamiento se asienta sobre las siguientes ideas generales: i) La sociedad es un sistema de comunicación normativa; ii) El delito debe ser entendido como afirmación que contradice la norma; iii) El quebrantamiento de una norma no puede ser definido como un acontecimiento o suceso natural entre seres humanos, sino como un proceso de comunicación (expresión de sentido) entre personas; iv) Con la pena, el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma³⁴⁵ y, v) Una dogmática normativista sienta las bases del sistema en un *contexto social*³⁴⁶.

Ahora bien, para comprender el marco en el cual tienen lugar tales ideas, habría que indicar que en una teoría funcional del Derecho penal, como ya lo señaló JAKOBS, la configuración de la sociedad no se plasma en naturalismos o estructuras lógico-objetivas, sino en normas. Esta particular comprensión metodológica de la relación *sociedad - Derecho* (en particular *Derecho pena*) que se opone a las tradicionales y vigentes formas de abordaje del Derecho, supone entender que la configuración de la sociedad se determina por medio de normas (no en el sentido de leyes naturales), las mismas que aparecen como constitutivas no sólo de las personas, sino también de sus relaciones a manera de su mundo vinculante³⁴⁷. Tales normas son el mundo objetivo. Objetivo porque determinan la comunicación³⁴⁸ y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo³⁴⁹: su subjetividad.

Una vez creado este *mundo objetivo*, recién puede hablarse de sociedad y los partícipes de ésta, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definirán por el hecho que para ellos es válido el mundo objetivo, esto es, al menos *una norma*³⁵⁰. Ello significa que los intervinientes no serán tratados como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que

³⁴⁴ En su §97, HEGEL, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, traducido por Eduardo Vásquez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000, p. 168; señala: “La vulneración ocurrida del derecho en cuanto derecho es ciertamente una *existencia positiva*, externa, la cual, sin embargo, en sí es nula. La *manifestación* de esta nulidad suya es la anulación de aquella vulneración que entra en la existencia. Es la realidad del derecho, en cuanto su necesidad que se reconcilia consigo mediante superación de su vulneración”. Véase también el §98 y §99.

³⁴⁵ JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 11, 12, 18 y 19.

³⁴⁶ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 44.

³⁴⁷ Cfr. JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en: *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, traducción de Manuel Cancio Melia, Grijley, Lima, 2000, p. 153; FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 41.

³⁴⁸ En efecto, JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 26; se refiere a la sociedad como “la construcción de un contexto de comunicación”.

³⁴⁹ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 80.

³⁵⁰ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 51.

deben ser desde el punto de vista del Derecho: *personas*. Es entre éstas donde se determina a quién le compete un curso lesivo: al autor, al tercero o a la víctima³⁵¹, en tanto las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales.

En efecto, tal como ha sostenido JAKOBS, en opinión que suscribimos, “un sujeto no es aquel que puede ocasionar o impedir un suceso, sino aquel que puede ser responsable por éste”³⁵². Ello es así, porque el proceso de imputación de un hecho a una persona tiene como base la consideración de ésta como constituida normativamente a partir de las funciones que desempeña en la sociedad y no su definición en consideración a su naturaleza individual. De manera que cuando una persona falta al cumplimiento de sus deberes y se produce algún tipo de defraudación, surgirá ulteriormente un juicio de imputación penal con la finalidad de atribuirle el suceso delictivo al involucrado. Similar procedimiento se aplicará cuando frente a un mismo hecho criminal concurren ya no una, sino varias personas (*codelinuencia*).

Todo lo referido hasta aquí, responde a una concepción de la misión del Derecho penal como garante del mantenimiento de la configuración normativa de la sociedad, siendo que a la persona, en tanto definido desde lo social, se le debe asignar el deber de fidelidad al Derecho, esto es, el deber de no delinquir³⁵³. En contrapartida con tal obligación, se le concede el derecho de poder conducirse en libertad dentro de un ámbito de organización que le reconoce la sociedad. En efecto, a partir del cumplimiento de su deber, la persona es beneficiada con un derecho a la libertad de actuación, todo ello en el marco de un reconocimiento recíproco entre los sujetos como personas en Derecho con determinadas expectativas. De esta forma se reafirma que la responsabilidad penal no se desencadena por un accionar en el sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de la competencia por organización: las expectativas de los demás no están dirigidas a lo que un hombre capaz de organizar algo determinado haría o no, sino a cómo debería comportarse una persona dentro de su ámbito de organización. Con JAKOBS, breve y conciso, “nadie responde en su condición de Hombre, sino todos en la de Personas”³⁵⁴.

³⁵¹ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 53.

³⁵² JAKOBS, *Óp. Cit.*, Prólogo, p. IX.

³⁵³ Cfr. MONTEALEGRE LYNETT/PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal*, p. 27.

³⁵⁴ JAKOBS, “La imputación penal de la acción y de la omisión”, p. 132.

Lo expresado hasta aquí demuestra que en el esquema metodológico con el que abordamos el análisis de la coautoría como fenómeno criminal, la sociedad debe ser entendida como constituida a partir de normas³⁵⁵ y como espacio en el cual tienen lugar fundamentalmente procesos de comunicación. En este marco, el Derecho penal tiene como misión confirmar la vigencia de la identidad normativa, es decir, de aquello que ha configurado a la sociedad; mientras que la pena no pretende la defensa de un bien o un estado (es fácilmente comprobable que el Derecho penal interviene en muchas oportunidades cuando ya el bien ha sido lesionado), sino contradecir el comportamiento del infractor de la norma. En tal sentido, si bien es posible captar o aprehender empíricamente la manera en la cual tuvo lugar el suceso criminal (por ejemplo, los intervinientes, el proceso penal y la ejecución de la sanción), lo importante radica en el plano del *significado* (con contenido expresivo), esto es, lo que comunica el infractor y también el Derecho penal con su intervención: con su actuación, el delincuente expresa que se opone al mandato general dispuesto en la norma (en cuanto expectativa socialmente institucionalizada) y pretende afirmar que ésta no rige o no tiene vigencia para su caso particular; mientras que con su intervención a través de la pena, el Derecho penal rechaza la contradicción de las normas que determinan la identidad social, es decir, corrige la comunicación defectuosa³⁵⁶. Dicho de forma gráfica, el Derecho penal no castiga al homicida porque destruyó una vida humana, sino debido a que se opuso al mandato que nos obliga a todos a no matar (*neminem laede*)³⁵⁷.

Para JAKOBS, en opinión que compartimos, desde esta perspectiva “lo social en un homicidio no es la lesión de la carne de la víctima, o de la destrucción de su conciencia, sino la afirmación contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho punible de no respetar el cuerpo y la conciencia de la víctima como elementos de una persona, sino de poder tratarlos como un entorno diferente. Mediante esta afirmación se cuestiona la norma, es decir, la regulación entre personas; por lo tanto, el delito es la desautorización de la norma, o, vuelto a referir a la persona delincuente, falta de fidelidad al ordenamiento jurídico actuada.”³⁵⁸

KINDHÄUSER ha indicado también que la infracción de la norma “es algo más que un mero comportamiento no permitido evitable; también es –precisamente es- una contradicción de la

³⁵⁵ Con JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal?”, p. 166; las normas “son la estructura de la sociedad, dicho de otro modo son la regulación del contenido de aquellas relaciones entre personas que pueden ser esperadas y con cuyo contrario no hay que contar”.

³⁵⁶ Con JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal?”, p. 166; “(p)uesto que se trata de las relaciones entre personas, y no sólo de un individuo y su situación individual, las normas son un asunto social, y su estabilización es estabilización de la sociedad.”

³⁵⁷ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 17 y ss. Así también, LESCH, *Intervención delictiva*, pp. 82-84.

³⁵⁸ Cfr. JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal?”, p. 167.

norma: la infracción de la norma es una conducta mediante la cual el agente expresa que la norma no rige para él, que no quiere reconocerla, de modo efectivo en la configuración de su actuar, como máxima válida para él. En ese sentido, la acción es una conducta comunicativamente significativa, es decir, una toma de postura expresiva en relación a la norma. A esta contradicción el derecho penal contesta con la sanción, cuya imposición, a su vez, expresa de modo comunicativamente relevante que la declaración del autor es irrelevante”, aspecto comunicativo de la relación de delito y sanción que “fue condensado por HEGEL en la acertada fórmula a partir de la cual se afirma que la pena es la negación de la negación del derecho”³⁵⁹.

Todo lo acabado de señalar nos es útil a fin de mostrar qué perspectiva de injusto penal tomamos como base para explicar el concepto de coautor por el que nos inclinamos. En este sentido, partimos de una consideración funcional del injusto penal como determinado e interpretado en función de las consecuencias jurídicas del Derecho penal³⁶⁰. De ahí que, como ha indicado JAKOBS, hay que relacionar a ambos como *discurso y respuesta*³⁶¹, pues en la valoración del hecho delictivo se debe tomar especial importancia a su aspecto comunicador, ya que en la explicación del injusto no interesa, sustancialmente, los sucesos del mundo causal o empírico, sino el *significado* de aquellos para la validez de la norma³⁶².

Trasladando todo lo afirmado a la interpretación de la coautoría, primero habría que señalar que cada uno de los aportes individuales prestados en función a la división de trabajo debe ser integrado en un solo suceso completo que vulnera una norma garantizada penalmente. Como ya indicamos *supra*, este suceso se debe entender como una expresión *colectiva* de sentido incompatible con la norma, esto es, no como la existencia de varios hechos particulares que se oponen a la obligatoriedad dispuesta por la norma, sino como la presencia de un *solo* hecho de un colectivo, siendo éste el *sujeto del comportamiento* a quien se le imputa el conflicto³⁶³.

Muy cercana a este planteamiento es la idea esbozada por LAMPE cuando afirma que “la coautoría es algo más que una adición de conductas de autores individuales: es un *injusto de sistema* funcionalmente organizado. Dicho sistema crea una «nueva cualidad» del actuar –el actuar «solidario»- el cual «sobrepasa el actuar individual aislado». Este sistema fundamenta una nueva cualidad del injusto –el injusto del «sistema»- el cual sobrepasa el injusto de comportamiento aislado. Y por último, dicho sistema...tiene como consecuencia una nueva forma

³⁵⁹ KINDHÄUSER, óp. Cit., pp. 23-24.

³⁶⁰ Cfr. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 81.

³⁶¹ Cfr. JAKOBS, Óp. Cit., Prólogo, p. IX.

³⁶² Cfr. LESCH, *Intervención delictiva*, pp. 84-86.

³⁶³ Cfr. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 86.

de responsabilidad –la responsabilidad del «sistema»- la cual, más allá de la responsabilidad por su propio hacer, incluye el comportamiento del otro coautor sistemáticamente vinculado”³⁶⁴.

En efecto, lo que caracterizaría a la coautoría (y ello es válido también para las otras formas de intervención en el delito) sería el *sentido* delictivo de los aportes, motivo por el cual cada uno de los intervinientes se haría competente automáticamente por la totalidad del hecho. Esta es la razón por la que todas las contribuciones con sentido delictivo serían *objetivamente* equivalentes y sólo se podrían diferenciar en el ámbito de la medición de la pena³⁶⁵.

2. Participación en el delito desde un punto de vista normativo-valorativo.

La tradicional doctrina de la intervención en el delito asentada en el *concepto restrictivo de autor*³⁶⁶ y que desarrolla el tratamiento de la autoría en el marco sistemático de la teoría general del tipo³⁶⁷ con el apoyo de la *teoría del dominio del hecho*, realiza una diferencia *cualitativa* entre autores y partícipes³⁶⁸, siendo su principal consecuencia la tesis según la cual el autor lleva a cabo “su propio injusto”; mientras que el partícipe toma parte en un “injusto ajeno”.

Así, en la justicia nacional con frecuencia se alude a argumentaciones como la siguiente:

“La calidad de los agentes debe calificarse como la de coautores, mas no como la de cómplices, cuando el interés demostrado por éstos y la decisión de disposición la realizan con total autonomía y sin sujeción, ni dependencia de persona alguna.”³⁶⁹

Sin embargo, en los últimos tiempos se ha empezado a cuestionar desde diversos puntos de vista la capacidad de rendimiento del concepto restrictivo, así como la idoneidad de la teoría del dominio del hecho para la determinación de la autoría y

³⁶⁴ LAMPE, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, traducción de Carlos Gómez-Jara Díez, en: *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003, pp. 106-107.

³⁶⁵ Así también lo refiere SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, p. 985.

³⁶⁶ En efecto, de forma general se puede sostener que la aceptación del concepto restrictivo de autor implica que en el tratamiento de la intervención en el delito se presenten, entre otros, tres rasgos esenciales: i) la interpretación restrictiva de los tipos de la PE; ii) la ampliación de la punibilidad a los partícipes; iii) y la accesoriidad de la participación.

³⁶⁷ Cfr. MIR PUIG, Óp. Cit., p. 368 párr. 3; JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 692.

³⁶⁸ Por ejemplo KINDHÄUSER, Óp. Cit., pp. 42-43 y 46; ha señalado que existe una diferencia *cualitativa* entre autoría y participación, diferencia que tiene como consecuencia que sólo al autor le incumba la evitación del riesgo específico del tipo; mientras que el partícipe tan sólo responde de una infracción de deber secundaria.

³⁶⁹ Ejecutoria Suprema de 1999. (R.N. N° 201-1999. LIMA).

participación. Los cuestionamientos se han dirigido, por ejemplo, a las bases fenomenológicas u ontológicas sobre las que se asientan ambas instituciones penales, así como a la notoria vulneración del principio de autorresponsabilidad (por el propio injusto) que con ellos se suscita. Asimismo, se ha señalado que ambos criterios no ofrecen soluciones adecuadas a inconvenientes surgidos en la práctica judicial (por ejemplo, qué ocurre con los cómplices de un delito que están siendo procesados por la justicia, si el autor del mismo fallece). Además, se han empleado figuras penales obsoletas como la *complicidad primaria* -regulada en nuestro Derecho positivo- a efectos de mostrar que existen supuestos en los cuales si bien un sujeto realiza un aporte indispensable para la realización del delito, no es considerado autor del mismo³⁷⁰.

Frente a todo ello, para un sector de la doctrina cuya opinión suscribo, la posibilidad de un adecuado proceso de atribución del suceso a los intervinientes se encuentra en estricta relación con una imputación por el quebrantamiento de una expectativa normativa. En tal sentido, tal proceso no debe sustentarse en datos fenomenológicos (por ejemplo, el dominio del hecho o la lesión de bienes jurídicos), sino en elementos de corte normativo-objetivo relacionados con la desvaloración del comportamiento como quebrantador de deberes y fundamentados en el *neminem laede*.

Debemos dejar en claro aquí, que en nuestra perspectiva el mundo exterior (o lo que JAKOBS denomina *base ontológica del dominio del hecho*) también tendría alguna significación, pero sólo como “comunicado a través de la estructura normativa de la sociedad”, lo que supone que la distinción entre autores y partícipes debe ser desplazada al nivel comunicativo-simbólico del significado³⁷¹.

a. Responsabilidad penal en los *delitos de infracción de deberes generales negativos (comunes, de dominio o de organización personal)*.

El Derecho penal como medio de control social formal del Estado, informado por los principios de *mínima intervención* y *subsidiariedad*, tiene la función de garantizar las condiciones mínimas de convivencia entre los ciudadanos. Ello significa la protección de los bienes jurídicos o de las expectativas sociales normativamente institucionalizadas, según sea la posición que válidamente se adopte. Ahora bien, al margen de si en la

³⁷⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, Óp. Cit., p. 561.

³⁷¹ En este sentido, véase SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, p. 983.

realidad se materializa o no el cumplimiento de dicha tarea³⁷², queda claro que para la construcción de un determinado modelo de imputación penal, es necesario indagar por la forma en la que se organiza esa sociedad sobre la que el Derecho penal opera.

En tal sentido, como ha sostenido SANCHEZ-VERA, “la vida en común hunde sus raíces en instituciones sociales”, las mismas que “la hacen posible y la impulsan”³⁷³. En efecto, los modernos planteamientos dogmáticos parten de un entendimiento del orden social vinculado a dos tipos de instituciones que se encuentran en la base de aquél y que se encargan de ofrecer determinadas garantías a favor de los ciudadanos, la colectividad y sus organizaciones. Así, tenemos una institución de carácter *negativo* e instituciones de esencia *positiva*³⁷⁴. De forma general, se puede señalar que en el campo del Derecho penal la garantía de la institución negativa se verifica a través de una prohibición de dañar; mientras que la de las positivas por medio de mandatos de ayuda y fomento de un

³⁷² Al respecto, JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 694; han manifestado con acierto: “La seguridad general no es aquella situación en la que no existe ningún delito, sino más bien aquella donde la criminalidad se mantiene en la frontera y se coloca bajo el control del Estado (...)”.

³⁷³ SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Estudios sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal”, en: CPC, N° 68, Edersa - Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología, Madrid, 1999, p. 347.

³⁷⁴ Entre los *deberes especiales positivos*, es usual reconocer en la doctrina a los *deberes positivos institucionales* y los *deberes mínimos de solidaridad*.

Los primeros surgen debido a una institución social elemental, en la que se vincula de una manera especial a una persona con otra (por ejemplo, la relación paterno-filial de la institución *familia*) o con una situación socialmente deseable (por ejemplo, el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia de la institución *Estado*). Se trata de deberes *positivos*, porque a diferencia de los *negativos* en los cuales no se debe invadir ámbitos ajenos, en ellos se deben proteger especialmente determinados ámbitos contra ciertos riesgos. En efecto, estos deberes se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad.

Ahora bien, tales deberes solamente le corresponden a quien está vinculado institucionalmente por la posesión de un determinado estatus (padre o juez), de ahí que sobre la base de la infracción de los deberes especiales positivos se asientan los delitos especiales (denominación tradicional) o de infracción de deber, cuya primera formulación se remonta al escrito de habilitación de ROXIN en 1963 en su conocido por todos *Täterschaft und Tatherrschaft (Autoría y Dominio del Hecho)*. De esta forma, autor de un delito de infracción de un deber especial lo será únicamente quien se encuentre obligado institucionalmente, con independencia de la configuración fenomenológica del hecho (por ejemplo, sólo será responsable penalmente como autor del delito de prevaricato, el magistrado que dicta una resolución apoyada en leyes derogadas, aun cuando aquella haya sido completamente elaborada por uno de sus asistentes).

Por su parte, los *deberes mínimos de solidaridad* entrañan un “hacer algo positivo en favor de la esfera de derechos sometida a una situación de necesidad”. En estos deberes la expectativa es “auxilia”, “socorre”, “denuncia ante la autoridad los hechos punibles que te sean manifiestos”. Cfr. CARO JOHN, “Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso”, en: MONTEALEGRE LYNETT /CARO JOHN, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, LH al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 300; SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Estudios sobre los deberes positivos...”, pp. 369-370.

determinado interés jurídico³⁷⁵. Ambos deberes constituyen la base sobre la que funciona la sociedad³⁷⁶.

Sin la intención de plantear el tema de las normas del Derecho penal como mandatos o prohibiciones y centrando nuestra atención en el análisis de la institución negativa, es preciso plantear que en ésta el deber de no dañar a los demás no se sustenta únicamente en prohibiciones, sino también mediante mandatos. En efecto, tal como ha sostenido JAKOBS, la «obligación originaria» tiene pues como contenido pagar el precio de la libertad, a saber, mantener el propio ámbito de la libre organización –de la forma que sea- en una situación inocua para los demás. Junto a la prohibición «no dañes», aparece pues un mandato (...) y cuyo enunciado es: «Elimina peligros que surjan de tu ámbito de organización»³⁷⁷. Graficado con un ejemplo, si alguien saca a pasear a su perro por el parque, cumplirá con el deber de no dañar no sólo no azuzando al perro a atacar a un niño que juega por los alrededores (prohibición), sino también colocándole un bozal al can mientras dura el recorrido (mandato)³⁷⁸.

Centrando nuestra atención en el análisis de la institución negativa, lo primero a tomar en cuenta es que ésta recurre a una concepción liberal de la responsabilidad³⁷⁹ y se

³⁷⁵ Cfr. SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Estudios sobre los deberes positivos...”, p. 347.

³⁷⁶ CARO JOHN, “Conductas neutrales”, p. 301.

³⁷⁷ JAKOBS, “La imputación penal de la acción y de la omisión”, en: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, p. 118. (Con cursivas en el original)

³⁷⁸ HEGEL sostuvo que la necesidad del Derecho abstracto se limita, por el fundamento mismo de su abstracción, a lo negativo: no perjudicar a la personalidad y a lo que se sigue de ella. Por tanto, sólo hay prohibiciones jurídicas y la forma positiva de los preceptos jurídicos, conforme a su contenido último, ha de encontrar como fundamento la prohibición. Cfr. HEGEL, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho*, §38 p. 120.

Es común en doctrina sostener que una prohibición busca impedir la formación de un motivo que conduzca a una determinada actividad y, por su parte, un mandato debe motivar precisamente a una actividad. La prohibición, si es que surte efecto, también impide, junto con el motivo determinado, una actividad corporal; mientras que al contrario, un mandato causa, junto con el motivo determinado, una determinada actividad corporal. Aquello deriva en un fundamento: la facultad de la persona de administrar su ámbito de organización, esto es, la libre disposición de su cuerpo, objetos materiales y el uso de derechos, tiene como implicancia que esta persona no lesione ámbitos de organización ajenos (prohibición), de tal modo que en el caso de una configuración peligrosa, el sujeto debe eliminar aquella mediante medidas apropiadas (mandato). Si el sujeto no actúa de esta forma, debe responder por el daño ocasionado. Esto significa que junto a la obligación de no dañar, aparece un mandato para eliminar peligros que surjan del ámbito de organización autónomo. De esta manera, en la base del sinalagma *libertad del comportamiento/responsabilidad por las consecuencias del actuar*, no se halla única y exclusivamente una obligación de contenido negativo -como lo propone toda fundamentación liberal- en el sentido de no perturbar la esfera de organización de los otros, sino también resulta necesaria la incorporación de mandatos de contenido positivo, esto es, que tengan como contenido impedir peligros para bienes ajenos que puedan proceder del propio espacio de administración. La existencia de estos mandatos, tan igual como de las prohibiciones, es el resultado de la libertad de organizar y, como afirma JAKOBS, no necesitan ningún “fundamento jurídico especial”.

³⁷⁹ Sobre la incidencia en la institución de carácter negativo de una concepción propia de un Estado liberal, SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Estudios sobre los deberes positivos...”, pp. 362-363; señala que es en el marco de dicho Estado que surgió a finales del s. XVIII, “en el que sin duda se enmarcan muchos de los sistemas iusfilosóficos que describieron un injusto penal basado preferentemente en el quebrantamiento de la institución negativa”. Empero, dicho autor reconoce que en la actualidad tal modelo estatal ha sido “superado” por el Estado social, el cual si bien “no rechaza los principios liberales, pero los complementa con criterios de justicia social, sin los cuales, el Estado liberal puede resultar tan pernicioso como el Estado absoluto”.

expresa en la sentencia *no dañar a nadie*³⁸⁰ (*neminem laede*³⁸¹), exigencia que -a diferencia de los deberes positivos- se dirige a todos los ciudadanos por igual, es decir, de forma general o indeterminada, pues “en una sociedad no se puede vivir sin organizar absolutamente nada y de una organización en principio, siempre pueden devenir daños”³⁸².

Se debe apuntar que el reconocimiento de tal institución negativa data desde el Derecho romano y ha estado presente incluso en los planteamientos elaborados en los sistemas ius-filosóficos más importantes como el de KANT y HEGEL. En efecto, para KANT uno de los deberes jurídicos es “*No dañes a nadie (neminem laede)*, aunque para ello debieras desprenderte de toda relación con otro y evitar toda sociedad”³⁸³. Por su parte, en HEGEL el mandato jurídico es “*sé una persona y respeta a los demás como personas*”³⁸⁴.

Desde mi perspectiva, la prohibición de dañar que entraña la institución negativa se materializa en la “prohibición de organizar de forma defectuosa”³⁸⁵, esto es, en el exigirles a las personas que *no* extiendan de forma indebida o no permitida su ámbito de propia organización³⁸⁶, pues con ello no respetan (lesionan) el espacio de administración autónomo de otra persona³⁸⁷.

Asimismo, es necesario precisar que tal requerimiento negativo, puede ser vulnerado no sólo mediante comportamientos comisivos, sino también omisivos³⁸⁸. Por ejemplo, la prohibición de

³⁸⁰ En opinión de JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal?”, p. 158; el mandato negativo reza: “«no quebrantes tu rol como alguien que no lesiona»”.

³⁸¹ A este respecto, JAKOBS, “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 348; ha señalado que el contenido del deber general de no dañar consiste en “tener que respetar al otro en su derecho y ser respetado por el otro en el propio derecho”. También, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, p. 83.

A nivel doctrinal, el *neminem laede* ha sido empleado también en el tratamiento de otros temas relacionados con el Derecho penal. Así, WELZEL, *Derecho penal alemán*, pp. 5-6; en su intento por establecer que la misión del Derecho penal es la protección de los elementales valores de acción ético sociales, señaló que el contenido de los deberes éticos-sociales puede ser sintetizado en dicha institución negativa, en tanto ello se corresponde con la naturaleza eminentemente prohibitiva del Derecho Penal: “no debes...matar, robar, engañar, etc.”.

³⁸² SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Estudios sobre los deberes positivos...”, p. 369.

³⁸³ KANT, *La metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2005, p. 47 párr. 237.

³⁸⁴ HEGEL, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho*, §36 p. 119.

³⁸⁵ SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Estudios sobre los deberes positivos...”, p. 348.

³⁸⁶ Esta capacidad de organización de las personas es sobre la cual deben fundamentarse tanto el Estado, la sociedad, así como el Derecho, pues el modelo social diseñado en nuestro ordenamiento parte de la imagen de un sujeto autónomo. Cfr. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2001, p. 278.

³⁸⁷ Para JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción”, traducción de Manuel Cancio Meliá, en: *RPCP*, N° 3, Grijley, Lima, 1994, p. 86; se trata de “responsabilidad por arrogarse un ámbito de organización”.

³⁸⁸ En una comprensión del delito como infracción de deberes generales negativos, la omisión no incumple un mandato, sino una prohibición: la de organizarse defectuosamente.

Al respecto, HEGEL, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho*, §38 p. 120, refiere: “Con respecto a la acción *concreta* y a las relaciones morales y éticas, el derecho abstracto, frente a su contenido posterior, es sólo una *posibilidad*; por tanto, la determinación jurídica sólo es una *licencia* o *facultad*. La necesidad de este derecho se limita, por el fundamento mismo de su abstracción, a lo negativo: *no perjudicar* a la personalidad y a lo que se sigue de ella. Por tanto, sólo hay *prohibiciones jurídicas*, y la forma positiva de los preceptos jurídicos, conforme a su contenido último, ha de encontrar como fundamento la prohibición”.

no dañar cuando se conduce un automóvil, puede quebrantarse no sólo cuando el conductor dirige el vehículo contra la víctima (*acción*), sino también cuando no utiliza los frenos para evitar el accidente (*omisión*). En ambos casos, el sujeto habrá quebrantado el deber de no organizarse defectuosamente, lo que no hubiese ocurrido si aquél cumplía la prohibición, no conduciendo el auto de forma defectuosa o empleando los frenos del mismo. De esta manera, de la prohibición de organizarse defectuosamente se sigue que quien se organiza actuando u omitiendo, debe responder por dicha organización o “quebrantamiento de una expectativa negativa”³⁸⁹, esto es, por no actuar (por no dirigir el vehículo hacia otra dirección) o por no omitir (por no pisar los frenos).

De ahí que la necesidad para que el Derecho penal garantice la observancia de esta institución, se vincula con el interés de toda sociedad en conservarse y no disolverse en un mundo de arbitrariedades con una permanente lucha de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*³⁹⁰).

En el campo penal, el quebrantamiento de la institución negativa da lugar a los *delitos por infracción de deberes generales negativos*, denominados por ROXIN como *delitos de dominio* y por JAKOBS como *delitos de organización*, los mismos que constituyen mayoría en el CP peruano al estar presentes en diversos tipos penales como el homicidio (*¡no matar!*), las lesiones (*¡no lesionar!*), la calumnia (*¡no calumniar!*), los hurtos (*¡no hurtar!*), la extorsión (*¡no extorsionar!*), los atentados ambientales (*¡no contaminar!*), los ataques a la fe pública (*¡no falsificar!*), etc.

Ahora bien, este quebrantamiento de la institución negativa se debe asociar a uno de los principios fundamentales que debe regir en todo Estado de Derecho: el *principio de autorresponsabilidad*³⁹¹, el mismo que suele expresarse con el *sinálgma: capacidad de autodeterminación / responsabilidad por las consecuencias*. En efecto, como ha expresado BALDÓ LAVILLA: “las distintas regulaciones nacionales de nuestro entorno jurídico-político, reconocen al *individuo* como sujeto autónomo, principal y constituyente del Estado. En ellas, toda regulación de la convivencia, a través de un «orden social justo», *parte* del reconocimiento jurídico de una *esfera de intereses*, agregada al individuo,

³⁸⁹ SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Estudios sobre los deberes positivos...”, p. 349.

³⁹⁰ Cfr. HOBBS, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, 14ª reimpresión de la 2ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, Cap. 13, pp. 100-105.

Al respecto, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 40; ha manifestado: “Sólo en un estado natural o presocial se podría comportar uno pensando sólo en sí mismo y sin tener nada más en cuenta”.

³⁹¹ El principio de autorresponsabilidad de las personas, se consolida como uno de los elementos más importantes del Derecho penal moderno, pues adquiere un valor trascendente como institución elemental de cualquier sociedad de libertades a la hora de fundamentar el castigo de los intervinientes en un delito. Como lo ha expresado JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho...”, p. 168; tal principio “constituye una configuración básica y asentada de la sociedad que abarca a *todas* las personas, y, en este sentido, una institución social que abarca a todos”.

que le permita su desarrollo personal”³⁹². Este reconocimiento de la capacidad de organización de las personas, conlleva también responsabilidad por las consecuencias de lo organizado, pues como sostiene LESCH: “libertad sin responsabilidad no es libertad *personal*, sino pura arbitrariedad”³⁹³.

Tales ideas redundan, además, en la existencia del Estado y del Derecho, pues ambos dependen del *sinlagma* mencionado. Si una persona se arroga un ámbito de libertad ajeno y, no obstante, no se le hace responsable de ello, esto significará para los demás miembros del grupo social que no existe obligación alguna de respetar las esferas ajenas, generándose y promoviéndose organizaciones arbitrarias que conllevarían afecciones a otras esferas, poniendo en tela de juicio la existencia misma del Estado y del Derecho.

Sin embargo, la sola presencia de la capacidad de autodeterminación y de la responsabilidad por el actuar propio de cada persona, no son suficientes para fundamentar la responsabilidad jurídico-penal. Las razones son las siguientes: a) se requiere la presencia de otros elementos de carácter normativo (por ejemplo, que se presente un hecho punible); b) no siempre la actuación en libertad y la consiguiente responsabilidad generan imputaciones penales y; c) la presencia de una actuación autorresponsable no decide el título de imputación.

En este marco, ZACZYK³⁹⁴ propone partir de una elaboración *a priori* del concepto de libertad como principio pre-jurídico y pretende hallar el funcionamiento del sistema dogmático de imputación jurídico-penal en esta determinación previa. Para ello, ZACZYK propone tres pasos en el proceso de incorporación -en términos jurídico-penales- del principio de autorresponsabilidad: a) debe formularse el fundamento de la idea de autorresponsabilidad constitutivo del ámbito jurídico de la persona (desvinculando la libertad del Derecho positivo); b) trasladar dicha idea al ámbito interpersonal³⁹⁵ y, por último, c) las conclusiones se deberán transportar al ordenamiento jurídico-penal, pues se

³⁹² BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994. p. 45. (Con cursivas en el original).

³⁹³ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 32. (Con cursivas en el original).

De igual forma, SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, “Estudios sobre los deberes positivos...”, p. 349; refiere: “Libertad de organizar, sin contraer responsabilidad, no es libertad, sino libertinaje”.

³⁹⁴ Cfr. ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Müller, Heidelberg, 1993, pp. 1-20.

³⁹⁵ En este ámbito, ZACZYK encuadra al sujeto actuante como libre (autorresponsable), frente a él ubica a otro sujeto (también autorresponsable) con la finalidad de observar si el actuar del primero respeta la libertad del otro; si la respuesta es positiva, posteriormente calificará dicho comportamiento como correcto.

sostiene que la creación de los cuerpos normativos aparece como generalización de la razón, el Estado es un elemento “para cerciorarse y asegurar” las esferas jurídicas (fundamentadas previamente) de los individuos por medio de la ley general³⁹⁶. Ulteriormente a la superación de estos tres escalones, se podrá plantear el principio de autorresponsabilidad como elemento del injusto en el campo dogmático-penal³⁹⁷.

De esta manera, una vez que el *sinagoga: capacidad de autodeterminación / responsabilidad por las consecuencias del actuar* es trasladado al ámbito jurídico-penal, obtenemos un *principio de responsabilidad por el propio injusto*, el mismo que se constituye no sólo como el núcleo de la teoría de la imputación de responsabilidad penal, sino también como el centro de gravedad del problema que se suscita cuando son varias personas las que toman parte en la realización de un hecho punible. Dicho principio, asimismo, articulado para su operatividad en el campo penal, posee una doble manifestación: *positiva* y *negativa*. La primera supone que cada sujeto responde únicamente de aquello que él ha configurado, es decir, de su propio injusto (responsabilidad penal por el quebrantamiento de expectativas mediante la infracción de deberes); mientras que la segunda implica la exclusión de la responsabilidad, es decir, sirve para garantizar la separación entre los ámbitos de responsabilidad individuales (exención de la responsabilidad penal de una persona por falta de vinculación normativa con la transgresión de deberes que corresponden a otras personas también autorresponsables)³⁹⁸. De ahí que, con ROBLES PLANAS, una persona es responsable sólo “por quebrantar los límites de la libertad de actuación jurídico-penalmente garantizada”³⁹⁹.

³⁹⁶ Cfr. ZACZYK, Óp. Cit., pp. 24 ss.

³⁹⁷ Cfr. ZACZYK, Óp. Cit., p. 19.

³⁹⁸ En sentido similar, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, p. 264; ha advertido que a la autorresponsabilidad suelen atribuírsele dos acepciones de naturaleza distinta. Por un lado, se hace referencia a las bases normativas que permiten fundamentar un ámbito de responsabilidad. Por otro, se alude con dicho concepto al establecimiento de los criterios precisos para decidir si una persona determinada, en una situación concreta, reúne las características personales necesarias para que se pueda afirmar que su conducta ha sido responsable y que debe por ello influir en la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor, es decir, se hace referencia al carácter responsable o no de un sujeto. Entonces, la autorresponsabilidad se debe determinar en “la atribución objetivo-normativo de un ámbito de administración y responsabilidad” a un sujeto.

Asimismo, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p. 162; ha señalado: “El principio de responsabilidad por el propio injusto, como manifestación de la idea de autonomía individual, tiene así un doble aspecto: positivo o fundamentador de la responsabilidad y negativo o excluyente de la responsabilidad”.

También, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 42; ha sostenido que el principio de autonomía o autodeterminación de los ciudadanos sirve para definir al ciudadano como tal “cuando detenta la competencia exclusiva sobre sus decisiones”. Es decir, que dicho principio “presupone el respeto de los ciudadanos al Derecho. Sin esa adscripción de respeto a las normas no sería posible que el Estado respetara esa competencia privativa del ciudadano para tomar decisiones y actuar de acuerdo con ellas. No es comprensible la libertad sin esa atribución de responsabilidad en virtud de un deber irrenunciable como ciudadano, como

Sobre lo manifestado en los párrafos precedentes, aludir al principio de autorresponsabilidad por el propio injusto significa, a mi juicio, considerar la concurrencia de determinados elementos mediante los cuales se articula todo proceso de imputación penal. En efecto, en la base de la relación existente entre la capacidad de organización y la responsabilidad por las consecuencias de lo organizado, el punto de partida será la existencia de una *posición de deber*, sobre ésta habrá que considerar la *organización* del sujeto o la manera en la cual administra su propio ámbito o espacio de libertad jurídicamente reconocido. Vinculado con este análisis, será necesario establecer si, en el caso concreto, los resultados que se han producido pueden ser atribuidos al sujeto y, por lo tanto, si es posible declarar su *competencia* sobre los mismos. Será básicamente sobre este último criterio, donde se centre la calificación de la relevancia penal o no de un comportamiento. A continuación nos referiremos a cada uno de los elementos esbozados.

b. Posición de deber, organización y competencia.

El *sinálgma*: *capacidad de autodeterminación / responsabilidad por las consecuencias* se encuentra presente en las conductas desplegadas por los ciudadanos en sociedad. Esto significa que la libertad que disponen aquellos no es ilimitada, es decir, no es una libertad natural, sino civil o jurídicamente reconocida. En tal sentido, el aceptar que los procesos de interacción personal suponen la existencia de una multitud de ámbitos de organización -los cuales se encuentran tan unidos unos a otros que la delimitación no es sencilla y por eso mismo se convierte en una tarea impostergable- significa que cada persona puede organizarse en el espacio que el Derecho le reconoce sin interferir en los ámbitos de organización de los demás, esto es, uno no puede pretender organizar –en forma general- en ámbitos en los que es a otro a quien le corresponde tal organización⁴⁰⁰. Ello es así, porque tras esta delimitación de campos de libertad, se encuentra la referencia a un deber jurídico, el mismo que, como ya se vio *supra*, es de corte negativo.

Ahora bien, en el contexto del Derecho penal moderno que tiene que hacer frente al fenómeno de las relaciones sociales altamente complejas, dinámicas y anónimas, los

persona en el Derecho. Hasta donde llega el reconocimiento de autodeterminación llega la responsabilidad". También, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 47.

³⁹⁹ ROBLES PLANAS, *La participación en el delito*, p.165.

⁴⁰⁰ CARO JOHN, "Conductas neutrales", p. 294; reconoce aquí un "principio general de organización", el mismo que "indica una esfera persona de responsabilidad que, al mismo tiempo, delimita jurídicamente los contornos de la libertad de actuar".

espacios de libertad de las personas deben responder a una organización elaborada jurídicamente. De esta manera, el primer elemento o criterio a tomar en consideración será la *posición de deber*⁴⁰¹ que tienen todos los ciudadanos en la sociedad y que se encuentra asociado al mandato *neminem laede*, el cual, asimismo, es la base sobre la que cada persona cumple con los deberes propios al ejercicio de una determinada función social. En efecto, dependiendo del entorno social en el cual tenga lugar el comportamiento de los sujetos, cada uno de éstos tiene una determinada función con distintas obligaciones (por ejemplo, el maestro de escuela tiene entre sus obligaciones educar adecuadamente a sus alumnos, asistir puntualmente a clases, informar a los padres de familia del avance de sus hijos, etc.), las que se erigen sobre la base de un deber jurídico de carácter negativo. De esta manera, la posición de deber de una persona supone un deber general negativo y deberes propios al ejercicio de una función e involucra la posibilidad de garantizar las condiciones mínimas para el desarrollo de una convivencia pacífica en sociedad. De esta forma, por ejemplo, un sujeto que por las mañanas se desempeña como mecánico, por las tardes como taxista y por las noches como padre de familia, tendrá en el ejercicio de cada una de estas funciones deberes ciertamente distintos, pero el único deber común a todas ellas será el que le prohíbe lesionar a los demás.

Sobre la base de observar dicha obligación común y general, cada una de las personas podrán organizarse libremente y serán los responsables de las consecuencias de su actuación (positivas y negativas), sobre todo –esto a interés del Derecho penal– cuando pretenden extender o extienden su ámbito de organización jurídicamente reconocido lesionando a un tercero. En efecto, la posición de deber supone que cada uno se auto-organice adecuadamente (cumpla las obligaciones propias de su función en la sociedad), sin infringir la relación negativa (¡no dañar a los demás!) que permite que su conducta se mantenga dentro de lo socialmente permitido. De ahí que, como ya hemos señalado, la posición de deber no sólo debe convertirse en un mecanismo general de interacción al permitir proyectar la identidad normativa de la sociedad, sino también debe ser tomada como base para la determinación de la responsabilidad jurídico-penal. Empero, no es suficiente con que concurra aquella para tal finalidad, pues se debe prestar atención a la forma en la que se han *organizado* quienes se encuentran involucrados en la

⁴⁰¹ Sobre este particular y la denominación de *posición de deber*, Cfr. CARO JOHN, “Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso”, p. 294.

realización de un ilícito penal y a la determinación del nivel de su *competencia* por la configuración del mismo, pues la imputación penal se fundamenta en el principio de autorresponsabilidad por el propio injusto⁴⁰².

Esto es así, porque ocurre frecuentemente que la responsabilidad por la lesión de un bien jurídico o el quebrantamiento de una expectativa normativa, no necesariamente puede recaer en quien se ha organizado de forma defectuosa, sino también en terceros, en la propia víctima o puede que ésta tenga que aceptar el mismo como obra del infortunio. Por ejemplo, una estudiante universitaria llega todos los días a las once de la noche a su casa (en donde vive sola), porque sus clases en la universidad concluyen a las diez. Para arribar a su domicilio, ella tiene que pasar necesariamente por una calle donde no existe buen alumbrado público, ni seguridad policial y donde frecuentemente se producen asaltos y robos a las pocas personas que la transitan. Tras cinco años de haber hecho el mismo recorrido después de sus clases en la universidad, la estudiante nunca sufrió atentado contra su vida o sus bienes, básicamente porque a la hora en la que ella arribaba a su casa una pareja de esposos sacaba a pasear por esa calle a sus dos perros Pit Bull, quienes, de alguna u otra manera, indirectamente le aseguraban un tránsito seguro a la muchacha en dirección a su hogar. Sin embargo, un día, tras volver de la universidad a la hora de siempre, la estudiante fue víctima de un robo por dicha calle, circunstancias en las que los esposos habían decidido no sacar a pasear a sus mascotas, porque estaba haciendo frío.

En el ejemplo propuesto, a efectos de determinar quién infringió el deber negativo –base de todos los deberes⁴⁰³– que causó la infracción penal, se podría afirmar que la organización defectuosa vinculada con el delito de robo es responsabilidad de los esposos que solían sacar a pasear a sus canes precisamente cuando la estudiante regresaba a casa o es la del municipio encargado del alumbrado de las calles, incluso puede ser la víctima responsable de su propio daño al no tener el cuidado que ameritaba la circunstancia o no quedaría más alternativa que atribuir el suceso a un infortunio que aquella tiene que soportar⁴⁰⁴.

Ello es así, en tanto, en el marco de una concepción de la responsabilidad penal basada en la idea de libertad normativizada⁴⁰⁵, la imputación a una persona por un injusto penal obedece a que es *competente* del hecho por su propia *organización*⁴⁰⁶ (o incluso en

⁴⁰² Al respecto, JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho...”, p. 86; es contundente: “la responsabilidad por injusto ajeno es un concepto imposible”.

⁴⁰³ CARO JOHN, “Conductas neutrales”, p. 300.

⁴⁰⁴ Cfr. JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal?”, p. 157. Este autor señala: “Responsabilidad de la víctima, de otro sujeto, de un tercero, desgracia; éste es el *numerus clausus* (prescindiendo de la competencia conjunta) de las modalidades de procesamiento de la pérdida de un bien”.

⁴⁰⁵ Cfr. MANTOVANI, “Libertad, responsabilidad jurídica y genes”, en: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha y Salamanca, Cuenca, 2001, p. 1138, quien ha precisado que una concepción normativa de la libertad debe ser tomada como un “principio regulador jurídico, como «postulado normativo», en base al cual, a los fines penales, los hombre (sic.) deben ser tratados como hombres libres y responsables”. También, FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 40; este autor expresa: “La libertad en sentido normativo tiene límites de los que carece la «libertad salvaje» del estado natural”.

⁴⁰⁶ En la interacción social se les reconoce a los sujetos un ámbito propio de administración, de configuración del mundo y en el que la generación de riesgos para lograr sus objetivos (construir viviendas, la conducción de automóviles, la explotación minera, etc.) es consentida, en tanto, surge el deber para que las personas desplieguen medidas tendentes a evitar que el peligro creado produzca daños a terceros. Esta competencia por la organización puede surgir de la existencia de: a) deberes de aseguramiento; b) deberes de salvamento

virtud de una competencia institucional). Ciertamente, la libertad organizativa en la propia esfera se torna en responsabilidad cuando ésta por ser defectuosa -sea por comisión u omisión- es el origen de peligros para la libertad organizativa de otros sujetos igualmente legitimados a su desarrollo⁴⁰⁷ (esto es, excluye la constitución de expectativas estables y la posibilidad de la existencia misma de una sociedad⁴⁰⁸). De ahí que, “en general, todo comportamiento organizador de un sujeto que «origine activamente» peligros para intereses ajenos, o que «no-asegure» aquellas fuentes de peligro que perteneciendo a la propia esfera amenazan intereses de terceros, queda sometido al principio de responsabilidad por el propio comportamiento originador de peligros para terceros”⁴⁰⁹. Esto, porque en un Derecho penal de tendencia normativista, la responsabilidad jurídico-penal no puede ser fundamentada a partir de un sistema que tiene criterios de índole ontológico o naturalista⁴¹⁰ (causalidad y evitabilidad), sino a partir de la *delimitación de ámbitos de competencia*⁴¹¹. Efectivamente, a excepción de los *deberes generales de*

en virtud de asunción y; c) deberes de salvamento por ingerencia. Cfr. JAKOBS, “La competencia por organización en el delito omisivo”, pp. 348-358.

⁴⁰⁷ Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007, pp. 26-27; quien ha señalado que el ordenamiento jurídico ha fijado unas determinadas *posiciones jurídicas* (o posiciones de garantes) para “evitar que determinados bienes o determinadas actividades pasen a formar parte de proyectos delictivos ajenos. Quien se coloca en esa posición jurídica está también especialmente obligado a velar por la conducta de los demás”.

Existe cierto grupo de casos en los que la posición de garante se encuentra fundamentada y deben responder por ello los garantes como infractores. En el primer grupo, se ubica la posición de garante respecto de la actuación de personas responsables que deberían estar bajo vigilancia, encerradas con el uso de la fuerza y no en el lugar del delito (el juez que deja en libertad a un recluso) o que no deberían estar realizando determinadas actividades por no estar capacitadas. Un segundo grupo lo constituye la posición de garante fundada con respecto a objetos o sustancias para cuyo uso, manipulación, tenencia o tráfico hace falta una autorización estatal especial y, por ello, no se encuentran al alcance de cualquier ciudadano (por ejemplo: armas de fuego, explosivos, sustancias asfixiantes, ciertas sustancias tóxicas, venenosas o perjudiciales para la salud, material radioactivo, etc.). Al respecto FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal, ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999, p. 92; ha señalado: “La posición de garante no tiene nada que ver con la mayor o menor peligrosidad de los objetos que se transmiten o que no se custodian, sino que depende de la constitución de una determinada sociedad o de los deberes que se derivan de un determinado ordenamiento jurídico”. Así, por ejemplo, en algunos países no hay límites para vender vehículos de motor a personas que no tienen licencia.

⁴⁰⁸ Cfr. JAKOBS, “La competencia por organización...”, p. 347.

⁴⁰⁹ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, p. 53.

⁴¹⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 367-368. Este autor ha puesto de manifiesto que los sistemas ontológicos “son, casi por necesidad, sistemas cerrados. En efecto, se elaboran «a priori» a partir de una idea rectora -que no se cuestiona- y de la que se extraen por vía deductiva todas (sic.) los enunciados de rango inferior, cuyo contenido no puede modificarse en atención a las consecuencias jurídicas que produce. De ahí que, por otro lado, aparezcan como sistemas meramente clasificatorios, que abstraen hasta la obtención de la idea más general como categoría básica y luego la van concretando por la adición de sucesivas características; de ellos se ha señalado que reproducen el modelo de clasificación botánica ideado por LINNEO”.

⁴¹¹ En la doctrina nacional ha desarrollado esta idea URQUIZO OLAECHEA, “El concepto de autor”, p. 586, resaltando el respaldo constitucional del principio de autorresponsabilidad. Manifiesta URQUIZO que: “De lo consagrado por los artículos 1 y 2 [inciso 1°] de la Constitución surge la exigencia que la connotación jurídica

*solidaridad*⁴¹², todo lo demás que sea ajeno al ámbito de competencia de una persona, no le podrá ser imputado.

Ahora bien, en caso se demuestre que el sujeto cuyo comportamiento se analiza tiene la competencia por la lesión o la puesta en peligro de un interés jurídico-penalmente protegido, será necesario concretar el juicio de atribución utilizando los criterios elaborados por la *teoría de la imputación objetiva*, cuyo notable desarrollo alcanzado hace posible reconducir y someter el análisis de la intervención en el delito a los mismos criterios de valoración que se manejan en la doctrina de la imputación objetiva⁴¹³, en especial, de la conducta⁴¹⁴. En ésta, para saber si una persona es o no responsable de la realización de un hecho punible, lo que debemos hacer es determinar –además de la concurrencia de la posición de deber– si tal persona es competente o no (por su actuación) de la creación del riesgo no permitido que hace posible la producción del resultado.

De esta forma, podemos afirmar que en el Derecho penal, el principio de responsabilidad por el propio injusto implica la existencia de una posición de deber que involucra tanto un deber general negativo como deberes propios al ejercicio de una determinada función social y que se manifiestan en la relación organización-competencia. En consecuencia, a efectos penales, cada persona sólo debe responder en la medida que su propia conducta –activa u omisiva– suponga el quebrantamiento del deber negativo a través de la vulneración de los deberes que pertenecen a su esfera de competencia⁴¹⁵ y, *contrario sensu*, no deberá responder en la medida en que su comportamiento –nuevamente activo u omisivo– no infrinja los deberes de los cuales es competente, y con ello, no atente contra la obligación negativa que los trasciende.

de los injustos de autoría pasan por reconocer al individuo un ámbito de libertad en el que pueda organizar sus comportamientos. Dicho de otro modo, en nuestro acervo cultural, la configuración de los injustos penales -de autores y partícipes- implica reconocer a cada persona un ámbito de autodeterminación, porque sólo así se puede exigir, como contrapartida, que cada cual debe responder por su propia conducta”.

⁴¹² Aquellos que sirven de base a los delitos de omisión de socorro. Su fundamento radica en quebrantar el deber de solidaridad mínimo para con los demás que tiene todo ciudadano.

⁴¹³ Cfr. ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito*, pp. 115-116; BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva, Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001, pp. 16-17 y 147-149.

⁴¹⁴ Para JAKOBS, la teoría de la imputación objetiva se divide en dos niveles: a) *imputación objetiva de la conducta*, en la que adquiere relevancia la calificación del comportamiento como típico e b) *imputación objetiva del resultado*, en el que importa la constatación que el resultado producido queda explicado por el comportamiento objetivamente imputable. JAKOBS propone en el primer nivel cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales debe configurarse el juicio de tipicidad: *riesgo permitido*, *principio de confianza*, *prohibición de regreso* y *actuación a riesgo propio de la víctima*.

⁴¹⁵ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 68.

c. Participación en el delito desde un punto de vista normativo-valorativo.

En la actualidad existe una tendencia doctrinal que busca interpretar los institutos jurídicos desde planos normativo-valorativos, alejándose de una fundamentación de corte ontológico o naturalista. Uno de los tantos motivos para sustentar dicha pretensión, radicaría en comprender que el contexto social en el cual nos desenvolvemos se caracteriza por la presencia de procesos de interrelación altamente dinámicos y complejos en los que resulta imposible un *reconocimiento individualizado* entre los sujetos.

Al respecto, LAMPE ha criticado que hasta ahora “la dogmática penal ha reaccionado frente a todo tipo de delincuencia sistémica⁴¹⁶ con un instrumentario hecho a la medida del autor individual. Sus categorías fundamentales –acción individual, resultado social y la causalidad que los vincula- resultan sumamente simplistas en relación con la complejidad de los supuestos de hecho a enjuiciar⁴¹⁷.”

A diferencia de lo que podía haber sucedido en los centros urbanos de la antigüedad, caracterizados por la presencia de un pequeño número de pobladores y en donde el comportamiento del otro podía ser interpretado en atención a su sentido subjetivo (el cual en aquel contexto sí se podía conocer), hoy, en una sociedad pluralista, el modo masivo en que se desenvuelven los contactos sociales hace que éstos sean anónimos en su mayoría, tornando casi imposible acceder de modo directo a la subjetividad de cada uno de los seres humanos, a la configuración individual de la vida de cada uno⁴¹⁸.

Esta eventual inviabilidad del reconocimiento individual puede ser subsanada -y por ende posibilitarse el desarrollo social- si se tiene como fuente a las *normas* por las cuales se constituyen las personas y que, a manera de su mundo vinculante, se encuentran en el medio de sus relaciones⁴¹⁹. Como ya indicamos *supra*, estas normas determinan la comunicación y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo⁴²⁰. Así, desde el punto de vista de la sociedad, no son las personas las que

⁴¹⁶ LAMPE, Óp. Cit., p. 97; alude como tal a las cuatro formas diferentes en las que se presentan los sistemas de injusto: “como unión de personas criminales dirigida a un fin; como agrupación criminalmente constituida; como empresa económica con tendencia criminal y como Estado o institución criminalmente pervertida”.

⁴¹⁷ LAMPE, Óp. Cit., p. 101.

⁴¹⁸ Con JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal?”, p. 163; “(d)entro de una familia se puede conocer cómo administran los demás los riesgos, y, en caso de necesidad, «ponerse a cubierto»; en una sociedad anónima esto queda excluido.”

⁴¹⁹ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal*, p. 41.

⁴²⁰ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 80.

fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino es ésta la que pasa a definir a los individuos como personas⁴²¹. De esta manera, cuando en el Derecho penal funcional la persona se define a través de lo colectivo, es decir, de las normas, no se está haciendo referencia a la persona en cuanto naturaleza⁴²², sino en relación con su significado para el Derecho⁴²³.

En efecto, en una vida social en la que los contactos anónimos son absolutamente frecuentes, los pocos datos que disponemos de las otras personas se refieren a su deber de respetar las normas jurídicas. Empero, ello no significa que desaparezcan como individuos, sino que sólo tenemos en cuenta su dimensión social como personas⁴²⁴.

⁴²¹ Así, de acuerdo con lo defendido en el Derecho penal por JAKOBS, es posible reconocer la existencia de dos tipos de procesos de comunicación: instrumental y personal. La primera, hace referencia a la presencia de un sujeto que se desenvuelve de acuerdo a un código: **satisfacción / insatisfacción** o conforme a un esquema subordinado a éste: *estímulo muscular / inacción*. Tal código implica la traducción de las necesidades corporales del individuo, lo que le permite administrar el mundo exterior, buscando eliminar sus estados de insatisfacción. Además, en este mismo marco, el sujeto se ve como administrador absoluto de todo su entorno, siendo que todo lo que ocurre a su alrededor se encuentra determinado por su psique. Lo particular en esta referencia que el sujeto tiene de su mundo, es que aquél no puede verse a sí mismo, en tanto, la presencia de otros sujetos parecidos a él no deja de estar dominado por el código antes mencionado. De esta manera, el individuo que se encuentra con otros semejantes a él y que reconoce en ellos una constitución distinta a la de las plantas o una piedra, intentará domesticarlos o *máxime* establecer una colaboración útil según las relaciones simbióticas. Pero aquí, aún no es posible hablar de la presencia de un mundo objetivo común, ni de un reconocimiento racional del otro como igual, es decir, de la existencia de un sujeto interpretado socialmente, esto es, de una *persona*.

Por su parte, la denominada *comunicación personal*, surge sobre la base del conocimiento de la existencia de otros individuos iguales o centros preferenciales (aunque referido básicamente a una composición física). Se trata del origen de un *nuevo mundo*, pues el sujeto ya reconoce a los otros como iguales a sí mismo y, a partir de ello, ya puede verse a sí mismo. En términos de JAKOBS, la relación con al menos otro individuo no se basa solamente en las propias preferencias, sino que se define mínimamente mediante una regla independiente de ellas, de tal manera que el otro puede invocar esa regla. Aquella es una norma social en sentido estricto, pues su infracción significa elegir una configuración del mundo de cuya toma en consideración había sido precisamente exonerado el otro. Esto implica que el sujeto ya no se ve como un centro de administración de sus propias referencias, sino que va a emprender actividades que solamente tienen sentido en relación con los demás.

Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, pp. 69-85; él mismo, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, p. 8. También, RADBRUCH, *El hombre en el Derecho*, traducción de Aníbal Del Campo, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 25; quien afirma: "El hombre en el derecho no es ya en lo sucesivo el Robinson o Adán, no es ya el individuo aislado, sino el hombre en sociedad, el hombre colectivo".

⁴²² Cfr. RADBRUCH, *El hombre en el Derecho*, p. 17. Este autor apunta: "Un ordenamiento jurídico no puede ser recortado sobre el hombre real, individual, que transita por la tierra, sobre todos sus caprichos, humores, spleens, sobre el vasto herbario de plantas raras que llamamos humanidad".

⁴²³ Cfr. MONTEALEGRE LYNETT/PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal, Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 21.

⁴²⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas", en: *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 285.

En la concepción de persona a la que hacemos referencia, se debe entender que se toma en cuenta una orientación funcionalista del Derecho penal, lo que significa que si su misión consiste en mantener la configuración normativa de la sociedad, a la persona -en tanto definido desde lo social- se le debe asignar la obligación de fidelidad al Derecho, esto es, el deber de no delinquir. En contrapartida con dicha obligación, se le concede el derecho de poder conducirse en libertad dentro de un ámbito de organización que le reconoce la

Precisamente, entre éstas es donde se determina a quién le compete un curso lesivo: al autor, a un tercero o a la víctima⁴²⁵, en tanto, las expectativas garantizadas jurídicamente sólo se ven defraudadas por una conducta objetivamente defectuosa, sin tener en cuenta aspectos individuales. Efectivamente, como ya hemos indicado *supra*, en un Derecho penal de características funcionalistas, los procesos de imputación se determinan por la correlación entre la organización personal y la competencia por lo organizado. De esta manera, como ya también se manifestó, el *principio de autorresponsabilidad por el propio injusto*⁴²⁶ se consolida como uno de los elementos más trascendentales del Derecho penal moderno, pues adquiere un valor relevante como institución elemental de cualquier sociedad de libertades al momento de fundamentar el castigo tanto de autores como de partícipes.

Lo afirmado en el párrafo precedente, no genera mayores dudas cuando el punto de análisis es el comportamiento delictivo de una sola persona o autor único (por ejemplo, el sujeto que le arroja agua recién hervida a su esposa mientras duerme, causándole graves quemaduras). Empero, el análisis deja dicha sencillez inicial, cuando nos encontramos ante supuestos en los cuales para la realización de un hecho delictivo concurren una pluralidad de sujetos (por ejemplo, un sujeto que deja sin asegurar la puerta de un condominio, a fin que otras dos personas puedan ingresar a una vivienda donde reside una pareja de ancianos, para robar y asesinarlos). En estos supuestos es necesario determinar el objeto de referencia del principio de responsabilidad por el propio injusto, es decir, si su referente se sitúa en la idea de una sola persona o puede incluirse bajo el mismo las conductas que despliegan un grupo de individuos hacia una idéntica finalidad.

Al respecto, cabe señalar que el principio de responsabilidad por el propio injusto debe ser entendido de manera normativa, en el sentido que “comporta el establecimiento de esferas de organización jurídicamente reconocidas de cada persona”⁴²⁷, abandonando todo tipo de consideraciones cargadas de ontologismo⁴²⁸. Ello debe ser así, porque la responsabilidad por las consecuencias del actuar injusto no involucra *necesariamente* el

sociedad. Ello significa que a partir del cumplimiento de su deber, la persona es beneficiada con un derecho a la libertad de actuación, siendo el marco común para todo ello, un reconocimiento recíproco entre los sujetos como personas en Derecho con determinadas expectativas.

⁴²⁵ Cfr. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, p. 53.

⁴²⁶ Para JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho...”, p. 168; el principio de autorresponsabilidad, “constituye una configuración básica y asentada de la sociedad que abarca a *todas* las personas, y, en este sentido, una institución social que abarca a todos”.

⁴²⁷ ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito*, p. 165.

⁴²⁸ Como lo apunta ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito*, p. 164; “sólo un entendimiento no exclusivamente naturalístico, sino esencialmente normativo logra armonizar la noción de responsabilidad por las consecuencias de la propia conducta con la de otros sujetos igualmente autorresponsables: la presencia de un sujeto que actúa de manera autorresponsable no lleva siempre a negar la posibilidad que responda el sujeto de detrás, ni como autor ni como partícipe. Que fenomenológicamente sea ésta la situación normal no implica que deba ser siempre así”.

actuar de propia mano, pues el *actuar responsable* de un sujeto se puede manifestar también *indirectamente* mediante la exteriorización por parte de un tercero o cuando aquella puede ser la única manifestación relevante del actuar⁴²⁹.

Respecto de la primera forma puedo proponer el siguiente ejemplo: un compositor que ha elaborado una sonata para un afamado pianista, quien la ejecuta magistralmente, también es responsable de aquella interpretación, porque en la ejecución del pianista se exterioriza su trabajo. Lo mismo sucede con el ayudante de una panadería que prepara la masa que el panadero convertirá en un delicioso pan, pues en éste se manifestará parte del trabajo del ayudante.

En relación con la segunda forma, el trabajo del compositor o del ayudante de panadería se presentará como relevante cuando el pianista ejecuta la composición en un concierto o cuando el panadero vende el pan a un cliente.

En el Derecho penal de hoy, la responsabilidad por las consecuencias del propio actuar ya no debiera ser entendida en clave físico-natural o eminentemente causalista. Esta perspectiva debe ser abandonada y reemplazada por una visión normativa del principio de responsabilidad por el propio injusto⁴³⁰, mediante el cual se entiende que el injusto típico no sólo le pertenece al autor, sino también se le atribuye como propio al partícipe. La competencia de este último por la intervención en el delito, no surge ni de la responsabilidad del autor ni de la aportación aisladamente considerada, sino de la puesta en relación de su conducta con el único suceso por el que hay que responder: *el hecho típico*⁴³¹. En efecto, el suceso típico pertenece además del autor también al partícipe, en la medida que éste con su conducta ha dispuesto una razón para que se le impute el injusto penal como propio. De lo que se trata es de establecer una relación de sentido -de carácter normativo- necesaria para entender el injusto del autor también como propio del partícipe⁴³².

⁴²⁹ ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito*, p. 164.

⁴³⁰ Cfr. FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, p. 259. Este autor denomina a esta posición como la *teoría de los ámbitos de responsabilidad*, sosteniendo que se trata de una idea “de gran plasticidad y también coherente, desde el punto de vista pedagógico-social, como modelo expositivo de la conducta jurídicamente exigida que apela a la responsabilidad del individuo”. Sin embargo, critica su inidoneidad en tanto se trata del empleo de un criterio sumamente difuso y que todavía necesita de la aplicación de pautas de índole normativo. Según lo entiende FRISCH, este *topos* de los *ámbitos de responsabilidad* resulta siendo infructuoso, pues al no tratarse de un fenómeno social perceptible no le abre la posibilidad a los encargados de aplicar el Derecho de conocer los límites de la conducta desaprobada.

⁴³¹ Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, p. 17; GARCÍA CAVERO, *Óp. Cit.*, pp. 582-583.

⁴³² Cfr. ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, p. 180.

Este modelo de imputación con bases normativo-objetivas⁴³³, a mi juicio, da lugar a mejores resultados y consecuencias en el tratamiento de las formas de intervención en el delito. Ello es así, porque los tipos penales recogidos en el Libro Segundo del CP peruano y en las leyes penales especiales⁴³⁴ no regulan exclusivamente la conducta del autor de un delito, sino simplemente fijan “en qué consiste una perturbación social (hecho penal) - que en su caso también puede ser realizado por varios intervinientes”⁴³⁵. En tal sentido, puede afirmarse que los tipos penales no describen -al menos en principio- al autor⁴³⁶ y, por ende, no cabe diferenciar en dicho espacio entre autor y partícipe, sobre todo cuando

⁴³³ En la doctrina penal, DIETHELM KIENAPFEL, citado por LÓPEZ PEREGRIN, Óp. Cit., pp. 36-54 y DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 65; ha propuesto uno de los más serios intentos por “revalidar” el concepto unitario de autor, a través de lo que él denominó *concepto unitario funcional de autor*. Para este autor, el “tradicional” concepto unitario, ante las dificultades que suponía encontrar criterios de diferenciación adecuados para clasificar la coinervención como autoría o participación, optó por un criterio de *simplificación*, esto es, considerar a todos los intervinientes que hayan realizado una aportación al hecho como *autores* del mismo. Con ello se lograban superar las dificultades que se planteaban en los sistemas diferenciadores al intentar clasificar cada aportación al hecho punible en cada una de las rígidas categorías dogmáticas (autoría y participación). Asimismo, se neutralizaban las *lagunas de punición* originadas por la aceptación del principio de accesoriadad. Por consiguiente, a partir de considerar a todos los intervinientes como autores es que se aplicaba un único marco penal (el previsto en la PE para el delito cometido), dentro del cual la determinación de la pena concreta para cada uno de los sujetos participantes se establecía no por su relación con los demás, sino *en base a su propio injusto y según su propia culpabilidad*.

De forma paralela a esta perspectiva *formal* del concepto unitario de autor, KIENAPFEL propuso un *concepto unitario funcional de autor*. Éste, más que un concepto era un sistema y se diferenciaba del concepto unitario formal (donde *a priori* no era posible diferenciar entre autores y partícipes), porque ofrecía la posibilidad de reconocer distintas formas de intervención en el hecho. En esta misma línea, la propuesta de KIENAPFEL también se oponía a lo planteado por las teorías diferenciadoras, pues en ellas no se establecía una distinción en sí, sino que se diferenciaba al partícipe a partir de la concepción de su conducta como accesoria y dependiente a la del autor. En el concepto unitario funcional no se reconocía esa relación de dependencia, sino la existencia de *diferentes formas de comisión del hecho en autoría*. Ello quiere decir que a pesar de la inclusión de una conducta de intervención en una categoría o en otra, todas ellas recibirían un tratamiento penal igualitario. La idea central de esta propuesta fue denominada *doble naturaleza de la intervención* y se refería tanto a la distinción dogmática entre las formas de intervención como al problema de la determinación de su importancia en el caso concreto, esto a efectos de medición de la pena.

En definitiva, lo que la concepción unitaria planteaba era una interpretación amplia del tipo y una renuncia al principio de accesoriadad (sólo se admitía como posible una accesoriadad fáctica, en el sentido que las conductas de los participantes en el hecho se complementaban entre sí para producir entre todas el resultado delictivo), estableciéndose el principio de *responsabilidad autónoma y la igualdad de todos los intervinientes* en el hecho punible.

LÓPEZ PEREGRIN, Óp. Cit., p. 56; grafica esta posición unitaria de la siguiente manera: “A da una pistola a B, con la que éste mata a C. Para A es relevante la conducta de B en cuanto que en combinación con la suya propia, ha producido la muerte de C. No es posible entender su conducta (entrega de un arma) si no la ponemos en conexión con la otra (producción de la muerte). A eso nos referimos con accesoriadad fáctica. Lo que es irrelevante en un sistema unitario para determinar la responsabilidad penal de A, siguiendo con el ejemplo anterior, es si B disparó dolosa o imprudentemente, si actuaba o no en legítima defensa, etc. Es decir, a A le afecta la *acción* de B, pero no la *calificación jurídica* de ésta”.

⁴³⁴ Por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 1106 (*Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado*), la Ley N° 28008 (*Ley de los delitos aduaneros*) y su modificatoria con el Decreto Legislativo N° 1111, entre otros dispositivos legales.

⁴³⁵ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 66. En el mismo sentido, ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices*, pp. 21-22.

⁴³⁶ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 66.

–como hace JAKOBS- se sostiene que la participación es una forma de “autoría menguada”⁴³⁷.

Lo expresado en el párrafo anterior, tiene relación con una concepción de la función del Derecho penal como protección de la vigencia de las normas⁴³⁸ y del delito como infracción de un deber (general negativo o especial positivo) y con ello como defraudación de expectativas (y no como un ataque externo-causal a bienes jurídicos). De esta manera, en los supuestos de intervención en un hecho punible, la actuación de autor y partícipe debe ser reconocida como *el único hecho de un colectivo*⁴³⁹. Con ello se posibilita imputar el injusto como propio no sólo a quien lo ejecuta, sino también a quien sólo intervino en acciones preparatorias o en parte de la ejecución, pues con esta forma de comprender el injusto nos hallamos “ficticiamente” ante un único sujeto de la acción, precisamente al que el tipo penal designa como “*el quien*” de la ejecución típica⁴⁴⁰.

Desde esta interpretación de corte normativo, puede sostenerse que los tipos penales no establecen diferencia *cualitativa* alguna entre autoría y participación, con lo cual adquiere relevancia la idea que un sujeto se convierte junto con otros en parte de un colectivo⁴⁴¹ y por ello le incumbe la acción del mismo⁴⁴². Dicho colectivo se encontrará constituido por todas las 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 serles imputada a estos sujetos como el sentido que ellos mismos perseguían. De este círculo forma parte tanto el

⁴³⁷ JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 794 párr. 1.

⁴³⁸ Como ha graficado LESCH, *Intervención delictiva*, pp. 85-86; “las normas, como estructuras simbólicas generalizadas, no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación. El derecho penal hace frente, por tanto, a aquel conflicto que es suscitado por el lado comunicador del hecho. Para la explicación del injusto penal lo que interesa pues, no es la valoración de los sucesos del mundo exterior causal, sino sólo el significado para la validez de la norma de los sucesos del mundo exterior”. De esta forma, por ejemplo, en el delito de homicidio lo relevante no está en el dominio del sujeto sobre la acción de matar, sino en la infracción del deber de no atacar contra la vida de otro.

⁴³⁹ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 57; SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”, pp. 74-75.

⁴⁴⁰ Cfr. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 58.

⁴⁴¹ En la base de esta idea, se halla la concepción de JAKOBS acerca del injusto como una expresión *colectiva* de sentido incompatible con la norma. Esta formulación ya estuvo presente en WELZEL, “*Estudios sobre el sistema de Derecho penal*”, p. 32; en un momento previo a la subjetivización del finalismo y en relación con la formulación originaria de la teoría de la adecuación social, conforme a la cual aquella no debe entenderse como causación, sino como una expresión de sentido.

⁴⁴² En la doctrina española, LÓPEZ PEREGRIN, *Óp. Cit.*, p. 110; reconoce que tanto el sistema unitario como el diferenciador tienen falencias. Empero, el sistema unitario tiene como mayor desventaja que conduce a una excesiva punición, pues convierte en punibles conductas ya muy alejadas de la lesión del bien jurídico. Asimismo, atendiendo a las consecuencias que se arriban con uno u otro sistema, señala que el diferenciador es preferible, pues es “más fácilmente conciliable con el principio de intervención mínima y el de legalidad, por permitir una delimitación más exacta y estricta de las conductas típicas”.

inductor como el cómplice; mientras que el ejecutor sólo conforma un caso especialmente drástico: para quien quebranta el rol esta acción siempre tiene objetivamente sentido, pero no por ser él el último en realizar un movimiento corporal, sino porque configura su organización -al igual que lo hacen todos los intervinientes- de tal manera que tiene sentido para alcanzar consecuencias objetivamente delictivas⁴⁴³.

Con esta forma de concebir el injusto penal, puede verificarse la existencia de una *relación directa* entre el deber general de no dañar o lesionar (*neminem laede*) y los tipos penales de la PE del CP. Efectivamente, todos los sujetos que son competentes de la realización de un delito, habrán infringido tal obligación de forma inmediata. Ello es así, en tanto se trata de conductas que comportan una unidad de acción o que poseen un solo sentido delictivo, el mismo que se manifiesta en una negación del respeto para con la norma penal, siendo que con ello todos los intervinientes reclaman la pertenencia por el todo del hecho⁴⁴⁴. De esta manera, *el hecho principal tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe, quedando así salvaguardado el principio de responsabilidad por el propio injusto*.

Sobre la base de lo expresado en el párrafo anterior, habrá que sostener que la diferenciación entre autores y partícipes obedecerá al peso de la intervención (criterio *cuantitativo*) y a la manera cómo han sido caracterizados en los artículos pertinentes de la PG del CP relativos a las formas de intervención en una infracción penal (arts. 23º, 24º y 25º CP peruano). Para tal finalidad también aquí serán de utilidad los criterios empleados en la imputación objetiva, en particular, el criterio de la *prohibición de regreso*, entendido como consecuencia del principio de autorresponsabilidad⁴⁴⁵.

Significa todo lo afirmado hasta aquí evitar todo intento por delimitar las formas de intervención en el delito a partir del *concepto restrictivo de autor*, pues la diferenciación *cualitativa* que opera en éste entre autores y partícipes, se localiza en el plano de la *tipicidad* y tiene como consecuencia que “cuando se identifica el hecho del autor con la realización típica queda tan sólo una *definición negativa* de la participación: participación es la no ejecución propia del hecho, es decir, en cualquier caso algo cualitativamente

⁴⁴³ JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 152-153.

⁴⁴⁴ Cfr. GARCÍA CAVERO, *Óp. Cit.*, p. 585.

⁴⁴⁵ Cfr. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 55.

Al respecto, MARAVER GÓMEZ, “Concepto restrictivo de autor”, pp. 468-469; ha señalado que dicho principio al encontrarse relacionado con la necesidad de delimitación normativa y objetiva de ámbitos de responsabilidad, “es un criterio perfectamente idóneo para operar dentro de la teoría de la imputación objetiva y permitir diferenciar a quienes son autores de quienes no lo son”.

distinto de la autoría⁴⁴⁶. Sin embargo, una responsabilidad por *injusto ajeno* es inviable a causa del principio de autorresponsabilidad por el propio injusto. En tal sentido, siguiendo en esto a LESCH, “(l)o que se quiere decir con el concepto restrictivo de autor concierne sencillamente a la definición de ejecución, es decir, a la limitación del comportamiento típico a aquel comportamiento (imputable) que ha causado de forma *inmediata* el resultado típico, sin mediación de otra acción posterior imputable. Esta definición restrictiva de la ejecución no prejuzga sin embargo de qué forma deben delimitarse entre sí autoría y participación⁴⁴⁷”.

Ello implica, asimismo, que la *teoría del dominio del hecho* -que también establece una diferenciación *cualitativa* entre autores y partícipes- debe ser sustituida por otro u otros criterios al no adecuarse a un sistema normativista de imputación en el que la atribución de responsabilidad penal no es entendida como un suceso causal del mundo exterior. Sobre ello trataremos en el siguiente acápite desde el plano de la coautoría.

Finalmente, cabe hacer algunas precisiones en torno al rol que en esta comprensión teórica desempeña el *principio de accesoriedad*⁴⁴⁸ de las formas de intervención en el delito. A mi juicio, si bien dicho principio cumple un papel importante en la participación criminal, pues es el encargado de establecer la relación de dependencia o subordinación del partícipe respecto del autor, no se le puede emplear como criterio decisivo para *fundamentar la punibilidad* de los partícipes. En tal sentido, la respuesta a la pregunta *¿por qué se imputa al partícipe el mismo injusto que al autor?*, no puede ser obtenida sobre la base de dicho principio, sino -como ya se expuso- a partir del instituto del *neminem laede* y el principio de responsabilidad por el propio injusto.

⁴⁴⁶ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 46. (Las cursivas son nuestras).

⁴⁴⁷ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 56.

⁴⁴⁸ Tradicionalmente la participación criminal es concebida como necesariamente accesorio, es decir, dependiente de la existencia de un hecho principal. Se sostiene que tal accesoriedad no es “producto de la ley”, sino que se encuentra en la naturaleza misma de la cosa, pues complicidad e instigación presuponen conceptualmente “algo” al cual se prestan. Cfr. BOCKELMANN, *Óp. Cit.*, p. 7; PEÑARANDA RAMOS, *Óp. Cit.*, p. 326.

De esta manera, se sobreentiende que la ley no puede pretender eliminar estas diferencias básicas, porque ellas no surgen como producto de la voluntad legislativa, sino que se trata de “formas de apariciones reales de la mencionada existencia comunitaria”, en tal sentido, la ley positiva “puede desdibujarlas y encubrir las de forma terminológica, pero no puede modificar su contenido”. Cfr. WELZEL, “Estudios sobre el sistema de Derecho penal”, p. 83.

En definitiva, la necesidad del principio de accesoriedad como relación de dependencia de la participación con respecto al hecho principal (realizado por el autor), obedece a que “no se puede hablar de participación sin referirse al mismo tiempo a aquello en lo que se participa” (Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *Óp. Cit.*, p. 326), pues “tomar *parte* presupone, primero, un *todo*; y segundo, que a la realización del todo contribuya más *de una persona*” (Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Óp. Cit.*, p. 74).

Desde nuestro punto de vista, si la accesoriedad tiene un valor para la participación criminal, es el de constituirse como *requisito* para la determinación de cuándo imputar al partícipe, es decir, con dicho principio se pone atención a la manera en la que se limita la responsabilidad de aquél, advirtiendo que ésta se encuentra estrechamente vinculada con la actuación del autor y exigiendo, necesariamente, que el comportamiento del partícipe cumpla determinados requisitos (accesoriedad *cualitativa* y *cuantitativa*)⁴⁴⁹. Por lo tanto, la actividad del partícipe sólo podrá ser objeto de imputación jurídico-penal, si existe un autor principal y se ha realizado un hecho cuyo significado es el de quebrantar una expectativa normativamente institucionalizada. De ahí que en el marco de la comprensión de la intervención en el delito como realización colectiva del tipo, la accesoriedad, reinterpretada en clave normativa, opera trasladando a la conducta de participación el injusto típico llevado a cabo por el autor, en tanto, con su conducta el partícipe ha dispuesto un motivo para “reclamar” dicho injusto también como suyo, con lo cual se deja de lado la comprensión que veía en la conducta del partícipe una intervención en un “injusto ajeno”.

II. ¿Es el cómplice primario un coautor?

1. Coautoría y complicidad primaria en la doctrina del dominio del hecho de bases ontológicas.

Conforme ha puesto de relieve LESCH, como la teoría del dominio del hecho considera únicamente autor a quien tiene el *dominio sobre el suceso conjunto*, ROXIN creó la figura del *dominio funcional del hecho* para defender a aquella contra la acertada objeción formulada por SCHROEDER según la cual **cada coautor domina su parte en el hecho delictivo, pero no el suceso en su conjunto**⁴⁵⁰. En efecto, según ROXIN, “lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás”, lo que significa que si bien el coautor “no tiene por sí solo el dominio total del hecho”, “tampoco ejerce un dominio parcial”, pues “el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho

⁴⁴⁹ Cfr. MARAVER GÓMEZ, “Concepto restrictivo de autor”, p. 482.

⁴⁵⁰ Cfr. LESCH, *Gemeinsamer Tatentschluss als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, JA, 2000, p. 75.

global⁴⁵¹. Por tanto, conforme la opinión de ROXIN, el dominio completo del hecho en la coautoría debe recaer en “las manos de varios” y no sobre cada autor de manera individual⁴⁵².

En la misma línea de argumentación y frente a la idea según la cual el criterio del dominio del hecho no se puede aplicar para caracterizar a cada uno de los coautores como autor, en el sentido que cada uno tenga dominio sobre el suceso en su conjunto, ROXIN recurre, además, a otro criterio: la *teoría de la necesidad*⁴⁵³. Conforme a ésta, quien realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual éste no se habría podido ejecutar, debe ser equiparado a quien ejecuta el hecho de propia mano⁴⁵⁴. A decir de ROXIN, esta teoría “se limita a la distinción entre coautoría y complicidad”⁴⁵⁵.

En la doctrina alemana, FEUERBACH también se refirió a la teoría de la necesidad cuando analizaba las “distinciones en la causalidad de la actuación respecto del resultado ilícito”⁴⁵⁶. Sostenía que toda infracción presupone una determinada persona como *causa efectiva* llamada autor. En ese sentido, el autor podía ser *causa mediata* o *inmediata* del delito. La primera lo sería por cometer el crimen por sí mismo (autor físico); mientras que la segunda por cuanto el crimen de otro ha tenido como causa su actividad intencionalmente dirigida a darle origen. Esto último sería posible de dos maneras: a) a través de determinar intencionalmente la voluntad de otro para la comisión del crimen como ocurre con el autor mediato y el intelectual, b) mediante “la supresión intencional de obstáculos, sin lo cual hubiese sido imposible, en general o en las particulares circunstancias, la efectividad externa de una voluntad ajena ya determinada al hecho”, incluyéndose aquí al **cómplice principal**⁴⁵⁷. Ello es así, pues para FEUERBACH, “junto a cualquier causa son posibles las concausas, que puede operar sobre la gestación de un determinado resultado mediante la facilitación de la causa principal, bien pueden otros también tomar parte en la infracción del autor ... con acciones de naturaleza tal que, aunque por sí mismas no hubiesen producido el crimen, cooperen en su gestación favoreciendo la efectividad del autor”⁴⁵⁸.

Por lo tanto, según ROXIN, coautor es “todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene

⁴⁵¹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §308, pp. 307-308.

⁴⁵² Cfr. LESCH, *Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, p. 76.

⁴⁵³ Cfr. LESCH, *Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, p. 76.

⁴⁵⁴ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §8, p. 58.

⁴⁵⁵ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §8, p. 61.

Al respecto, PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 346; ha sostenido que el criterio de la esencialidad ha sido tomado del dominio funcional del hecho, pero sacado éste totalmente fuera del campo de la coautoría.

En nuestra doctrina, comentando el CP peruano de 1863 –en el cual se incluía por primera vez la complicidad primaria– VITERBO ARIAS, *Óp. Cit.*, p. 152; afirmó que “la complicidad se distingue de la codelinuencia, en la relación que con el crimen tengan los actos practicados: si ellos no fueron de absoluta necesidad para la ejecución del delito, hay simple complicidad: en caso contrario, hay codelinuencia”.

⁴⁵⁶ FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 77.

⁴⁵⁷ FEUERBACH, *Óp. Cit.*, § 44 p. 77.

⁴⁵⁸ FEUERBACH, *Óp. Cit.*, § 45 p. 78.

abajo lo emprendido⁴⁵⁹. Siendo que lo *imprescindible* del aporte no se determina según un análisis *ex post* de la causalidad, sino conforme a un juicio hipotético al respecto, en el sentido de “si otro interviniente se hubiese hecho cargo de ese aporte y con ello podría haber hecho innecesaria su cooperación⁴⁶⁰”.

Al respecto, críticamente LESCH ha puesto el siguiente caso: “**A** y **B** roban un Banco, **A** amenaza con una pistola al cajero, mientras **B** echa los billetes en una mochila” y se ha preguntado: si **A** hubiese podido por sí mismo echar el dinero en la mochila y con ello el robo del banco tendría igualmente el “rumbo previsto”, ¿sería el aporte de **B** descrito igualmente como imprescindible? ¿se aplicaría lo mismo para el aporte de **A**, si también **B** hubiese llevado una pistola con la cual, en caso de emergencia, podría él mismo amenazar al cajero? Para LESCH ni **A** ni **B** serían autores y por ausencia de un hecho delictivo principal tampoco serían colaboradores en un robo⁴⁶¹.

Como se puede apreciar, este tipo de conclusiones nos conducen a una comprensión del *dominio* como “poder fáctico-actual⁴⁶²”, siendo ese el motivo para que LESCH califique a la teoría del dominio del hecho como “la teoría de la dogmática penal naturalista por excelencia⁴⁶³”. Y ello es así, porque la caracterización del injusto penal como *lesión de bienes jurídicos* obliga a entenderlo como un hecho causal del mundo exterior y a asentar el fundamento de la imputación en el criterio de la dirección y dominio del curso causal que conduce a la lesión de los bienes.

Sin embargo, en tal perspectiva no se repara en que el partícipe (inductor o cómplice) con su contribución *causal* para la materialización del ilícito *domina* también su propio hecho, por lo que siendo consecuentes con el criterio general de la doctrina del dominio del hecho, igualmente debería ser calificado como autor, lo que traería como consecuencia principal pasar de un concepto *restrictivo* a uno *extensivo* de autor.

En efecto, como correctamente ha indicado KINDHÄUSER, “cualquier agente tiene dominio del hecho exactamente en la medida en la que interviene en el hecho a través de su propia aportación, de modo que no puede ser la concurrencia o la ausencia de dominio del hecho, sino, en todo caso, el *quantum* de la intervención, lo que sea decisivo para la valoración cualitativa de la intervención⁴⁶⁴”. Y tampoco cabe apelar para quitarle toda posibilidad de dominio al cómplice a la

⁴⁵⁹ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §27, pp. 310-311.

⁴⁶⁰ Cfr. LESCH, *Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, p. 76.

⁴⁶¹ Cfr. LESCH, *Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, p. 76.

⁴⁶² En este sentido, LESCH, *Intervención delictiva*, p. 57.

⁴⁶³ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 58. En la misma línea, KINDHÄUSER, *Óp. Cit.*, p. 14; la califica como “forma cualificada de causalidad”.

⁴⁶⁴ KINDHÄUSER, *Óp. Cit.*, p. 15.

existencia de un *dominio del hecho negativo* –como posibilidad de hacer fracasar la empresa delictiva- pues aquél también lo tiene cuando aporta un elemento indispensable para la realización del tipo (piénsese en el vendedor que vende un instrumento imprescindible para entrar a la vivienda donde se pretende efectuar el robo)⁴⁶⁵.

Al respecto, si bien los defensores del dominio del hecho reaccionan reconociendo que el partícipe también domina una parte del suceso, sostienen que ese dominio sobre su contribución no es un injusto susceptible de ser calificado como autoría, a diferencia de lo que sucede con el autor quien sí tiene dominio sobre un injusto que posee la calidad de autoría.

Empero, como podrá notarse claramente, tal razonamiento nos lleva directamente hacia la *teoría objetivo-formal* la que guarda una estrecha vinculación con el *concepto restrictivo de autor*. En esta línea, como ello presupone una diferenciación entre autoría y participación en el plano formal-objetivo de la tipicidad, para la doctrina del dominio del hecho la autoría se caracterizaría por “tener en las manos el desarrollo del suceso típico”⁴⁶⁶.

Siendo por ello que LESCH al referirse al proceso de diferenciación entre autores y partícipes ha indicado que “la doctrina tradicional de la intervención en el delito parte de una diferencia cualitativa entre autoría y participación. El fundamento de esa desigualdad se encuentra en la suposición que el autor lleva a cabo su *propio* hecho específico, existiendo por tanto un injusto *propio* del autor que no es, a la vez, el mismo que el de los partícipes”⁴⁶⁷.

En ese sentido y en lo que concierne a la coautoría, si el dominio del hecho se vincula –a través del concepto restrictivo de autor- a la *acción ejecutiva típica*, ello supone que el fundamento de la punibilidad del coautor se encuentra en *la prestación de un aporte durante la fase de ejecución*⁴⁶⁸.

Así lo entiende también nuestra justicia cuando refiere:

“Que, asimismo, de lo expuesto se tiene, como señala el recurrente, que no intervino en la ejecución específica del delito de robo agravado (violencia e intimidación), sin embargo la forma en la cual se desarrollaron los hechos materia de juzgamiento permiten inferir fundadamente que existió un acuerdo previo con los ejecutores materiales del robo, en el que se determinó como función del recurrente conseguir el vehículo que sirvió para la consumación del delito a través

⁴⁶⁵ Cfr. KINDHÄUSER, Óp. Cit., p. 15.

⁴⁶⁶ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 59.

⁴⁶⁷ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 39.

⁴⁶⁸ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 60.

de la sustracción y posterior apoderamiento de los bienes objeto de delito, mediante la comisión de otro delito cual fue el robo del camión de HH; que, siendo así, atendiendo a que el recurrente aportó una función esencial para la materialización del hecho delincencial durante la fase ejecutiva, cumpliendo con lo que se le asignó, se puede afirmar que el hecho también le pertenece, y por ello es coautor del mismo⁴⁶⁹.

No obstante, tal afirmación no es de recibo, no sólo porque una diferenciación entre las diversas formas de intervención en el delito no se debe obtener en atención a la ejecución típica del hecho (piénsese, por ejemplo, en la calificación de cómplice de secuestro del cabecilla de la banda de delincuentes que desde su celda dirigió el rapto de un funcionario público, sólo porque no participó en la acción ejecutiva del ilícito), sino también porque se alejaría de lo que LESCH denomina “cánones *sociales* de imputación”⁴⁷⁰ (considerar sólo actor secundario y no principal al compositor que ha elaborado una sonata para un pianista y que ha alcanzado gran preferencia del público, sólo porque aquél no ha intervenido en la ejecución de la pieza musical).

A partir de todo ello, podemos concluir que el concepto de *dominio funcional del hecho* vinculado a la idea de prestación en fase ejecutiva y aporte esencial para la realización del hecho, *no funciona*⁴⁷¹.

2. Coautoría y complicidad primaria en una concepción normativo-valorativa del injusto penal: *la organización común única*.

Como ya hemos indicado, el injusto penal debe ser interpretado en función de las consecuencias jurídicas del Derecho penal: el delito debe ser entendido como afirmación que quebranta la norma y la pena como restablecimiento de su vigencia. Ello es así, porque desde nuestra perspectiva las normas pueden ser caracterizadas -en el plano de la comunicación- como *estructuras simbólicas generalizadas*⁴⁷² que no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación.

En esta línea, la configuración del injusto penal no ocurre en el campo del curso exterior-causal (de lo ontológico), sino en el de la vigencia de la norma, ya que se trata de

⁴⁶⁹ Ejecutoria Suprema del 7 de Febrero del 2006 (R.N. N° 182-2006. CALLAO); véase también la Sentencia del 14 de abril de 2004 (Exp. N° 3638-2003. LIMA).

⁴⁷⁰ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 61.

⁴⁷¹ Cfr. LESCH, *Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, p. 77.

⁴⁷² LESCH, *Intervención delictiva*, p. 83.

la toma de postura de los sujetos (de la *expresión de sentido*), deducida de la realización del hecho, respecto de la obligatoriedad de ésta⁴⁷³.

Así, en supuestos de comisión conjunta de un ilícito penal, no estamos ante varias voluntades particulares frente a la norma –aunque en el plano fáctico es notorio que sí lo son-, sino ante una única *voluntad particular-colectiva* (el **sujeto global** en la definición de KINDHÄUSER⁴⁷⁴) caracterizada por su existencia positiva y exterior y que contiene el *significado* que posee el suceso causal del mundo exterior para la vigencia de la norma⁴⁷⁵.

En tal sentido, los diversos comportamientos sólo tienen el único sentido de ser una contradicción de la norma, pero organizada en división de trabajo común⁴⁷⁶. Ello es así, porque la determinación del contenido de las distintas figuras que integran el Derecho penal –por ejemplo, las formas de autoría- no es algo que tenga que serle dado previamente a éste y que, a la vez, simplemente implique un proceso de reconocimiento y adopción, sino que tal concreción debe ser realizada **desde** el propio Derecho penal⁴⁷⁷.

Como correctamente ha indicado LESCH, “el significado social del comportamiento no se lee en la persona del que actúa, sino que debe ser deducido de la parte externa (objetiva), pero donde objetividad aquí no debe ser entendida, por ejemplo, como un fenómeno separado del sujeto de la acción, sino siempre como subjetividad objetivada, esto es, como expresión de sentido de una persona”⁴⁷⁸. Mientras que KINDHÄUSER ha referido que “(l)as normas se cumplen mediante acciones, y *las acciones a su vez son interpretaciones de conducta* que afectan al propio cuerpo

⁴⁷³ Conforme ha referido KINDHÄUSER, Óp. Cit., p. 30; “cabe interpretar una conducta como toma de posición comunicativamente relevante respecto de una norma en cuanto contradicción de la norma cuando el agente se comporta de modo contrario a deber a pesar de que, como destinatario de la norma leal al ordenamiento jurídico, cabía esperar de él que evitara la correspondiente realización del tipo”.

⁴⁷⁴ Cfr. KINDHÄUSER, Óp. Cit., pp. 11-12.

⁴⁷⁵ Cfr. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 93.

En la doctrina alemana, KINDHÄUSER, Óp. Cit., pp. 12-13; se ha mostrado crítico con esta forma de interpretación de la intervención en el delito calificándola como una simple denominación más de la coautoría, pero que no constituye una fundamentación de la misma. En su perspectiva, “(s)i el modelo de una persona colectiva fuera adecuado, también debería responder el partícipe por el hecho atribuido al colectivo como si el hecho fuera propio. Pero ya de los propios preceptos relativos a la participación (§§ 26 y s. StGB) se infiere que autor y partícipe no pueden ser entendidos como miembros de una persona colectiva; ya que estos refieren a la participación en el hecho antijurídico de otro”.

Al respecto habría que indicar que ni en los referidos artículos del StGB que regulan la participación en el delito, ni –para nuestro caso- en el CP peruano (arts. 24° y 25°) se alude a la intervención en el hecho antijurídico de otro, sino se hace referencia al prestar auxilio a otro para la comisión de un hecho punible. Con lo que son las propias disposiciones normativo-penales las que ofrecen la posibilidad de atribuir también al partícipe la realización del ilícito penal como propio, en la misma línea que se sigue en este trabajo.

⁴⁷⁶ Cfr. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 94. De ahí que para LESCH, el fundamento de la responsabilidad por coautoría no es un problema de imputación subjetiva, sino de imputación objetiva.

⁴⁷⁷ Cfr. ROSALES ARTICA, “Concepto normativo del dolo en el Derecho penal”, en: *Gaceta Penal*, N° 6, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2009, p. 80.

⁴⁷⁸ LESCH, *Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, p. 95.

del agente⁴⁷⁹, en esa medida “la contradicción de la norma es un actuar que es interpretado...mediante la adscripción de una intención de segundo orden”⁴⁸⁰.

En este contexto, el fundamento de la punición de la coautoría se encuentra en función del denominado *objetivo común*, pues es debido a éste que las contribuciones de cada uno de ellos se definen como *parte del todo*. Empero, la existencia de ese objetivo común no depende exclusivamente, como se hace tradicionalmente, de la “celebración” de un acuerdo o pacto entre los sujetos (caracterizado habitualmente como *componente subjetivo* de la coautoría)⁴⁸¹, pues resulta cuestionable hacer depender el fundamento de la responsabilidad del coautor de la disposición subjetiva de los intervinientes⁴⁸². Por el contrario, se debe recurrir a la comprobación que la cooperación de los intervinientes al ser interpretada de forma individual, aisladamente considerada, sin la orientación a una meta común y llevada a cabo en división de trabajo coordinada, no admite otra explicación social razonable que el de la *vinculación objetiva de los aportes destinado al mismo fin*⁴⁸³.

Para LAMPE, la actuación conjunta o en comunidad puede imputarse basándose “en la conciencia de a unión funcional en virtud de la responsabilidad conjunta”, de manera que si, por ejemplo, “algunas piedras son lanzadas contra unos policías desde una multitud, entonces se comete un delito de peligro de lesiones (§ 223a StGB) en coautoría, independientemente de si los partícipes actúan en una «cooperación deseada» o sólo en la conciencia de su vínculo funcional. En caso de que varios miembros de la junta directiva de una sociedad anónima en parte ordenen o en parte toleren la entrega de un producto peligroso para la salud, entonces actúan como coautores, incluso cuando no hayan acordado entre sí su comportamiento”⁴⁸⁴.

Ello es así, siguiendo en esto a LESCH, porque “el establecimiento penalmente relevante de la comunidad como coordinación no se encuentra sólo en una comunidad fundamentada simplemente en forma fáctica, sino también en forma normativista”⁴⁸⁵. Para

⁴⁷⁹ KINDHÄUSER, Óp. Cit., p. 16. (Las cursivas son nuestras).

⁴⁸⁰ KINDHÄUSER, Óp. Cit., p. 25. Para este autor, un comportamiento puede ser explicado mediante la adscripción de una *intención de primer orden* aplicable también para animales o plantas (ejemplo: el gato araña la puerta porque quiere salir o el árbol crece hacia la izquierda para recibir más rayos solares) o *intenciones de segundo orden* que se refieren a conductas humanas guiadas por reglas (ejemplo: quien se obliga frente a otra persona a llevar a cabo una prestación, expresa con ello que tiene voluntad de realizar una determinada intención, la ejecución de la prestación).

⁴⁸¹ OCTAVIO DE TOLEDO, “La autoría conforme al Código Penal”, p. 586; ha indicado que el problema respecto a la diferenciación entre coautor y cooperador necesario (cómplice primario en nuestra legislación) solamente se presenta cuando existe el acuerdo, pues si éste está ausente únicamente existirá cooperación. Ello es así, porque “en la cooperación necesaria *puede* o no existir acuerdo entre el autor y el partícipe; pero en la coautoría *tiene* que haberlo”.

⁴⁸² Así también, CORCINO BARRUETA, Óp. Cit., pp. 388 y 390.

⁴⁸³ Cfr. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 97.

⁴⁸⁴ LAMPE, Óp. Cit., pp. 109-110.

⁴⁸⁵ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 100.

tal propósito será de utilidad poner atención a todo el *contexto* (incluyendo interacciones previas y posteriores) en el que tuvo lugar el hecho.

A nivel de la justicia nacional, también puede apreciarse que se reconoce la posibilidad de coautoría –y no complicidad primaria (!)- a nivel de actos previos a la ejecución del delito, en correspondencia con lo aquí también pretendido:

“**Tres.** Han participado en el hecho numerosas personas [de las cincuenta y cuatro imputadas, ocho han sido absueltas, veintisiete han sido condenadas y diecinueve están en la condición de no habidas]. Más allá de la amplitud del tipo legal, desde luego es posible diferenciar entre conductas de autoría y conductas de participación. Empero, la intervención de los imputados, en el presente caso, debe apreciarse desde la coautoría. Así: son coautores los que de común acuerdo toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho, los agentes intervienen en la co-realización de la acción típica. Salvo muy contadas excepciones, los condenados, en general, adoptaron una decisión conjunta al hecho típico, que es lo que permite vincular funcionalmente los distintos aportes al mismo que llevaron a cabo; cada aportación objetiva al hecho en el estadio de ejecución está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta, y sus aportes fueron tales que sin ellos el hecho no hubiera podido concretarse. Su aporte durante la realización del delito, en su fase ejecutiva, tuvo un carácter necesario, difícilmente reemplazable, esencial o imprescindible; bien condicionó la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien redujo de forma esencial el riesgo de su realización.

Es de insistir, por lo demás, que lo decisivo para la coautoría, como apunta Muñoz Conde, no es la importancia del aporte de todos los miembros de la organización en el momento de la ejecución, sino la importancia de su contribución, ejecutiva o no, en la realización del hecho; el artículo veintiocho del Código Penal Español, similar en ese aspecto al artículo veinticuatro de nuestro Código Penal, no toma como punto de referencia común a las distintas forma de autoría la “ejecución” sino la “realización” del hecho, que es un concepto más amplio que el de “ejecución” [Problemas de autoría y de participación en la criminalidad organizada. En: Delincuencia organizada, Aspectos penales, procesales y criminológicos, Juan Carlos Ferré Olivé / Enrique Anarte Borrallo Editores, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, mil novecientos noventa y nueve, página ciento cincuenta y siete].

Cuatro. Así, conectados como parte de un plan, común porque algunos lo idearon y todos lo concretaron progresivamente, los imputados, sin perjuicio de las tareas específicas que llevaron a cabo, en su conjunto y de modo individual, realizaron indistintamente actos, muchos sólo uno y algunos varios: a) de dirección y de coordinación general del conjunto de sus pasos y del trabajo criminal que implementaron, que incluyó la administración del dinero y la búsqueda y concreción de los aportes individuales, los menos; b) de adquisición o aporte de droga bruta o primaria, materias primas e insumos químicos; c) de elaboración de la droga, previa construcción de un laboratorio clandestino con sus implementos; d) de transporte terrestre, con todo lo necesario para su consecución, incluyendo la facilitación para superar sin problemas los controles policiales; e) de concreción, frustrada, de transporte aéreo a través de aeronaves militares; f) de montaje de una aparente empresa pesquera y adquisición de una nave destinada al transporte final de la droga hacia alta mar; g) de consecución de una estructura inmobiliaria, y

de apoyo material y conexión tanto con el barco que se encontraba en alta mar cuanto con su tripulación; h) de carga y descarga de la droga, así como de su almacenaje; e, i) de traslado, frustrado, de la droga hacia alta mar, donde se encontraba el barco de bandera mexicana.

Intervinieron, como es evidente, una pluralidad de personas que se pusieron de acuerdo con tal fin, que actuaron coordinadamente a través de una estructura jerárquica, que explica las distintas tareas encomendadas y realizadas por cada uno de ellos.

Cinco. Como es evidente, muchos de esos actos, en sí mismos, constituyen actos típicos de ejecución del delito en cuestión, y alguno de ellos, enlazados con el acto típico intermedio según el plan general, constituyeron un paso imprescindible para su concreción: para la configuración de una empresa, para lograr que el transporte de insumos o de droga cumpliera su cometido, para ubicar e incorporar a las personas y obtener los aportes imprescindibles para que las metas trazadas se cumplieran, etcétera. Así las cosas, en función a las grandes dimensiones de la operación criminal montada al efecto, a las tareas que desarrollaron según el plan, ninguno de los intervinientes, más allá de su nivel directriz o de coordinación sectorial, llevó a cabo todos los elementos del tipo con exclusividad; ninguno tenía el dominio del hecho en su totalidad, con exclusión de los demás, pues en ese caso habría autoría directa unipersonal o plural focalizada en unos cuantos sujetos, y los demás intervinientes serían partícipes.⁴⁸⁶

Así también se ha indicado:

“(…) que, como este Supremo Tribunal ha precisado en otras oportunidades, la coautoría no sólo es la *ejecutiva -directa y parcial*, sea que todos los autores realicen todos los actos ejecutivos o que entre ellos se produzca un reparto de las tareas ejecutivas- sino la *no ejecutiva*, que se da en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución, que es el caso del co-dominio funcional del hecho en base al reparto funcional de roles, en el que además del acuerdo previo en la realización del delito se requiere una contribución material en él, no necesariamente con actos ejecutivos (…)⁴⁸⁷”

Aunque desde otra perspectiva, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN precisan que en la coautoría, la contribución de los intervinientes para la realización del delito no necesariamente implica que se realice con actos ejecutivos, pues lo importante es que la actuación del interviniente “pueda estimarse como un eslabón importante de todo el acontecer delictivo”, determinando la relevancia o necesidad del aporte “con una consideración concreta atendiendo a las circunstancias del caso”⁴⁸⁸. De ahí que para ambos, la coautoría pueda clasificarse en *ejecutiva* y *no ejecutiva*. En la primera, a su vez, puede diferenciarse entre una *coautoría ejecutiva directa* (todos los autores realizan todos los actos ejecutivos) y una *coautoría ejecutiva parcial* (existe una repartición de las tareas ejecutivas)⁴⁸⁹. De esta forma, por ejemplo, los sujetos que en una banda asumen

⁴⁸⁶ Ejecutoria Suprema del 8 de Junio del 2007 (R.N. N° 828-2007. LIMA). (Las negritas y el subrayado son nuestras). Asimismo, la Ejecutoria Suprema del 23 de Junio del 2011 (R.N. N° 890-2010. LIMA); Ejecutoria Suprema del 21 de Julio del 2004 (R.N. N° 1260-2004. LIMA); Ejecutoria Suprema del 2 de Julio del 2004 (R.N. N° 602-2004. HUÁNUCO).

⁴⁸⁷ Ejecutoria Suprema del 29 de Diciembre del 2004 (R.N. N° 2220-2004. AYACUCHO). Así también, la Ejecutoria Suprema del 7 de Mayo del 2004 (R.N. N° 488-2004. LIMA).

⁴⁸⁸ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Óp. Cit., p. 435.

⁴⁸⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Óp. Cit., pp. 434-435.

funciones de dirección estrechamente relacionadas con el delito, son coautores aun cuando no estén presentes en su ejecución.

Entonces, para imputar coautoría, como sistema de injusto en forma de unión de personas criminales dirigida a un fin⁴⁹⁰, se debe verificar que la realización del ilícito tenga lugar en el marco de una real distribución del trabajo a tal punto que se alcance un “trabajo en equipo”⁴⁹¹, lo que puede ocurrir de forma *paralela* o incluso *sucesiva* (por ejemplo, es coautora la empleada doméstica que por la noche deja sin seguro la puerta de la casa para que alguien pueda ingresar a ella y apropiarse de los bienes que se encuentran ahí, también lo es cuando al percatarse de un robo en la casa abre todas las puertas a fin de facilitar la huida de los atracadores). De ahí que el aporte que ha sido integrado por un actuante en la *voluntad particular-colectiva* debe significar, por tanto, “expresión de una «conformidad» o bien de «un solidarizarse» con el quebrantamiento de la norma”⁴⁹².

Tal argumentación se puede apreciar también en la siguiente decisión judicial nacional:

“de autos se infiere que el citado encausado YJ, tiene la condición de autor, toda vez que los agentes que reducen a la agraviada VSC exigiéndole la entrega de las llaves del Establecimiento para apoderarse ilegítimamente del dinero de la Empresa Perú Shoes Sociedad Anónima, actuaron sobre presupuestos de seguridad tomados a partir del plan desarrollado con intervención de éste, quien por ser empleado de la empresa y conocido de la citada agraviada bajo cuyas órdenes trabajaba, si bien no interviene en la ejecución, pero tan presto como materializan el robo fue ubicado en su domicilio para que recibiera parte del dinero robado; por lo tanto, su conducta al haber intervenido proporcionando información, elaboración del plan y en el resultado, se circunscribe a la de autor y no la de cómplice, toda vez que habiendo participado en el hecho una pluralidad de agentes cada cual con su rol, resulta en tanto aplicar lo dispuesto por el artículo veintitrés del citado dispositivo legal”⁴⁹³

Todo ello deriva en afirmar que el acuerdo común entendido como *mutuo acuerdo* que tradicionalmente ha sido y es concebido como fundamento y eje de la responsabilidad por coautoría, no constituye elemento sustancial del *objetivo común*. Como claramente ha sostenido LESCH, coautoría “es la realización del delito mediante la división de trabajo; y

⁴⁹⁰ Así, LAMPE, Óp. Cit., p. 97.

⁴⁹¹ Cfr. LESCH, *Intervención delictiva*, p. 96.

⁴⁹² LESCH, *Intervención delictiva*, p. 101.

⁴⁹³ Ejecutoria Suprema del 8 de marzo del 2000 (Exp. N° 5156-1999. LIMA).

en la división de trabajo no se trata de la conformidad de voluntades (recíprocas), sino del reparto del trabajo que debe prestarse para la realización del tipo”⁴⁹⁴.

III. Valoración.

Cuando se aborda el tema de las formas de intervención en el hecho punible, por tradición se reconoce que éstas deben clasificarse en *principales* y *secundarias*. Dentro del primer grupo encontramos las tres clásicas maneras de estructuración del comportamiento penalmente relevante a título de autor: *autoría directa*, *autoría mediata* y *coautoría*. Por su parte, en el segundo grupo se ubican las figuras que implican –conforme a la opinión dominante de doctrina y jurisprudencia- el tomar parte en un “hecho ajeno”: *instigación* y *complicidad*.

En el Derecho penal peruano (art. 25°) –y así también en el español (arts. 28° literal b) y 29°)- a nivel de las formas de intervención *secundarias* se reconoce *legalmente* la existencia de dos formas de complicidad, diferenciándose ambas por un criterio *cualitativo*, a saber, el nivel de relevancia del aporte del cómplice para incrementar las posibilidades de materialización del suceso en el cual interviene. De esta manera, el cómplice primario a pesar de ser un mero partícipe en un “hecho ajeno” es castigado con la misma pena prevista para el autor; mientras que el secundario se “beneficia” con una disminución prudencial de su sanción penal.

Ahora bien, de ambas formas de complicidad, es la primaria, como ya hemos indicado *supra*, la que presenta mayores dificultades al momento de su concreción y de su distinción frente a la coautoría y a la complicidad simple. Ello es así, porque nos encontramos –siguiendo a PÉREZ ALONSO al referirse a la *cooperación necesaria* española- ante una “figura de intervención criminal que parece estar a mitad de camino entre la autoría y la participación”⁴⁹⁵.

Esta ausencia de claridad en la pretensión por deslindar aquellas formas de participación delictiva, torna denunciable la práctica a veces imprecisa e incluso arbitraria de nuestros tribunales de justicia a la hora de apreciar la concurrencia de una u otra forma de intervención⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 88.

⁴⁹⁵ PÉREZ ALONSO, *Óp. Cit.*, p. 327. También, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, p. 645; ha expresado que la complicidad primaria es “una figura polémica, sobre cuya naturaleza, concreción y oportunidad no ha reinado acuerdo”.

⁴⁹⁶ Efectivamente, las sentencias referidas a coautoría, complicidad primaria y secundaria muchas veces llegan a conclusiones diferentes y lo que se establece como complicidad primaria se puede calificar como coautoría o al revés, situación que se agudiza cuando se hace notorio que en el Derecho penal viene reinando

Parfraseando a SCHÜNEMANN, en este punto tanto la dogmática como la jurisprudencia penales se convierten “en una especie de tienda de mercaderías de toda clase, en la que la justicia encuentra en sus interminables estanterías todas las soluciones imaginables, de las que puede hacer uso, en cierto modo, a discreción”⁴⁹⁷.

En este contexto, respecto a la relación *coautoría – complicidad primaria* habría que indicar que su delimitación por la doctrina mayoritaria y los jueces penales - independientemente a que ambas figuras tengan asignadas idénticas consecuencias a efectos de pena en sentido cuantitativo (art. 23° y primer párrafo del art. 25° CP peruano)- sigue siendo realizada conforme a los lineamientos de la doctrina del dominio del hecho, sistema al cual la complicidad primaria se ha tenido que adaptar necesariamente al no ser aquel para el que nació.

En efecto, como ya indicamos *supra*, la complicidad primaria o cooperación necesaria –siguiendo lo señalado por CEREZO MIR a efectos de su caracterización- “se remonta, a la vieja doctrina de la causa necesaria o del cómplice principal de los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvo una gran difusión en toda Europa en los siglos XVII, XVIII y XIX (es muy anterior, por tanto, no guarda relación alguna con la teoría de la equivalencia de las condiciones). Con arreglo a esta doctrina, el cómplice principal, es decir, aquel que coopera a la ejecución de un delito con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (*quod causam dedit delicto*), debía ser equiparado al autor material; de él se distinguía el cómplice menos principal o secundario (*quod causam non dedit*), que era castigado con una pena inferior”⁴⁹⁸.

De acuerdo con el criterio del dominio del hecho, es coautor de un delito de infracción del deber general negativo quien tiene tal dominio para decidir, junto a otros, sobre los aspectos esenciales de la *ejecución* del hecho punible, momento del *iter criminis* en el cual despliega su comportamiento. En el caso del cómplice primario, éste si bien coopera a la realización del ilícito con un aporte esencial, no puede ser coautor al carecer -aparentemente- del referido dominio por no intervenir durante su fase ejecutiva.

Sin embargo, como han expresado connotados seguidores de la doctrina del dominio del hecho, es coautor por poseer dominio -funcional- del hecho no sólo quien

un progresivo acuerdo sobre la idea según la cual la autoría no pasa siempre por el contacto físico con el hecho.

En esta misma línea, CEREZO MIR, “Cooperadores necesarios, coautores y cómplices”, p. 237; ha indicado que en la práctica judicial española “una misma conducta es calificada en ocasiones como cooperación necesaria y otras veces como complicidad, según que, dadas las circunstancias del caso, represente una contribución más o menos importante a la comisión del delito y al utilizar el Tribunal Supremo diversos criterios de distinción.”

⁴⁹⁷ SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, p. 982.

⁴⁹⁸ CEREZO MIR, “Cooperadores necesarios, coautores y cómplices”, p. 231.

realiza algún elemento del tipo, sino también quien no lo realiza al no intervenir durante la ejecución del ilícito⁴⁹⁹.

Asimismo, como ya se ha indicado *supra*, tanto desde la doctrina del dominio del hecho como del concepto restrictivo de autor se soslaya el hecho que el cómplice primario, conforme a la característica que tradicionalmente se le atribuye consistente en proveer un aporte imprescindible para la materialización del ilícito penal, también “comete conjuntamente el hecho” en el sentido que lo indican los tipos penales del CP y, por tanto, cabría circunscribirlo dentro de los coautores⁵⁰⁰. En ese sentido, a mi juicio, la complicidad primaria no se diferencia cualitativamente de la coautoría y menos por la característica del dominio del hecho⁵⁰¹.

Luego, atendiendo que ninguna solución doctrinal es realmente útil a espaldas del Derecho positivo⁵⁰², debemos indicar que esta idea encuentra asidero en la vigente regulación de la autoría y participación del CP peruano, pues en ésta se alude a la realización (art. 23°) de un *hecho punible*, así como a la determinación (art. 24°) y a la prestación de auxilio (art. 25°) para cometer el *hecho punible*. De esta forman, a mi juicio,

⁴⁹⁹ Así, CEREZO MIR, “Cooperadores necesarios, coautores y cómplices”, p. 234. También WELZEL, Óp. Cit., p. 132; consideraba que podía tener el dominio del hecho quien hubiese realizado un acto meramente preparatorio de ayuda, siempre que apareciera como coportador de la resolución delictiva. Asimismo, GIMBERNAT, Óp. Cit., pp. 126-127; ha referido que la existencia del dominio funcional del hecho puede concurrir perfectamente en una persona que sólo actúa en la fase preparatoria del delito y pone el siguiente ejemplo: “un determinado resultado delictivo sólo se puede llevar a cabo utilizando una complicadísima máquina cuyo proceso de fabricación, por ser un secreto absoluto, sólo lo conoce una determinada persona”. En este ejemplo, a decir de GIMBERNAT, “(p)arece claro que para el resultado típico que se quiere producir con la utilización de es máquina, es imprescindible la colaboración del que conoce el secreto: éste «puede», empleando las palabras con que Roxin define el dominio funcional del hecho, «desbaratar el plan total retirando su contribución al hecho. En tanto en cuanto tiene el hecho en las manos». Luego si, como dice Roxin, lo decisivo es el criterio del «desbaratamiento del plan», entonces, y en contra de lo que afirma, también puede ser autor quien actúa sólo en la fase preparatoria.”

En la doctrina peruana, VILLAVICENCIO TERREROS, Óp. Cit., párr. 1027 p. 469 y párr. 1064 p. 481; ha sido enfático en sostener que el dominio del hecho “constituye la característica general de la autoría”, siendo que en la coautoría se caracteriza por ser “común a varias personas”. En ese sentido y a fin de delimitar al coautor de otros intervinientes como -esencialmente- el cómplice primario, sostiene que el *aporte objetivo al hecho* -que en su opinión constituye requisito de la coautoría- sólo puede configurarse “desde el inicio de la ejecución hasta la consumación” resaltando que debe tratarse de una contribución “de tal importancia hasta el extremo que el hecho «no habría podido perpetrarse» sin su existencia”. Para VILLAVICENCIO TERREROS, Óp. Cit., párr. 1077 p. 486; esta exigencia “guarda relación con la teoría de la *conditio sine qua non*, que puede resultar útil de tal manera que si suprimimos mentalmente el aporte y la ejecución no puede llevarse a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario”.

Sin embargo, si bien VILLAVICENCIO TERREROS, Óp. Cit., párr. 1179 p. 525 y párr. 1079 pp. 486-487; considera que si el aporte esencial se practicó durante la ejecución da lugar a coautoría -pues “el sujeto ha tenido dominio sobre el desarrollo del suceso, es decir, ha tenido dominio del hecho” -y si fue durante la preparación del delito a la complicidad primaria, reconoce que puede “calificarse la coautoría aun cuando el organizador no esté presente en la ejecución”.

⁵⁰⁰ Cfr. GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 36.

⁵⁰¹ Es de la misma opinión en la doctrina peruana, CORCINO BARRUETA, Óp. Cit., p. 376.

⁵⁰² QUINTERO OLIVARES, Óp. Cit., p. 615.

el concepto de *hecho punible* no es necesariamente sinónimo de conducta típica –como piensa la doctrina y jurisprudencia dominantes-, sino que puede entenderse también como referido al suceso total, esto es, al completo desarrollo del plan criminal, que normalmente tendrá una dimensión cronológica y física más amplia que la exigida para integrar la conducta típica. De esta manera –siguiendo a LESCH- autoría, inducción y complicidad sólo serían “fenómenos de determinación de la pena, que han sido integrados en la imputación y que han conducido a la tipificación de las diferentes formas de intervención en el delito”⁵⁰³.

En este sentido, en la doctrina española GARCÍA DEL BLANCO ha afirmado que el reconocimiento legal expreso de las tres modalidades de autoría en el CP “no tendría más sentido que una enumeración ejemplificativa de diferentes modalidades de una única realidad, la realización del hecho de forma completa, en alguna de las formas en las que se pueden presentar en la realidad.”⁵⁰⁴

Finalmente, tomando en consideración que la figura de la cooperación necesaria – y vale lo mismo para nuestra complicidad primaria- desapareció de los Códigos Penales europeos, salvo el español, a fines del siglo XIX⁵⁰⁵, se debe concluir –con CEREZO MIR- que se trata de una figura obsoleta cuyo mantenimiento en nuestro Derecho penal positivo constituye una decisión político-criminal equivocada, por lo que *de lege ferenda* sería recomendable su supresión⁵⁰⁶.

⁵⁰³ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 71.

⁵⁰⁴ GARCÍA DEL BLANCO, Óp. Cit., p. 681.

⁵⁰⁵ Como ha señalado ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §8, pp. 58-59; la distinción efectuada entre autor, cómplice principal y mero cómplice, ha estado presente en numerosas codificaciones e incluso tuvo una sólida posición en los tratados de Derecho penal de mediados del siglo XIX. Esta idea, derivada de la *teoría de la necesidad*, pese a haber sido dejada de lado por la doctrina, “ha seguido ejerciendo influencia soterrada y reapareciendo de vez en cuando bajo distintas variantes” no sólo en doctrina, sino también legalmente tal como ocurre en España, Perú y Argentina (este último en los arts. 45° y 46° CP de 1984).

⁵⁰⁶ CEREZO MIR, “Cooperadores necesarios, coautores y cómplices”, p. 231 y 238.

CONCLUSIONES

1. Han sido diversos los escenarios por los cuales ha transitado el *concepto de autor*. En un primer momento, se entendió desde el plano de la causalidad que quien ocasionaba el hecho típico se convertía automáticamente en autor (*conceptos unitario y extensivo*). Posteriormente, se vinculó a la idea de causalidad un criterio de corte formalista, en el entendido que no podía calificarse como autor a todo el que causará el resultado ilícito, sino sólo a quien ejecutaba la acción descrita en el correspondiente tipo penal (*concepto objetivo-formal*). Luego, el desarrollo teórico alrededor de la codelincuencia permitió entender que la configuración de la autoría no dependía ni de la causalidad ni de la ejecución personal del hecho típico, sino de la verificación de quién entre todos los intervinientes tiene “en sus manos” las riendas del acontecer causal típico (*dominio del hecho*).

A partir de este último punto de vista y desde que ROXIN publicó su obra *Autoría y dominio del hecho* en 1963, existe consenso tanto en la doctrina europea (alemana y española) como latinoamericana respecto a tres cuestiones básicas, las cuales según SCHÜNEMANN⁵⁰⁷ serían: i) la adopción del sistema de diferentes formas de intervención en el delito frente a la concepción unitaria de autor; ii) la aceptación del concepto restrictivo de autor como correcto; y iii) la idea según la cual el dominio del hecho representa, al menos para una gran parte de delitos, la base decisiva de la autoría.

2. Con la ayuda del criterio del *dominio del hecho*, autor de un delito de infracción de deberes generales negativos es todo sujeto que tiene tal dominio (dominio de la acción, de la voluntad o funcional), es decir, quien puede decidir sobre los aspectos esenciales de la ejecución del hecho punible; mientras que partícipe (cómplice e instigador) es todo aquél que no posee tal dominio y que al no poder –conforme la opinión dominante- lesionar el bien jurídico tutelado, su responsabilidad penal se justifica en tanto contribuye a la realización de un “hecho ajeno”.

⁵⁰⁷ SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, pp. 981-982.

3. Si bien la doctrina del dominio del hecho ha alcanzado notoria y amplia preferencia tanto a nivel doctrinal como en la justicia penal; las bases, estructura y composición de la autoría y participación han comenzado a interpretarse en los últimos tiempos desde otra perspectiva: a partir de imputar la realización del hecho según pautas normativas⁵⁰⁸.
4. En efecto, desde posiciones como la planteada en la presente investigación, se considera que a pesar de la aceptación mayoritaria del *concepto restrictivo de autor* en los ordenamientos jurídico-penales y de la *teoría del dominio del hecho* en la doctrina y jurisprudencia mayoritarias, es posible preguntarse -sobre la base de las modernas construcciones sistemáticas de la dogmática penal- si es conveniente seguir con dicho concepto o si es preferible retomar -con matices- la idea de un sistema en el cual no cabe tal diferenciación, esto es, replantear la concepción de la autoría, alejándola de cualquier fundamentación causalista y reconociendo que entre autores y partícipes no existe una diferencia *cualitativa*, sino meramente *cuantitativa*. En esencia, se trata de seguir aceptando un tratamiento *fenomenológico* como lo propone la teoría tradicional de la intervención en el delito o tomar partido por una solución de esencia *normativo-valorativa*.
5. La propuesta que se defiende en la presente tesis, descansa –a decir de ROXIN en referencia a la posición de JAKOBS sobre la coautoría- en una consideración más normativa del dominio del hecho, es decir, entendiéndola más “como responsabilidad jurídica no como dominio real”⁵⁰⁹. Parfraseando a SCHÜNEMANN, se trata aquí de “reemplazo de realidad y estructuras de la realidad por significado y atribución”⁵¹⁰.
6. En efecto, a mi juicio, el dominio del hecho de bases ontológicas no es el criterio idóneo para determinar la autoría y participación criminales, en tanto, en la realización del hecho delictivo con pluralidad de agentes, todos ellos tienen de alguna manera cierto dominio del hecho. De ahí que para JAKOBS, “el dominio es una cuestión de la medida de la calificación de la intervención, una cuestión cuantitativa, mientras que la

⁵⁰⁸ Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Imputación objetiva *versus* dominio del hecho”, en: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, LH al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 744.

⁵⁰⁹ ROXIN, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, p. 63.

⁵¹⁰ SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, p. 984.

cuestión cualitativa -¿quién responde?- no se determina en función de la concurrencia de dominio, sino en función de la atribución del comportamiento y de las consecuencias⁵¹¹.

7. Puede notarse claramente la diferencia entre una y otra perspectiva, cuando se analiza el ejemplo propuesto en la doctrina española por BLANCO LOZANO al referirse a la *cooperación necesaria* (sucedánea de nuestra complicidad primaria):

“Un caso de cooperación necesaria es, verbigracia, el siguiente:

«A», decidido a robar un bolso por el procedimiento del *tirón*, encuentra por la calle a su amigo «B», el cual circula por la calzada en un ciclomotor. «A» le comenta a «B» sus planes, accediendo este a subirlo en el ciclomotor en orden a la comisión delictiva.

Tras unos minutos de *ronda* por el barrio, «A» roba desde el ciclomotor un bolso de los brazos de «C», señora que caminaba tranquilamente por la acera.

Pues bien, en este supuesto:

«A» sería el autor del delito de robo sobre «C», ya que en todo momento ha sido quien ha ostentado la capacidad decisoria en orden a la comisión del delito.

«B», por su parte, sería cooperador necesario, ya que su auxilio a «A» ha tenido un carácter esencial⁵¹².

8. Como se puede apreciar en el ejemplo, la solución planteada obedece a una interpretación ontológica del suceso desde el momento en que recurre al criterio del *dominio* para caracterizar al autor del delito y restringir el campo de la complicidad en el delito.

Además, al comprender el dominio del hecho como una síntesis de momentos objetivos y subjetivos, la atribución de este dominio a los intervinientes depende de quién tiene el poder de decisión por el *sí* y el *cómo* del hecho, sino también del *interés* de los intervinientes respecto a la materialización del suceso. Ello explica el porqué en el ejemplo citado “B” sería únicamente cooperador necesario, a pesar que interviene durante la ejecución del hecho punible.

⁵¹¹ JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho...”, pp. 70-71.

Crítico también con la teoría del dominio del hecho es LESCH, *Intervención delictiva*, p. 65; en cuya opinión “para una dogmática jurídico-penal de carácter normativista, la teoría naturalista del dominio del hecho no es aceptable”.

⁵¹² BLANCO LOZANO, *Derecho Penal, Parte General*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 1296-1297.

Ello, asimismo, pone en evidencia que la figura de la complicidad primaria –al igual que su fuente la *cooperación necesaria española*- al haberse adecuado a un sistema teórico para el cual no nació, ha adquirido una función *residual*⁵¹³ como colectora de aquellos comportamientos que si bien representan un aporte esencial para la comisión del hecho punible, no pueden ser calificados como (co)autoría al carecer el referido tipo de interviniente -aparentemente- de dominio sobre el suceso y participación durante su fase ejecutiva, además de resultar insuficiente su calificación como mero cómplice (art. 25°, segundo párrafo del CP peruano).

9. Todo lo contrario sucede con una *interpretación normativo-valorativa* del caso, pues mediante ella se imputaría el hecho tanto a “A” como a “B” a título de coautores, debido a que se prestaría atención al carácter común de la vulneración de la norma penal -provocada a través de la división del trabajo- y no a datos fenomenológicos como si la intervención tuvo lugar durante la ejecución del ilícito o si existió dominio sobre el suceso, etc.
10. En efecto, a mi juicio, la calificación a título de coautoría no depende de cómo haya tenido lugar la intervención de los sujetos en el campo fáctico, sino de lo que debe ser entendido como tal desde un punto de vista *normativo, valorativo y objetivo*. Así, por ejemplo, calificar como coautor al sujeto que actúa como “campana” en el robo de un banco, no debe obedecer a si en el caso concreto su intervención fue o no necesaria (dependiendo, por ejemplo, de si la policía acudió a solucionar el evento criminal o nunca se apareció) o a si intervino o no durante la ejecución del ilícito, pues ello supone prestarle mayor atención al dato fáctico y olvidar que *en el Derecho penal, es éste el que debe imputar cuándo hay actuación conjunta y cuando no*.

En ese mismo sentido, ya en la justicia nacional existen decisiones que optan por afirmar la realización colectiva de un hecho punible no a partir de un acuerdo subjetiva- y ontológicamente determinado, sino imputándola desde la propia configuración del hecho. Así se indica:

“**SEGUNDO:** Que contrariamente a lo alegado por el recurrente, del análisis integral de autos se determina su responsabilidad penal en la comisión de los delitos de robo

⁵¹³ Conforme a la regulación expresa del segundo párrafo del art. 25°, la complicidad primaria funciona *residualmente*. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *Lecciones de Derecho penal*, p. 296; es de la misma opinión, respecto de la complicidad (cooperación no necesaria) en el Derecho penal español.

agravado y violación sexual, por cuanto el dieciocho de octubre de dos mil dos, en horas de la noche, conjuntamente con WAG, JCHE y el menor JHS abordaron el vehículo conducido por el agraviado RSG, que hacía servicio de taxi, simulando ser pasajeros, en cuyo interior se encontraba como tal la agraviada (cuya identidad se mantiene en reserva), para luego de obligar al conductor a cambiar de ruta, reduciendo a los agraviados provistos de cuchillos, conduciendo al agraviado SG hacia una chacra donde fue atado de pies y manos, sometiendo a la agraviada a trato sexual, para posteriormente ser amordazada. **TERCERO:** Que el agraviado SG ha reconocido físicamente al acusado como uno de los participantes en los hechos, conforme se advierte del acta policial de fojas veinte, actuación policial realizada con participación del representante del Ministerio Público, por cuya razón mantiene valor probatorio a tenor de lo dispuesto por el artículo sesentidos del Código de Procedimientos Penales; del mismo modo, el menor JHS ha hecho lo propio...afirmando que su amigo "Bache", "Deivi" o "Gordo" - como conocía al acusado - integró el grupo de las personas que subieron al vehículo y que el día de los hechos también portaba un cuchillo; habiendo reconocido la agraviada al acusado como uno de los participantes según se advierte de su declaración preventiva...reiterado en la diligencia de confrontación...acreditándose la agresión sexual con el mérito del certificado médico...que concluye signos de desfloración y actos contra-natura recientes, resaltándose en el examen las múltiples equimosis que presenta en el glúteo derecho, muslo izquierdo, las rodillas y las piernas. **CUARTO:** Que, aún cuando en esta última diligencia judicial la agraviada refiera que el acusado QA no fue uno de los que la violó, **es de precisar que valorando la forma y circunstancias en que se desarrolló el evento delictivo - concurso de más de dos personas, a mano armada, bajo el ejercicio de violencia física y psicológica constante - existió la decisión común en los participantes para la materialización del tipo descrito en el artículo ciento setenta del Código Penal, al haberse distribuido roles en su perpetración;** así tenemos, que mientras AG cuidaba a la agraviada, los demás amordazaban e introducían hacia una chacra al agraviado, para inmediatamente suscitarse la agresión sexual por aquél y el menor JH, negándose los restantes a realizar la penetración y proceder todos juntos a amordazar a la víctima, atándola de pies y manos...por lo que, devienen en inconsistentes los agravios del recurrente."⁵¹⁴

11. Lo que caracterizaría a la coautoría sería que cada uno de los aportes individuales prestados en función a la división de trabajo deben ser integrados en un solo suceso completo que vulnera una norma garantizada penalmente. Este suceso se debe entender como una expresión *colectiva* de sentido incompatible con la norma, esto es, no como la existencia de varios hechos particulares que se oponen a la obligatoriedad dispuesta por la norma, sino como la presencia de un *solo* hecho de un colectivo, siendo éste el *sujeto del comportamiento* a quien se le imputa el conflicto.

Con ello es posible imputar el injusto como propio no sólo a quien lo ejecuta, sino también a quien sólo intervino en acciones preparatorias o actos no-ejecutivos como ocurre con el cómplice primario, pues con esta forma de comprender el injusto nos

⁵¹⁴ Ejecutoria Suprema del 1 de Junio del 2004 (R.N. N° 516-2004. ICA). (Las negritas y el subrayado son nuestras).

hallamos “ficticiamente” ante un único sujeto de la acción, precisamente al que el tipo penal designa como “*el quien*” de la ejecución típica.

Ello es así, porque los tipos penales recogidos en el Libro Segundo del CP peruano y en las leyes penales especiales no regulan exclusivamente la conducta del autor de un delito, sino simplemente fijan en qué consiste un hecho penal, que también puede ser realizado por varios intervinientes. En tal sentido, puede afirmarse que los tipos penales no describen -al menos en principio- al autor y, por ende, no cabe diferenciar en dicho espacio entre autor y partícipe.

La diferenciación entre autores y partícipes obedecerá al peso de la intervención (criterio *cuantitativo*)⁵¹⁵ y a la forma cómo han sido caracterizados en los artículos pertinentes de la PG del CP relativos a las formas de intervención en una infracción penal (arts. 23º, 24º y 25º CP peruano). Para tal finalidad serán de utilidad los criterios empleados en la imputación objetiva, en particular, el criterio de la *prohibición de regreso*, entendido como consecuencia del principio de autorresponsabilidad.

Por lo tanto, para determinar si un sujeto es coautor o cómplice deberá realizarse un examen en dos niveles: primero, se preguntará **¿alguien se hace responsable jurídicamente por el suceso completo?**, y, en segundo lugar, cuando esta interrogante ha sido respondida afirmativamente se averiguará **¿en calidad de qué responde?**⁵¹⁶

12. En ese sentido, como ha precisado FEIJÓO SÁNCHEZ, lo que pretendemos es “sentar los presupuestos de una teoría normativa del delito que tenga más en cuenta la dimensión comunicativa del injusto, de tal manera que permita afrontar satisfactoriamente tanto los problemas tradicionales como las nuevas realidades sociales a la que se tiene que enfrentar la aplicación del Derecho Penal”⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Ello se corresponde plenamente con el *principio de la culpabilidad independiente*, conforme al cual cada interviniente sólo responde en función de su nivel de culpabilidad, tal como se indica, por ejemplo, en el § 29 StGB (cada interviniente es castigado no en atención a la culpabilidad de los otros, sino la propia). Cfr. JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 711.

⁵¹⁶ Cfr. LESCH, *Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, p. 77.

⁵¹⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e Imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007, p. 16.

13. **TESIS:** ¿Es el cómplice primario un coautor? **Sí.**

La existencia de la complicidad primaria sólo encuentra sustento en una concepción en la cual no se puede calificar como coautores a sujetos que propiamente son tales -pues colaboran con una contribución esencial para la realización del hecho punible- por no responder al principal lineamiento del *concepto restrictivo de autor* y de la doctrina dominante del *dominio del hecho*: no toman parte en la ejecución del comportamiento típico⁵¹⁸.

En la doctrina española, QUINTANO RIPOLLES opina que el hecho que el legislador español haya considerado como autor al *cooperador necesario* sólo busca “que actos no concertados, pero absolutamente necesarios para la comisión del delito, que técnicamente son de complicidad, se castigan como de autores, **por ministerio de la Ley**, en atención a su trascendencia practica”⁵¹⁹. Asimismo, ANTÓN ONECA ha señalado que “(l)os cooperadores necesarios y los cómplices no toman parte directa en la ejecución del hecho y son participes en el ejecutado por otro, en esto se diferencian de los autores directos”⁵²⁰. En esta misma línea, un sector de la doctrina española, entre ellos por ejemplo a QUINTERO OLIVARES, a que denomine a la *cooperación necesaria* como “coautoría por *cooperación necesaria*”⁵²¹; mientras que ha llevado a la jurisprudencia española a que se siga refiriendo a la “autoría o coautoría por cooperación necesaria”⁵²².

Asimismo, conforme se afirma -incluso- en las últimas decisiones judiciales españolas, la diferencia entre coautoría y cooperación necesaria estriba en que “el cooperador necesario realiza su aportación sin tomar parte directa en la ejecución del hecho”⁵²³. En efecto, es notoria la inclinación actual de la jurisprudencia española por la doctrina del dominio del hecho, sobre todo cuando se pretende diferenciar entre coautor y *cooperador necesario*. Así, en el caso de la coautoría, la jurisprudencia se ha inclinado por la teoría del *dominio funcional del hecho*, la que “supone la presencia de tres requisitos: la existencia de un plan común, la realización de una aportación esencial y la intervención en la fase ejecutiva de los hechos”, de donde resulta evidente que “quien coopera con actos necesarios a la verificación de los hechos debe realizar una aportación esencial a estos. *De ahí se deduce que, existiendo un plan conjunto, y de aceptar el criterio del dominio funcional del hecho, la única posibilidad de diferenciar coautoría y cooperación necesaria radica en el momento en que tiene lugar tal aportación esencial al curso de los acontecimientos. Si aquella acaece durante la fase de ejecución habría que calificar la intervención como de coautoría. Si se lleva a cabo con anterioridad, debería hablarse de cooperación necesaria*”⁵²⁴.

⁵¹⁸ Como ha referido FERRER SAMA, Óp. Cit., pp. 57-58; la característica esencial de la *cooperación necesaria* -y, por ende, también de la complicidad primaria- es que “en ella los sujetos no participan propiamente en la ejecución del delito, sino que ponen con su conducta una condición precisa para que otras personas puedan desplegar esa actividad propiamente ejecutiva”.

⁵¹⁹ QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios al Código Penal*, p. 266. (Las negritas son nuestras).

⁵²⁰ ANTÓN ONECA, Óp. Cit., p. 474.

⁵²¹ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 325.

⁵²² BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 116.

⁵²³ Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 513/2010, de 2 de Junio; citado por DE VICENTE MARTÍNEZ, Óp. Cit., p. 223.

⁵²⁴ GOMEZ TOMILLO (Director), *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Lex Nova, 2011, Valladolid, p. 254. (Las cursivas son nuestras).

En ese mismo sentido, BLANCO LOZANO ha resaltado las premisas a las que ha estado vinculada la jurisprudencia española en materia de delimitación entre coautoría, complicidad necesaria y complicidad. Así, ha señalado: “a) Si el partícipe se limita a trasladar a los autores al lugar del atraco, sin esperar con el vehículo ante el establecimiento, ni efectuar, por tanto, labores de vigilancia, estaremos ante un mero cómplice. b) Ahora bien, si el partícipe aguarda con el vehículo el regreso de los atracadores, vigilando y asegurándoles la huida, se trata de un cooperador necesario, o incluso de un coautor. c) En conclusión, cuando conforme al *previo acuerdo* por el que se planea la ejecución del delito, la posición de uno e los intervinientes es la de *vigilante*, la imputación del mismo puede ser tanto a título de cooperador necesario como incluso de coautor, y ello «por su alta cota contributiva en la ejecución del plan preconcebido y por la facilidad que brinda para la huida»⁵²⁵.

En ese sentido, a mi juicio, la complicidad primaria no debería tener acogida en nuestro Derecho positivo y se debería optar por regular una única forma de complicidad que propiamente vendría a ser la denominada *complicidad secundaria* (art. 25°, segundo párrafo).

Ello es así, debido esencialmente a que el reconocimiento de la complicidad primaria y su vigencia en la doctrina y en la práctica jurisprudencial es expresión de una interpretación exclusivamente fenomenológica del hecho criminal⁵²⁶. De esta manera, no solamente habría que poner atención al marco teórico en el cual se constituyó la *cooperación necesaria* española -que como ya hemos indicado es fuente de directa de la regulación de nuestra complicidad primaria- y que corresponde a un enfoque dogmático ya superado, sino a que desde sus orígenes se ha asociado a una perspectiva en la que el autor “realiza su propio injusto” y el partícipe “colabora en un injusto ajeno”⁵²⁷.

Pero también habría que atender –y esto es lo esencial- a la influencia ejercida por una posición teórica en la que se entiende que son los tipos penales contenidos en la PE

Mientras que en la distinción entre las formas de complicidad o cooperación, el criterio del dominio funcional es interpretado por la jurisprudencia de modo negativo. Así, siguiendo a BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 114, “se considera cooperación necesaria la realizada por quien tuvo la posibilidad de impedir la comisión del delito retirando su aportación al mismo”.

⁵²⁵ BLANCO LOZANO, Óp. Cit., p. 1300.

⁵²⁶ En efecto, como indica CEREZO MIR, Óp. Cit., p. 236; no se debe olvidar el punto de vista causal al que obedece la figura del cooperador necesario, debido a que se basa en la antigua teoría de la causa necesaria o del cómplice principal.

⁵²⁷ De ahí que haya quienes sostengan que “el cooperador necesario, aunque actúe o trabaje de acuerdo con los demás partícipes, no interviene en un proyecto común. No es “su” hecho (*su* delito), sino que colabora o contribuye a la realización del hecho ajeno. Desde esta perspectiva, su participación necesaria será generalmente no nuclear o periférica, y en todo caso *subordinada*”. Cfr. SERRANO BUTRAGUEÑO, Óp. Cit., p. 444.

del CP (y también en leyes penales especiales para nuestro caso) en donde se describe el hecho y caracteriza como autor a quien pertenece a esa descripción⁵²⁸.

De ello se sigue que el mantener regulada la complicidad primaria se encuentra en estricta relación con una comprensión de la autoría a partir de la fenomenológica doctrina del *dominio del hecho*. Así, como pone de relieve DE VICENTE MARTÍNEZ refiriéndose a la *cooperación necesaria* española, ésta “en sentido estricto se refiere a quienes ponen una condición necesaria, pero no tienen el dominio del hecho, pues no toman parte en la ejecución del mismo, sino que realizando su aporte, dejan la ejecución en manos de otros que ostentan el dominio del mismo”⁵²⁹.

Así las cosas, nuestra propuesta de supresión de la complicidad primaria sustentada en una interpretación objetivo-valorativa, no es contraria tampoco a la opinión de juristas españoles en relación con la *cooperación necesaria* española, si bien en estos casos tales consideraciones se apoyan en criterios ajenos a los nuestros.

En esta línea, frente a los problemas generados por la pretensión de deslindar la cooperación necesaria de la coautoría y complicidad simple, para OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO “parece lo mejor, ..., suprimir el factor de inseguridad, esto es, la referencia a la necesidad o no necesidad de la cooperación. Ello significa tanto como eliminar la actual diferenciación entre cooperación necesaria y complicidad. Pero tal propuesta no debe ocasionar especial alarma si se comprueba que en otros ordenamientos... semejante distinción no se efectúa y ello no genera dificultades insalvables”⁵³⁰.

Así también opina QUINTERO OLIVARES para quien es comprensible “la opinión de los que sostienen que lo más procedente sería *suprimir la llamada autoría por cooperación necesaria estimando que es suficiente con la autoría conjunta*, en la que se pueden incluir todos los supuestos que habitualmente se tratan como cooperación necesaria, con lo cual se ahorraría un innecesario esfuerzo de distinciones y, además, quedaría mejor delimitada la estricta complicidad”; de ahí que en su opinión “no les falta algo de razón a los que opinan que la supresión de la complicidad necesaria serviría para, de una vez, conseguir un concepto de *coejecución del delito* y simultáneamente un concepto preciso de *complicidad, sin adjetivos*”. Concluye QUINTERO estimando que “dicha supresión conlleva innegables ventajas interpretativas y nulo riesgo de injusta impunidad o privilegio, por lo cual no debe en modo alguno desdeñarse”⁵³¹.

De igual parecer es GRACIA MARTÍN, quien durante el proceso de reforma del CP español de 1973 demandaba “una regulación expresa de la coautoría, eliminar la referencia expresa a los que toman parte directa en la ejecución del hecho porque estos

⁵²⁸ Prueba de ello es que el concepto de autor ha sido desarrollado paulatinamente mediante abstracción, habiendo sido notable el aporte de ROXIN cuando en 1963 refundó a la acción ejecutiva descrita por el tipo penal como base de la autoría⁵²⁸. Cfr. SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, pp. 986-987.

⁵²⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, “Tipos de autoría y tipos de participación”, en: DEMETRIO CRESPO (Coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo II, Teoría del delito, Iustel, Madrid, 2011, p. 223.

⁵³⁰ OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal, PG, Teoría Jurídica del Delito (II)*, Editor Rafael Castellanos, Madrid, p. 278.

⁵³¹ QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, p. 326.

son coautores... y suprimir también la arcaica y problemática figura del cooperador necesario⁵³².

En opinión de GRACIA MARTÍN, en la *cooperación necesaria* “encajan supuestos de coautoría con dominio funcional del hecho que estarían ya comprendidos en la definición de coautoría que debiera introducirse. En los casos en que el cooperador necesario, en cambio, no tenga el dominio del hecho, lo que sucederá cuando realice sus actos en la fase preparatoria, entonces es un mero cómplice. Es notablemente perturbador sin embargo el mantenimiento en nuestro Código de una doble figura de complicidad, la principal del cooperador necesario, equiparada en la pena a la autoría y la secundaria del simple cómplice, para la que se prevé una atenuación de la pena. El mantenimiento de la figura del cooperador determina una gran inseguridad jurídica. No es posible distinguir entre una y otra clase de complicidad, pues no es posible medir la eficacia causal de las condiciones. La jurisprudencia, por ello, califica un mismo comportamiento unas veces como cooperación necesaria y otras como complicidad. Si se estima que a veces, pero no siempre, el cómplice merece la misma pena del autor, entonces, la solución ha de ser la de suprimir la cooperación necesaria y establecer una atenuación facultativa de la pena para el cómplice⁵³³”.

Por su parte, BOLEA BARDON apoya también la supresión de la *cooperación necesaria* con el consiguiente establecimiento de una noción única de complicidad. Así, sostiene que “la cooperación necesaria, figura a la que la jurisprudencia española acude con demasiada frecuencia, dando la impresión que se trata de un simple expediente de resolución de conflictos, no sería tan necesaria y dejaría mayor campo de aplicación a la complicidad si se lograran trazar unos límites más precisos entre coautoría y cooperación. Con ambas formas de intervención en el hecho bien delimitadas, y con la previsión de una *agravación facultativa* de la pena para el cómplice, no haría falta esta figura, a menudo definida con criterios causales. Sin la cláusula de la necesidad seguramente se eliminaría definitivamente la tendencia a establecer distinciones en el terreno de la causalidad⁵³⁴”.

En tal sentido, también BOLEA BARDON se adhiere “a la propuesta formulada de *lege ferenda* por aquél sector de la doctrina que defiende la desaparición de la figura del cooperador necesario, y que se manifiesta a favor del establecimiento de una figura unitaria de complicidad (mejor, de cooperación)⁵³⁵”.

Es del mismo parecer CEREZO MIR al opinar que si bien dada la gravedad -desde el punto de vista de lo injusto y de la culpabilidad- de la contribución del cooperador necesario a la comisión del delito puede ser justo aplicarle la pena del autor como hace el Tribunal Supremo español, empero “la solución técnicamente correcta consiste en suprimir la figura del cooperador necesario o del cómplice primario y establecer una atenuación meramente facultativa de la pena para los cómplices, como sucede en el Código penal suizo (artículo 25). Con ello se llegaría a la misma solución a la que llega nuestro Tribunal Supremo pero de un modo técnicamente correcto⁵³⁶”.

También PÉREZ ALONSO ha criticado el reconocimiento legal de dos formas de complicidad en el Derecho positivo español (*cooperación necesaria* y complicidad). Así, ha expresado acertadamente que el legislador español “ha sido poco innovador y progresista, no ha mirado al futuro, ni tan siquiera ha tenido en cuenta el presente de la ciencia penal española y de la cultura jurídica de nuestro entorno europeo. Aquí, nuestro legislador se ha quedado anclado en el pasado, ha conservado la rancia tradición de la codificación

⁵³² GRACIA MARTÍN, Óp. Cit., p. 416. También BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 119; se refiere a la cooperación necesaria como una figura “arcaica y polémica”.

⁵³³ GRACIA MARTÍN, Óp. Cit., p. 417.

⁵³⁴ BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 127.

⁵³⁵ BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 127.

⁵³⁶ CEREZO MIR, “Cooperadores necesarios, coautores y cómplices”, p. 238.

española y su ideario científico primitivo, propios de una dogmática de otro tiempo ya muy lejano y totalmente desfasada y (casi) abandonada”⁵³⁷.

En el mismo sentido, HERNÁNDEZ PLASENCIA ha expresado que “(e)l mantenimiento de la figura del cooperador necesario sigue constituyendo un resquicio histórico, constituyendo una figura a caballo entre la coautoría y la complicidad. Y si ya resulta difícil la distinción entre estas últimas, mucho lo supone la propia delimitación de la cooperación necesaria”⁵³⁸.

También pareciera ser el rumbo que adoptan MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN cuando manifiestan: “La cooperación necesaria, sin embargo, salvo supuestos en los que excepcionalmente el cooperador necesario no tiene el dominio del hecho (vende por ejemplo una pistola, a sabiendas que se va a utilizar en un atraco, pero sin intervenir para nada en el mismo), debe ser calificada en la mayoría de los casos como forma de coautoría, por tratarse de un supuesto de dominio funcional del hecho”⁵³⁹.

En la doctrina nacional, CASTILLO ALVA es partidario de la tesis por la cual se debe suprimir la distinción entre complicidad primaria y secundaria, “remitiendo la importancia o significación objetiva del aporte del cooperador necesario a los principios de determinación judicial de la pena”⁵⁴⁰.

Por su parte –aunque desde una perspectiva finalista del dominio del hecho⁵⁴¹– PEÑA CABRERA caracterizó a la coautoría como “una colaboración sin la cual el hecho no se habría podido cometer” en tanto “implica un aporte que revela el co-dominio del hecho”⁵⁴². En esa misma línea, su entendimiento del cómplice –en general– como el que “ayuda o coopera en forma auxiliar o secundaria a la ejecución, a diferencia de los coautores que ejecutan directamente el delito”⁵⁴³, lo llevó a sostener que la clasificación de cómplice primario y secundario es para la moderna doctrina “irrelevante y artificial”⁵⁴⁴.

⁵³⁷ PÉREZ ALONSO. Óp. Cit., p. 409.

⁵³⁸ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996, p. 62.

⁵³⁹ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Óp. Cit., pp. 440-441

⁵⁴⁰ CASTILLO ALVA, “La complicidad como forma de participación criminal”, en: *RPCP*, N° 9, Grafica Horizonte, Lima, p. 681.

En la doctrina argentina, DONNA, Óp. Cit., p. 121; también es defensor de la idea de la supresión.

⁵⁴¹ PEÑA CABRERA, Óp. Cit., p. 330.

⁵⁴² PEÑA CABRERA, Óp. Cit., p. 348.

⁵⁴³ PEÑA CABRERA, Óp. Cit., p. 354.

⁵⁴⁴ PEÑA CABRERA, Óp. Cit., p. 355.

RECOMENDACIONES

Luego de haber demostrado lo innecesario y contraproducente que resulta regular la complicidad primaria, recomiendo la modificación del art. 25° de nuestro CP, con la finalidad de salvaguardar la seguridad jurídica frente a pronunciamientos judiciales incorrectos, sustentados en erróneas interpretaciones teórico-dogmáticas de las formas de intervención en el delito.

En tal sentido, la regulación de la autoría y complicidad debería ser la siguiente:

CAPITULO IV **AUTORIA Y PARTICIPACION**

Autoría, autoría mediata y coautoría.

Artículo 23°.- *El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.*

Complicidad.

Artículo 25°.- *El que, dolosamente, presta auxilio a otro para la realización del hecho punible se sujetará a la pena prevista para el autor. La pena será disminuida prudencialmente.*

BIBLIOGRAFÍA

- ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª edición, Akal, Madrid, 1986.
- ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, Reus, Madrid, 1930.
- BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, PG, 5ª edición, Akal, Madrid, 1998.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y otros, *Lecciones de Derecho penal*, PG, 2ª edición, La Ley – Praxis, España, 1999.
- BLANCO CORDERO, *Límites a la participación delictiva, Las acciones neutrales y la cooperación en el delito*, Comares, Granada, 2001.
- BLANCO LOZANO, *Derecho Penal*, PG, La Ley, Madrid, 2003.
- BOCKELMANN, *Relaciones entre autoría y participación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960.
- BOLDOVA PASAMAR, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Civitas, Madrid, 1995.
- BOLEA BARDON, *La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2004.
- BRAMONT ARIAS, *Derecho penal peruano*, Ediciones jurídicas UNIFE, Lima, 2004.
- BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho Penal*, PG, Trotta, Madrid, 2006.
- BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal*, PG, 1ª reimpression de la 4ª edición, PPU, Barcelona, 1994.
- CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal, Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 2001.
- CARO JOHN, “Conductas neutrales no punibles en virtud de la prohibición de regreso”, en: MONTEALEGRE LYNETT /CARO JOHN, *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo, LH al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.
- CASTILLO ALVA, “La complicidad como forma de participación criminal”, en: *RPCP*, N° 9, Grafica Horizonte, Lima.
- CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, III, 4ª reimpression de la 1ª edición, Tecnos, Madrid, 2004.

CEREZO MIR, “Cooperadores necesarios, coautores y cómplices”, en: *RPCP*, N° 11, Idemsa, Lima, 2002.

CEREZO MIR, “Täterschaft und Teilnahme im neuen spanischen Strafgesetzbuch von 1995”, en: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2001.

COBO DEL ROSAL, *Derecho penal español, PE*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2005.

COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, PG*, 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Comentarios al Código Penal*, Tomo 1, Barcelona, Bosch, 2007.

CORCINO BARRUETA, “Redefiniendo la coautoría”, en: *El nuevo Código Penal peruano, Exposición de motivos Anteproyecto del Código Penal y Estudios sobre Derecho penal*, Fondo Editorial del Congreso del Perú, Lima, 2011.

CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, Tomo I, Ariel, Barcelona, 1972.

DE VICENTE MARTÍNEZ, “Tipos de autoría y tipos de participación”, en: DEMETRIO CRESPO (Coordinador), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal*, Tomo II, Teoría del delito, Iustel, Madrid, 2011.

DEL ROSAL, *Derecho penal español*, Aguirre Torre, Madrid, 1960.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, en: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, LH al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “«Coautoría» Alternativa y «Coautoría» Aditiva: ¿Autoría o Participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría”, en: SILVA SÁNCHEZ, *Política Criminal y nuevo Derecho Penal, LH a Claus Roxin*, Bosch editor, Barcelona, 1997.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.

DONNA, *La autoría y la participación criminal*, 2ª edición, Rubinzal–Culzoni editores, Buenos Aires, 2002.

FEIJÓO SÁNCHEZ, *Derecho penal de la empresa e Imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.

FEIJÓO SÁNCHEZ, “El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el Derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”, en: *Imputación objetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2002.

FEIJÓO SÁNCHEZ, *Resultado lesivo e imprudencia, Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*, Bosch, Barcelona, 2001.

FEIJÓO SÁNCHEZ, *Límites de la participación criminal, ¿Existe una “prohibición de regreso” como límite general del tipo en Derecho penal?*, Comares, Granada, 1999.

FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995*, Colex, Madrid, 1997.

FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Tomo II, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947.

FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*, traducción al castellano de la 14ª edición alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

FIERRO, *Teoría de la participación criminal*, 2ª edición, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004.

FRANCISCO PACHECO, *Estudios de Derecho Penal (Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid entre 1839 y 1840)*, 3ª edición, Imprenta de M. Tello, Madrid, 1868.

FRANCISCO PACHECO, *El Código Penal*, 2ª edición, Imprenta de la Viuda de Perinat y Compañía, Madrid, 1856.

FRISCH, *Comportamiento típico e imputación del resultado*, traducción de la edición alemana (Heidelberg, 1988) por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004.

GARCÍA CAVERO, *Lecciones de Derecho Penal*, PG, Grijley, Lima, 2008.

GARCÍA DEL BLANCO, *La coautoría en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

GARRIDO MONTT, *Etapas de ejecución del delito, Autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.

GARRORENA MORALES, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1980.

GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 20, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.

GÓMEZ GONZÁLEZ, *Participación criminal: Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2001.

GRACIA MARTIN, “Política Criminal y Dogmática Jurídico Penal del Proceso de reforma penal en España (I)”, en: *RPCP*, N° 1 Año 1, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1993.

HEGEL, *Rasgos fundamentales de la filosofía del derecho o compendio de derecho natural y ciencia del estado*, traducido por Eduardo Vásquez, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Imputación objetiva *versus* dominio del hecho”, en: *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, LH al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Comares, Granada, 1996.

HOBBS, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, traducción de Manuel Sánchez Sarto, 14ª reimpresión de la 2ª edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal, PG*, 3ª edición, Grijley, Lima, 2005.

IÑESTA PASTOR, *El Código Penal Español de 1848*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

JAKOBS, “La imputación penal de la acción y de la omisión”, en: *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004.

JAKOBS, “El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”, traducción de Manuel Cancio Meliá, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del derecho penal*, Grijley, Lima, 2000.

JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en: *Revista de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 1, traducción de Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, 2000.

JAKOBS, *Sobre la génesis de la obligación jurídica*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.

JAKOBS, *Derecho Penal, PG, Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras - José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, “La competencia por organización en el delito omisivo. Consideraciones sobre la superficialidad de la distinción entre comisión y omisión”, traducción de Enrique Peñaranda Ramos, en: *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, 1997.

JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996.

JAKOBS, “El concepto jurídico-penal de acción”, traducción de Manuel Cancio Meliá, en: *RPCP*, N° 3, Grijley, Lima, 1994.

JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho penal, PG*, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Comares, Granada, 2002.

JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, *Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1929.

KANT, *La metafísica de las costumbres*, traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, 4ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.

KINDHÄUSER, *Cuestiones fundamentales de la coautoría*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

KÖHLER, *Strafrecht, AT*, Springer-Verlag, Berlin, Heidelberg, New York, 1997.

LAMPE, “Injusto del sistema y sistemas de injusto”, traducción de Carlos Gómez-Jara Díez, en: *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, Grijley, Lima, 2003.

LESCH, *Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, JA, 2000.

LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA/RODRÍGUEZ RAMOS/RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ, *Códigos penales españoles*, Akal, Madrid, 1988.

LÓPEZ PEREGRIN, *La complicidad en el delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

MANTOVANI, “Libertad, responsabilidad jurídica y genes”, en: *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, Vol. I, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha y Salamanca, Cuenca, 2001.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.

MARAVÉR GÓMEZ, “Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad”, en: AAVV. *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Idemsa, Lima, 2007.

MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Derecho penal, PG 2*, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995.

MEINI, *Imputación y Responsabilidad Penal*, Ara, Lima, 2009.

MIR PUIG, *Derecho Penal, PG*, 8ª edición, BdeF, Montevideo–Buenos Aires, 2008.

MONTEALEGRE LYNETT/PERDOMO TORRES, *Funcionalismo y normativismo penal, Una introducción a la obra de Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal, PG*, 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, “La autoría conforme al Código Penal”, en: *El Nuevo Derecho penal español, Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001.

OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal, PG*, 2ª edición, Editor Rafael Castellanos, Madrid, 1986.

OCTAVIO DE TOLEDO/HUERTA TOCILDO, *Derecho penal, PG, Teoría Jurídica del Delito (II)*, Editor Rafael Castellanos, Madrid.

OLMEDO CARDENETE, “Comentarios al Código Penal – Artículos 27, 28 y 29”, en: COBO DEL ROSAL (Director), *Comentarios al Código Penal*, Tomo III, Arts. 24 a 94, Edersa, Madrid, 2000.

OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, Edersa, Madrid, 1999.

PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal, Estudio Programático de la PG*, 1ª reimpresión de la 3ª edición, Grijley, Lima, 1999.

PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Tecnos, Madrid, 1990.

PÉREZ ALONSO, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998.

QUINTANO RIPOLLES, *Comentarios al Código Penal*, 2ª edición, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1966.

QUINTANO RIPOLLES, *Compendio de Derecho penal*, Vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal, PG*, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000.

QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS, *Comentarios a la PE del Derecho penal*, 5ª edición, Aranzadi, Navarra, 2005.

QUINTERO OLIVARES (Director)/MORALES PRATS (Coordinador), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 4ª edición, Aranzadi, Navarra, 2005.

RADBRUCH, *El hombre en el Derecho*, traducción de Aníbal Del Campo, Depalma, Buenos Aires, 1980.

ROBLES PLANAS, *Garantes y cómplices, La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Atelier, Barcelona, 2007.

ROBLES PLANAS, *La Participación en el delito: Fundamento y Límites*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2003.

ROBLES PLANAS, "Participación en el delito e imprudencia", en: *RPDJP*, N° 1, Grijley, Lima, 2000.

RODRIGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, PG*, 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995.

ROJAS VARGAS, *Estudios de Derecho Penal*, Jurista editores, Lima, 2004.

ROSALES ARTICA, "Concepto normativo del dolo en el Derecho penal", en: *Gaceta Penal*, N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

ROXIN, *Strafrecht, AT, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Beck, München, 2003.

ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª edición, 1ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

ROXIN, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la 7ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.

ROXIN, *Derecho Penal, PG, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Madrid, Civitas, 2000.

ROXIN, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en: *RP*, N° 2, 1998.

ROXIN, "La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán", en: *Dogmática penal y política criminal*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998.

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002.

SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, "Estudios sobre los deberes positivos, el mandato y la figura del consenso en Derecho penal", en: *CPC*, N° 68, Edersa - Universidad Complutense: Instituto Universitario de Criminología, Madrid, 1999.

SANCINETTI, “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación”, en: *Ilícito personal y participación*, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado: Base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría incluyendo el actuar en lugar de otro”, en: *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, España, 2005.

SERRANO BUTRAGUEÑO (Coordinador), *Código Penal de 1995*, Granada, Comares, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

SILVELA, *El Derecho penal*, Parte Segunda, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903.

STRATENWERTH, *Derecho penal, PG I*, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, “La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva”, en: JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, traducción de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996.

URQUIZO OLAECHEA, “El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código penal peruano”, en: AAVV, *Dogmática actual de la autoría y la participación criminal*, Idemsa, Lima, 2007.

VILLA STEIN, *Derecho penal, PG*, 3ª edición, Grijley, Lima, 2008.

VILLAVICENCIO TERREROS, *Derecho penal, PG*, Grijley, Lima, 2006.

VITERBO ARIAS, *Exposición comentada y comparada del Código penal del Perú de 1863*, Tomo 1, Librería Imprenta Gil, Lima, 1900.

WELZEL, “Estudios sobre el Sistema de Derecho penal”, en: *Estudios de Derecho Penal*, traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Colección: Maestros del Derecho Penal, Nº 6, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

WELZEL, *Derecho penal alemán, PG*, 11ª edición, 4ª edición castellana, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1997.

ZACZYK, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Müller, Heidelberg, 1993.

ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, *Derecho Penal, PG*, 2ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.