

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO

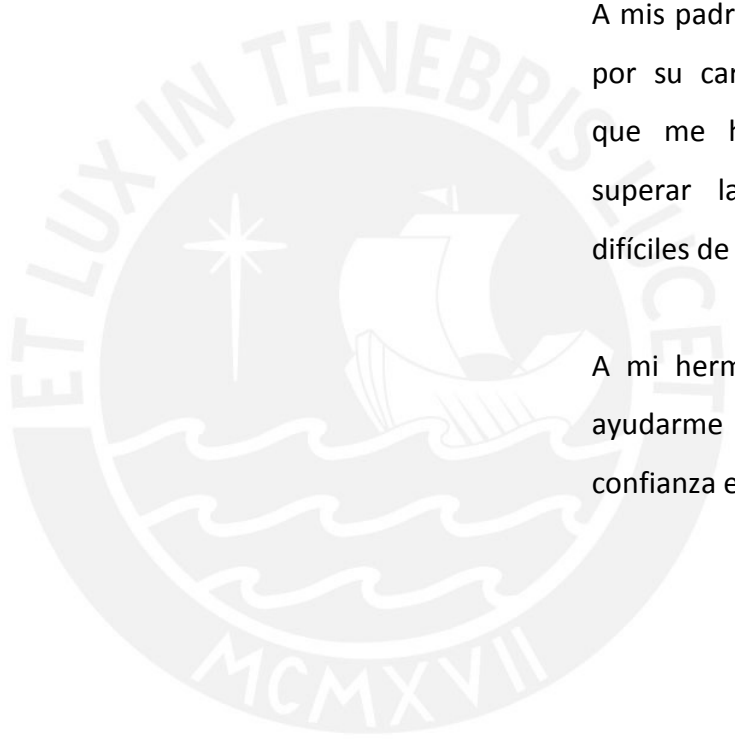
**Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata:
Contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en
el ámbito judicial peruano**

Tesis presentada por

LUCAS EDUARDO TORRES JIMÉNEZ

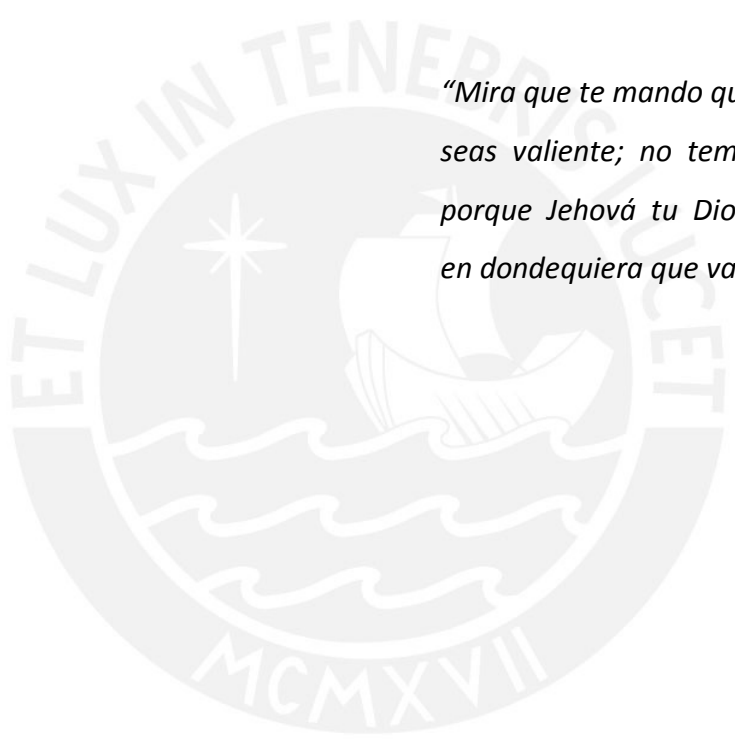
Para optar el título de abogado

Lima, 2013



A mis padres Julio e Isabel,
por su cariño y consejos,
que me han ayudado a
superar la pruebas más
difíciles de mi vida.

A mi hermano César, por
ayudarme a tener siempre
confianza en mí mismo.



“Mira que te mando que te esfuerces y seas valiente; no temas ni desmayes, porque Jehová tu Dios estará contigo en dondequiera que vayas”. (Jos. 1,9)



ÍNDICE

	<u>Páginas</u>
INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I: CONCEPTO DE AUTOR.....	17
1. Sistema unitario de autor.....	19
1.1. Fundamentos.....	22
a) La equivalencia causal de las aportaciones de los intervinientes.....	22
b) La peligrosidad y El merecimiento y necesidad de pena.....	24
1.2. Críticas al concepto unitario de autor.....	26
2. Sistema diferenciador de autor.....	29
2.1. Concepto extensivo de autor.....	30
a) Fundamento.....	30
b) Utilización de criterios objetivos.....	31
c) Críticas.....	32
2.2. Concepto restrictivo de autor.....	34
3. Toma de posición.....	37

CAPÍTULO II: CRITERIOS DIFERENCIADORES DE AUTORÍA Y

PARTICIPACIÓN	38
1. Teorías objetivas.....	39
1.1. Teoría formal-objetiva.....	39
a) La autoría es realización de acciones ejecutivas.....	39
b) La autoría es realización del tipo.....	40
c) Fundamentos.....	41
c.1.) La mayor reprochabilidad o gravedad.....	42
c.2.) El uso del lenguaje común.....	44
d) Críticas.....	45
d.1.) No soluciona los casos de autoría mediata.....	45
d.2.) No soluciona los casos de coautoría.....	48
d.3.) Dificultad de aplicación para los delitos de resultado.....	50
1.2. Teoría material-objetiva.....	51
2. Teoría del dominio del hecho.....	54
2.1. El carácter objetivo – subjetivo y material del dominio del hecho.....	57
a) El carácter objetivo – subjetivo.....	57
b) El carácter material.....	58

2.2. Las formas del dominio del hecho.....	59
a) El dominio de la acción.....	59
b) El dominio de la voluntad.....	61
c) El Codominio funcional del hecho.....	63
c.1.) Decisión común de realizar el hecho.....	65
c.2.) Aporte esencial en el estadio de ejecución.....	68
- Aporte esencial.....	69
- Aportes durante los actos de ejecución.....	74
c.3.) Casos especiales de coautoría.....	78
- Coautoría sucesiva.....	78
- Coautoría alternativa.....	79
- Coautoría aditiva.....	81
2.3. Delitos especiales y de propia mano.....	82
2.4. Críticas.....	84
3. Variantes de la teoría del dominio del hecho.....	88
3.1. Teoría de la pertenencia del hecho.....	89
- Críticas.....	92

3.2. Teoría de la determinación positiva y objetiva del hecho.....	94
- Críticas.....	100
4. Toma de posición.....	103
5.Regulación sobre autoría y participación en los códigos penales peruanos.....	104
5.1. Proyecto de código penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1828.....	104
5.2. Código penal de Santa Cruz de 1836.....	105
5.3. Código penal de 1863.....	115
5.4. Código penal de 1924.....	120
5.5. Código penal de 1991.....	124
6. Nuestra propuesta de regulación sobre autoría y participación.....	134
CAPÍTULO III: AUTORÍA MEDIATA.....	137
1. Fundamento.....	138
2. Requisitos.....	140

3. La incorrecta denominación del ejecutor como “instrumento”	142
4. Distinción con la Instigación.....	145
5. Supuestos Tradicionales de Autoría mediata.....	148
5.1. Autoría mediata por coacción.....	148
a) Otros supuestos de coacción.....	153
a.1.) Modificación de una situación de estado de necesidad.....	154
a.2.) Coacción para la autolesión de la víctima.....	155
a.3.) Provocación intencional de legítima defensa de tercero.....	157
5.2. Autoría mediata por error.....	159
a) Supuestos de Autoría mediata por error.....	169
a.1.) Error que excluye el dolo.....	169
a.2.) Error sobre la antijuricidad de la conducta.....	172
a.3.) Error sobre los supuestos de exclusión de culpabilidad.....	177
a.4.) El que yerra actúa conforme a Derecho o atípicamente.....	182
5.3. Autoría mediata a través de inimputables.....	183
6. Autoría mediata con intermediarios responsables.....	187
6.1. Autoría mediata por aparato organizado de poder.....	188

Otras posturas.....	193
6.2. Autoría mediata por error de tipo vencible.....	196
6.3. Autoría mediata por error de prohibición vencible.....	198
6.4. Autoría mediata por error en la identidad de la víctima.....	200
6.5. Autoría mediata sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho.....	203
6.6. Autoría mediata por error sobre la medida del injusto.....	205
6.7. Autoría mediata por error sobre presupuestos de cualificaciones.....	207
6.8. Autoría mediata por error sobre el riesgo.....	209
7. Supuestos discutidos de autoría mediata.....	211
7.1. Autoría mediata por instrumento doloso sin intención.....	211
7.2. Autoría mediata por instrumento no cualificado.....	212
7.3. Otros supuestos de autor detrás del autor.....	214
7.4. Autoría mediata por omisión.....	216
7.5. Autoría mediata por medio de menores de edad responsables.....	218

CAPITULO IV: LA PÉRDIDA DEL DOMINIO DE LA VOLUNTAD AL

INICIO DE LA EJECUCIÓN DEL DELITO.....	223
1. Ejecutor desiste de continuar con la ejecución del acto delictivo...225	
2. Ejecutor decide continuar con la ejecución del acto delictivo.....233	
2.1. Autoría mediata con instrumento doloso.....235	
2.2. Coautoría.....237	
2.3. Instigación.....238	
2.4. Toma de posición.....240	
CONCLUSIONES.....	245
BIBLIOGRAFÍA.....	253



INTRODUCCIÓN

La autoría mediata es aquella forma de autoría que ha permitido sancionar al verdadero responsable de un hecho delictivo en los casos en que, sin participar directamente en la ejecución del delito, era él quien dirigía el suceso, sólo que se servía de otras personas para lograr su objetivo. Al ser la mente criminal y el director del plan delictivo, la doctrina y jurisprudencia lo considera autor del delito, atribuyéndole en dicha calidad responsabilidad penal.

Así, en casos en los que, por ejemplo, el sujeto A secuestraba a la hija del sujeto B amenazándolo con matarla si éste no robaba un banco y le entrega todo el botín, en caso de realizar B lo que le era exigido por A para salvar a su hija, era evidente que por más que no haya sido A quien robara el banco directamente, sería considerado autor del delito (aunque haciéndose hincapié en el hecho de haberse servido de un tercero para cometerlo).

La utilidad de esta forma de autoría para sancionar al verdadero responsable del delito ha sido objeto de estudio tanto por la doctrina, cuanto por la jurisprudencia nacional y extranjera; sin embargo aún existen algunos aspectos que aún no han sido desarrollados a fondo y que no permiten dar una adecuada solución a ciertos casos concretos.

Así, se tiene el caso en el cual, durante la comisión de un delito por medio de una autoría mediata, el sujeto que es utilizado para cometerlo logra salir del control del autor mediato, pudiendo actuar nuevamente con plena libertad, y decidiendo, a pesar de ello, continuar con el plan querido por el autor mediato, cometiéndose el delito tal y como él lo había pensado.

Un ejemplo de esto se daría si un médico, queriendo matar a un paciente, le entregara a la enfermera encargada de su cuidado una jeringa con veneno haciéndole creer que se trata de su medicina; si la enfermera lograra percatarse de que se trata de veneno, y a pesar de ello, decidiera seguir con lo ordenado por el médico y le aplicara la inyección letal,

muriendo la víctima a los pocos minutos producto del veneno inyectado; en principio no podrá establecerse un clásico supuesto de autoría mediata en el que el autor mediato (médico) deba responder, eximiéndose de responsabilidad a quien actuó conforme a sus instrucciones (enfermera).

Así mismo, si Sergio y Tomás van de cacería al bosque, acordando Sergio con Antonio que este último iba a estar esperándolos escondido disfrazado de oso para asustar a Tomás, y jugarle una broma, razón por la que Sergio debía llevar a Tomás por un determinado camino. Si Sergio aprovechara este acuerdo para matar a Antonio y llevara a Tomás por otro camino, buscando deliberadamente que Tomás confunda a Antonio con un oso y le dispare; en principio, si Tomás matara a Antonio sin darse cuenta de que estaba disfrazado de oso, y en la creencia de que estaba cazando a uno, se configuraría el tradicional supuesto de autoría mediata; siendo Sergio autor mediato del homicidio de Antonio, y Tomás un instrumento. Este razonamiento cambiaría si Tomás (antes de disparar) se diera cuenta que en realidad no se trataba de un oso, sino de Antonio disfrazado de oso, y pese a ello, de igual forma le disparara con la intención de matarlo; pues aquí ya no podría hablarse de un clásico supuesto de autoría mediata.

El presente trabajo tiene como objeto analizar estas peculiaridades en torno a la autoría mediata, las que no han sido muy desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia, no existiendo una respuesta clara sobre la forma de responsabilidad de los sujetos involucrados. La siguiente tesis propondrá soluciones para la asignación de responsabilidad, así como criterios que puedan ser usados por nuestra jurisprudencia nacional, conforme a lo establecido en nuestra legislación.

La hipótesis a demostrar, es que existen casos de autoría mediata, además del supuesto de uso de un aparato organizado de poder, en los que el llamado “instrumento” también es responsable como autor directo del delito, supuesto no muy desarrollado en la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional; el cual debe distinguirse de los casos en que el ejecutor, al recuperar su libertad, además de convertirse en autor directo del delito,

generará que el hombre de atrás deje de ser considerado autor mediato y responda por una forma de intervención delictiva distinta, que creemos es la solución adecuada para solucionar los casos antes mencionados, lo cual se determinará en el presente trabajo.

Para ello, en el primer capítulo haremos previamente un estudio sobre el concepto de autor, a fin de demostrar la necesidad de hacer una distinción entre autores y partícipes de las personas que intervienen en la comisión del delito.

En el segundo capítulo se realizará una exposición de los distintos criterios postulados para poder lograr esta distinción entre autores y partícipes, para posteriormente determinar cuál es aquella que logra este objetivo de la forma más clara y adecuada, y así con ella proponer una regulación sobre autoría y participación para nuestro código penal.

Debido a que en la autoría mediata, tema central de este trabajo, el hombre de atrás domina la voluntad del ejecutor de manera intencional para cometer un delito, estos son realizados en su modalidad dolosa; por este motivo, no analizaremos la posibilidad de distinguir entre autores y partícipes en los delitos culposos.

Luego, en el tercer capítulo se hará un estudio de la autoría mediata, a fin de determinar los supuestos que deben ser calificados de esta manera, por lo que pasaremos a identificar cuáles son los requisitos necesarios para que se configure esta forma de autoría, y así lograr esclarecer si es posible un supuesto de autoría mediata donde el intermediario también responda como autor directo del delito cometido.

No serán objeto de estudio del presente trabajo los supuestos en que: un extraneus domina la voluntad de un ejecutor intraneus para cometer un delito especial propio, ni cuando se domina la voluntad de un sujeto para cometer un delito de propia mano; pues estos serán desarrollados en uno posterior.

Por último, en el cuarto capítulo pasaremos a determinar si el caso objeto del presente estudio (plasmado en los ejemplos propuestos), constituye un supuesto de autoría

mediata o si, por el contrario, puede ser resuelto mediante otras formas de autoría y participación.





CAPÍTULO I

EL CONCEPTO DE AUTOR

Para lograr una convivencia en armonía dentro de una sociedad, se hace necesario proteger ciertos intereses que deben ser respetados por todas las personas; estos intereses son denominados bienes jurídicos, y deben ser protegidos conforme con los principios de mínima intervención, fragmentariedad y lesividad, que limitan la actuación del *ius punendi*¹. Debido a ello, se prohíben ciertas conductas que pongan en peligro o lesionen de forma más grave estos bienes; puesto que los mismos atentarían contra la armonía buscada en toda sociedad. Estas conductas son denominadas delitos y se encuentran recopiladas en nuestro código penal peruano y en algunas leyes especiales. Así, por ejemplo, el artículo 106 del Código Penal sanciona a quién *mata a otra persona*, imponiendo a aquél que lo realice una sanción de privación de la libertad de entre 6 a 20 años.

En la línea de lo expuesto, a quien realice una de las conductas prohibidas se le denomina autor del delito, configurándose en el ejemplo citado como autor del delito de homicidio el que realiza la conducta típica y mata a otra persona. No obstante ello, existen ocasiones en las que en la comisión de un delito no participa solo una persona, sino dos o más, surgiendo una discusión en torno a la forma en que deben responder todos ellos, discutiéndose si todos o solo algunos de ellos son autores de este delito; así como sobre la calificación jurídica que debe asignarse a quien no se considera autor.

Son dos los sistemas que se proponen sobre esta discusión: **El sistema unitario de autor** y el **sistema diferenciador de autor**. Para el primer sistema, todos deberán ser sancionados como autores; mientras que, para el segundo, debe hacerse una distinción entre autores y partícipes.

¹ Sobre los principios que limitan la intervención del Derecho penal, ver: MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, PPU, Barcelona, 1996, p. 71 a 101.

1. El sistema unitario de autor:

Como explica Villavicencio Terreros: *“Para esta corriente, los autores son todos los intervinientes que prestan una contribución causal a la realización del delito, sea como autor o partícipe, no siendo necesario que su contribución al hecho se materialice en acciones típicas”*². En igual línea López Peregrín señala que: *“(…) Su principal consecuencia es la consideración como autor de todo el que realiza una contribución causal al hecho punible, con independencia de la intervención concreta que haya tenido en él, y al margen de la valoración jurídica de las conductas de los demás intervinientes. (...)”*³.

Conforme con esta teoría, todas las personas que contribuyan en la comisión de un delito serán considerados autores, no existiendo distinción alguna respecto a la contribución de cada uno; siendo todas las contribuciones consideradas iguales respecto al resultado producido y, por tanto, igualmente responsables.

En opinión de Díaz y García Conlledo⁴, esta teoría ha sido recogida en distintas legislaciones, como por ejemplo el Código Penal noruego de 1902⁵ y el danés de 1930⁶, entre otros⁷.

² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal. Parte General, Grijley, Lima, 2009. p. 461.

³ LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen. La complicidad en el delito, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p.33. Citado por: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Ibidem.

⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en Derecho Penal, PPU, Barcelona, 1991, p. 56.

⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 57, nota al pie número 62: *“(…) (traduzco de la versión alemana de ROEDER, Erscheinungsformen, 1953, 67): “§ 58. Si varios han colaborado para un fin punible y la colaboración de un sujeto o bien ha sido en lo esencial provocada por su dependencia de otro de los participantes, o bien ha sido de menor importancia en relación con las otras, la pena de éste puede ser rebajada por debajo del mínimo del marco penal establecido o a un tipo de pena más suave”.*

⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 57, nota al pie número 63: *“Traduzco los §§ 23 y 24, que son los fundamentales referidos a la intervención en el delito, de la traducción alemana del danés de MARCUS, Das Danische Strafgesetzbuch, 1953, 6: “§23.1. La norma penal vigente para un hecho delictivo se aplica a todos los que han tomado parte en él (según MARCUS, op. Cit. 6 n. 7, literalmente han colaborado en él) por incitación, consejo o (con un) hecho. La pena puede atenuarse para quien sólo quiso prestar un apoyo menos esencial o fortalecer una decisión ya tomada, así como cuando el delito no está o ha fracasado una*

Dentro de la teoría unitaria de autor se pueden encontrar dos acepciones: el concepto unitario formal y el concepto unitario funcional o material.

El primero establece que: *"(...) todo participante en un hecho es autor del mismo, y no se describen distintas formas en que pudiera realizarse la autoría (...)"⁸*.

Para el concepto unitario formal, si Pedro convenciese a Francisco de matar a Javier, y éste realizara la acción utilizando un arma de fuego que le facilitara Antonio (quien sabía que Francisco iba a usar el arma con dicha finalidad); los tres serían responsables en calidad de autores por el homicidio de Javier, a pesar de que quién disparó fue sólo Francisco; ya que debido a la contribución de cada uno de ellos se produjo el hecho delictivo.

Por otro lado, para el concepto **unitario funcional o material** de autor, propuesto por Kienapfel, *"(...) partiendo de la igualdad como autores de todos los intervinientes, se pueden definir distintas figuras de autoría, como por ejemplo la regulación del §23 inc. 1,1. Del CP danés de 1930 y el ÖStGB."⁹*

Se ve entonces que la versión unitaria funcional o material considera que sí es posible distinguir a los intervinientes, pero únicamente entre distintos tipos de autor, así pueden presentarse casos de autoría inmediata, que consiste en ejecutar

participación proyectada. 2. La pena también puede atenuarse para quien toma parte en la infracción de la relación especial de deber (Pflichtverhältnis) a la que él mismo no está sometido. 3. Mientras no se haya dispuesto otra cosa, puede prescindirse de la pena por la participación en delitos que no se conminan con pena mayor que la de arresto (Haft, pena que, en general, abraza desde 7 días a 2 años de privación de libertad, según el § 44 del CP del que nos estamos ocupando), cuando el partícipe sólo quiso prestar un apoyo menos esencial o fortalecer una decisión ya tomada, así como cuando su participación es consecuencia de la imprudencia.

§ 24. *El participante no será penado si, bajo los presupuestos del § 22 (relativo al desistimiento de la tentativa y cuestiones conexas), impide la consumación o emprende acciones que habrían impedido la consumación, si ésta no hubiera fracasado sin su consentimiento o no se hubiera evitado de otra manera".*

⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 56, señala que en su opinión también se ha acogido el sistema unitario de autor en el Código Penal italiano de 1930, la OWiG alemana, desde 1968, hasta la hoy vigente, el ÖStGB de 1974 y otros Códigos y Proyectos de diversos países, transcribiendo los artículos pertinentes de cada uno de esos códigos en las notas al pie número 64 a 67.

⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 65.

⁹ KIENAPFEL, Diethelm. "Beteiligung" und "Teilnahme". Zum Verhältnis vom OWiG zum StGB, en: NJW 1970, 1826 – 1833. Citado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ibidem.

directamente el delito, y autoría mediata, no refiriéndose a su significado clásico, sino a otras formas de cooperar o determinar la comisión de un delito¹⁰; o señala también que se puede hablar de autoría por incitación (Veranlassungstäterschaft) y autoría por apoyo (Unterstützungstäterschaft)¹¹; sin embargo, se sigue considerando a todos los intervinientes como autores del delito, por lo que el realizar esta distinción no tiene ninguna consecuencia distinta al sistema unitario formal de autor.

Analizando el ejemplo anterior, conforme con esta nueva teoría, Pedro, Francisco y Antonio serían autores del delito de homicidio, pero de distintas modalidades, de esta manera, Pedro sería autor por incitación; Francisco, autor inmediato y Antonio, autor por apoyo.

Se puede concluir entonces que estas versiones del concepto unitario de autor consideran que todas las intervenciones de los participantes permiten que se genere el resultado y, por ello, considera a todos responsables del delito, diferenciándose el concepto formal del material en que para el primero todos serían “autores” sin ninguna distinción entre sí, mientras que para el segundo sí podrían diferenciarse, pero únicamente como diferentes tipos de autor, compartiendo en el fondo la idea de que todos los intervinientes responden por el delito en calidad de autores.

Una de las consecuencias del concepto unitario de autor es el rechazo del principio de accesoriedad, esto, como explica Suárez Sánchez, es debido a que: “Se caracteriza el sistema unitario de autor por el reconocimiento de la autonomía de cada una de las intervenciones en el hecho punible, por lo cual cada copartícipe

¹⁰ KIENAPFEL, Diethelm. Das Prinzip der Einheitstäterschaft, JuS 14 (1974), p. 2. Citado por FIERRO, Julio Guillermo. Teoría de la Participación Criminal, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 297.

¹¹ KIENAPFEL, Diethelm. Der Einheitstäter, 1971, 35. Citado por Díaz y García Conlledo, Miguel. Op. Cit. p. 66.

*responde de manera individual e independiente de su propio injusto, al rechazar tanto la accesividad cualitativa como la cuantitativa (...)*¹²

Esta es una de las principales diferencias entre el sistema unitario y el sistema diferenciador de autor, puesto que al considerar que todos los intervinientes en el delito son responsables a título de autor, no puede hacerse depender la responsabilidad de unos a la de otros, puesto que - según esta teoría - cada uno ha cometido el delito por igual.

1.1. Fundamentos del Concepto Unitario de Autor:

Los fundamentos de esta teoría son principalmente dos: a) La equivalencia causal de las aportaciones de los intervinientes y b) La peligrosidad y el merecimiento y necesidad de pena.

a) La equivalencia causal de las aportaciones de los intervinientes

Como explica Santiago Mir Puig, basándose en la “teoría de la equivalencia de las condiciones” para el concepto unitario de autor: “(...) si toda condición del hecho, en su concreta configuración, es causa del mismo, todos quienes aportan alguna intervención que afecte al hecho, en su concreta configuración, es causa del mismo, (...) y, por consiguiente, autores. (...)”¹³.

Como se ve, según este fundamento, toda persona que contribuye en el hecho genera que el delito se produzca, por lo que es responsable

¹² SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría. Tercera edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2007, p. 51.

¹³ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 359.

también por ser una de sus causas, puesto que sin su aporte el hecho no se habría producido.

Díaz y García Conlledo cita a Heimberger como uno de los autores más representativos respecto a esta posición, al señalar que: *“(...) La consecuencia de ello (scil. de la equivalencia de las condiciones) para la teoría de la participación es ésta: El autor, el coautor, el cómplice, el inductor – Todos ellos colocan condiciones, todos ellos son por eso causas de resultado. Debido a su igual necesidad para el resultado, el legislador debe otorgarme el derecho de aplicarles el mismo marco penal a todos ellos como intervinientes en el mismo hecho. No me debe obligar a distinguir donde me falta la posibilidad de distinción”¹⁴.*

Sin embargo luego el propio Heimberger¹⁵ reconoce que si es posible hacer estas distinciones: *“(...) Pero aún cuando todas las condiciones son igualmente necesarias para el resultado, no todas tienen el mismo valor. (...) las distintas condiciones necesarias para el resultado pueden ser de distinto valor (...)”.*

Esta aparente contradicción es explicada luego por Díaz y García Conlledo donde aclara que para la mayoría de los defensores del concepto unitario no es que no pueda distinguirse todas las intervenciones, sino que es conveniente hacer tal distinción recién al momento de realizar la determinación de la pena¹⁶.

Algunos de los defensores del sistema unitario de autor se adhieren a esta teoría, incluso utilizando fundamentos distintos a la teoría de la equivalencia de las condiciones, para rescatar el mayor efecto de

¹⁴ HEIMBERGER, Joseph. *Bericht über die Behandlung der Teilnahme am Verbrechen*, en: *Mitteilungen* 11 (1904) P. 538. Citado por DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 68 y 69.

¹⁵ HEIMBERGER, Joseph. Op. Cit. p. 538. Citado por DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 71 y 72.

¹⁶ DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 72 y 73.

intimidación¹⁷, a efectos de lograr que las personas no busquen contribuir de forma alguna en la comisión de un delito, sancionando el más mínimo aporte con una pena impuesta en calidad de autor.

b) La peligrosidad y el merecimiento y necesidad de pena:

Respecto a la peligrosidad como fundamento del concepto unitario de autor, señala Suárez Sánchez que las concepciones autoritarias del Derecho penal parten de un “derecho penal de la voluntad”, que conduce a un derecho penal de autor, en las que toman en cuenta por ejemplo la peligrosidad del sujeto, “(...) *propician un concepto unitario de autor, porque desde el punto de vista de la actitud interna (peligrosidad) les resulta difícil distinguir en el marco descriptivo de las formas de intervención (...)*”¹⁸.

Señala este autor que la peligrosidad como fundamento del concepto unitario de autor es rechazado por Roxin porque “(...) *a partir de exclusivos conceptos normativos no se puede construir ninguna diferenciación y porque la peligrosidad no asegura precisión, para conducir al final de modo inexorable a un concepto unitario de autor, lo cual en última lleva a una criminalización del derecho penal*”¹⁹.

La utilización de la peligrosidad como fundamento del concepto unitario de autor debe ser rechazado, puesto que no constituye un criterio idóneo para determinar cuándo una persona es partícipe o autor; la peligrosidad es un concepto impreciso que corre el riesgo de

¹⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. p. 50.

¹⁸ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. P. 69

¹⁹ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, sexta edición alemana, traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y José Luis SERRANO GONZÁLES DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid y Barcelona, 1998. P. 47 y ss. Citado por SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. 69.

ser determinado arbitrariamente por cada ordenamiento; lo que podría llevarnos a un derecho penal autoritario en el que se otorgue prevalencia al fin preventivo general de la pena, pues sólo se aplicaría la pena con la finalidad de que las demás personas no deseen intervenir de ninguna forma en la comisión de un delito²⁰.

Con relación al fundamento de merecimiento y necesidad de pena, para Díaz y García Conlledo *“(…) La decisión de penar solo alguna de ellas (las intervenciones en el delito) o de penar unas más que otras o de hacer depender la punición de unas respecto de las otras es ya una valoración de la ley que, en lo penal, no tiene más remedio que basarse en el merecimiento y la necesidad de pena para cada figura (desvaloración de la conducta y correspondencia entre la punición de la forma de intervención y los fines que se persiguen en el ordenamiento penal con la imposición de la pena) (...)”*²¹. De lo expuesto por este autor, resulta evidente que en todas las teorías sobre el concepto de autor está presente el fundamento del merecimiento y necesidad de pena, y que la elección que realice el legislador se debe a las valoraciones que fija el entorno cultural y el propio ordenamiento constitucional, sirviéndoles de guía para determinar cuándo una conducta debe ser sancionada²².

En torno a este punto, Díaz y García Conlledo señala: *“(…) no me estoy refiriendo a los del caso concreto ni de un sujeto concreto, que dependerán de múltiples factores (por ejemplo su imputabilidad) importantes ya sobre todo en la determinación del pena (...) sino al*

²⁰ Sobre el fin preventivo general de la pena ver: CHANG KCOMT, Romy, Función de la pena en el ordenamiento peruano y anotaciones sobre el régimen penitenciario vigente en el Perú, material preparado para el curso Derecho Penal 1 dictado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 7.

²¹ DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 80.

²² En igual línea ver: SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. p. 70.

merecimiento de pena del fenómeno en sí y con todas sus implicancias sistemáticas”²³. Con esta precisión, Díaz y García Conlledo descarta la crítica formulada por Roxin, respecto de que no puede recurrirse al merecimiento y necesidad de pena, puesto que para él, autor es la figura central del suceso y no que quien aparece como altamente merecedor de pena, pero para los defensores del sistema unitario de autor: “(...) no hay datos reales que permitan pensar que hay una figura central (...) sino que el carácter central de ciertas figuras hace que el derecho penal deje fuera de su contemplación ciertos fenómenos participativos, pero que entre los que toma en consideración las diferencias no son tan importantes como para destacar valorativamente una de las figuras (...) por ello en principio todos esos intervinientes merecen en abstracto la misma pena (...)”²⁴

Se ve entonces que el fundamento de la necesidad y merecimiento de pena sí es útil para el sistema unitario, puesto que permite fundamentar la responsabilidad de todos los intervinientes conforme con su entorno cultural y el ordenamiento constitucional vigente; ostentando también importancia, aunque de forma abstracta, para todo concepto de autor.

1.2. Críticas al concepto Unitario de autor:

Además del rechazo del fundamento de la peligrosidad del sujeto para determinar el concepto de autor, esta teoría tiene otras críticas:

²³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 81.

²⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 84.

a) **Permite el castigo de conductas muy alejadas de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, ampliándose grandemente la frontera de lo típico.** Esta idea, señalada por Díaz y García Conlledo, se debe a que: *“(...) en el sistema unitario puro lo que cuenta es el injusto propio de cada interviniente (autor), por lo que la tentativa de cada uno empezará y será punible desde el momento en que, según su plan, se disponga inmediatamente a realizar su propio hecho (...); por lo que (...) se castiga comportamientos que desde el punto de vista de la peligrosidad para el bien jurídico, prevención general y especial, o el carácter de ultima ratio del Derecho Penal, no aparecen como merecedores o necesitados de pena”*²⁵.

Un ejemplo de ello es que conforme al concepto unitario de autor, si A intenta ayudar a B en su plan de matar a C, dándole un arma de fuego, pero ésta no es utilizada por B por haber decidido de antemano recurrir al veneno, A será responsable por tentativa de homicidio puesto que intentar matar equivaldría a intentar ayudar; cuando en realidad, al no existir un nexo entre la causa de la muerte C con la conducta de B, no tendría justificación que se le responsabilice por ese hecho.

b) **En los delitos especiales habría que considerar como autores a sujetos que no reúnen las condiciones exigidas por el tipo penal, o en los delitos de propia mano, a aquellos que no realizan directamente la acción descrita en el tipo penal, si de alguna manera intervienen en el hecho.** Esto debido a que para el concepto unitario de autor todo interviniente en el delito responde como autor, pudiendo ocurrir casos en los que, a pesar de que un interviniente no cumpla con la cualidad exigida por el tipo penal, sea considerado

²⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 134 y 135.

autor; o que, a pesar que el delito sólo pueda ser ejecutado directamente, sea considerado autor por realizar otro tipo de aporte; lo cual es absurdo. Así, por ejemplo, si un particular coopera con un funcionario público en la comisión de un delito propio de su función, por ejemplo prevaricato, también será considerado autor a pesar de no contar con la condición de juez o fiscal, lo que es contrario con un Derecho penal garantista. Asimismo, aquél que sólo instiga a quien realiza un falso testimonio, también será considerado autor, a pesar de que no es él quien realiza la declaración²⁶; lo cual no es sostenible con un Derecho penal constitucional²⁷.

c) La sanción de los intervinientes en atentados a bienes jurídicos de los cuales puede disponer el derechohabiente (suicidio y autolesiones). Los actos donde un sujeto dispone de su propio bien jurídico, y el resto de intervinientes no sean autores mediatos o no tengan una posición de garante o no se haya penado una forma de participación para estos casos, son actos atípicos, por lo que no hay delito; sin embargo ya que para la teoría unitaria todos son autores si realizan cualquier forma de intervención, estos sí serían considerados autores de una conducta que es considerada atípica²⁸, lo cual es contrario al principio de legalidad.

Sin embargo esta crítica no sería aplicable en nuestro ordenamiento para el caso de ayuda o instigación al suicidio, puesto que estas conductas están tipificadas como delito en el artículo 113 de nuestro

²⁶ DONNA, Edgardo Alberto. Derecho Penal, Parte General, Tomo V: El delito imprudente – Autoría y participación criminal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009. p. 333 y 334.

²⁷ Sobre Derecho penal constitucional ver: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Curso de Derecho penal, Parte general, Experiencia.S.L., Barcelona, 2004, p. 44 a 46.

²⁸ SUÁREZ SÁNCHEZ, Miguel. Op. Cit. p. 58 y 59.

Código Penal²⁹, por no considerarse totalmente disponible el bien jurídico vida.

2. El Sistema Diferenciador de Autor:

Como explica Hurtado Pozo, este sistema consiste en: *“(...) distinguir entre las diversas formas de intervención de las personas que cometen de manera conjunta un hecho delictivo. Una intervención causal en la ejecución de un delito sólo será calificada como participación si ha sido prevista en la ley como tal, pues autor no son todos los que colaboran en el hecho. (...)”*³⁰.

Para este sistema de autor entonces, no todos los aportes de los distintos intervinientes en el delito tienen igual valoración, sino que algunos son principales y otros secundarios, señalando que los primeros serán considerados autores; y los segundos, partícipes.

Este sistema tiene dos variantes sobre la forma de realizar las valoraciones de los distintos aportes y de esta manera poder determinar quiénes deben ser considerados autores y quiénes partícipes; estas variantes son el concepto extensivo de autor y el concepto restrictivo de autor, los cuales se desarrollarán a continuación.

²⁹ Artículo 113 Código penal peruano:

“El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta”

³⁰ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal, Parte General I, tercera edición, Grijley, Lima, 2005, p. 854 y 855.

2.1. El Concepto Extensivo de Autor:

a) Fundamento

Este concepto de autor tiene como fundamento, al igual que el concepto unitario de autor, la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo que todos los que realizan un aporte que contribuya con la producción del hecho son igualmente responsables; de manera que en el plano objetivo, no puede hacerse ninguna distinción entre las intervenciones de los distintos sujetos. Sin embargo, para los defensores de esta teoría, la distinción entre autor y partícipe es necesaria y viene impuesta por la ley³¹.

Así, utilizan como criterio para diferenciar los aportes de los intervinientes a la **“teoría subjetiva de la participación”**, según la cual: *“(...) Es considerado autor el sujeto que actúa con voluntad de tal (animus auctoris), quiere el hecho como propio o tiene interés en el resultado, y partícipe, quién actúa con voluntad de tal (animus socii), quiere el hecho como ajeno y no tiene interés propio. (...)”*³²

De esta manera, para esta teoría, la calificación de autor o partícipe en la comisión de un delito dependerá del **“animus”** con el que actúe cada interviniente, siendo irrelevante entonces lo determinante de su aporte objetivo en la realización del hecho, pudiendo ser calificado como autor incluso aquel que teniendo interés en el delito tuvo una pequeña intervención en el hecho.

³¹ DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. p. 334 y 335.

³² VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 464

Uno de los casos más conocidos en los que se utilizó este criterio fue el de la bañera (Badewannenfall)³³, en el cual una mujer ahogó en una bañera al hijo natural de su hermana, la que se lo pidió. Al principio, el Tribunal de Jurados condenó a la tía (hermana de la madre) como autora (mediata) del homicidio, y a la madre como instigadora; pero, en segunda instancia, el Tribunal Imperial revocó la sentencia y condenó como autora a la madre y cómo cómplice a la tía por considerar que la primera era quién tenía interés en el resultado, mientras que la segunda sencillamente había querido apoyar al hecho de su hermana.³⁴

Para este sistema, ya que todas las intervenciones objetivamente son iguales y, por lo tanto, todos los intervinientes deberían ser tratados como autores, las normas referidas a la instigación y complicidad, que hacen que sean tratadas de forma distinta a la autoría, aparecen como *causas de restricción de la pena*.³⁵

A través de la teoría subjetiva se podía fundamentar la autoría mediata debido a que, siendo lo determinante el animus del sujeto, a pesar de que no se realizara una contribución determinante en el delito, era posible atribuir responsabilidad a título de autor a aquél que no interviniera en la ejecución del delito pero que actuara con determinada intención.

b) Utilización de Criterios Objetivos:

Algunos autores tratan de fundamentar la distinción entre autores y partícipes en el concepto extensivo de autor, utilizando para ello

³³ Ver: RGSt. 74 (sentencia de fecha 19 de febrero de 1940). p. 84 a 86.

³⁴ FIERRO, Guillermo Julio. Ob. Cit. p. 308.

³⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas, WEIGEND. Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel, quinta edición, Comares, Granada, 2002, p. 699.

critérios objetivos. Así, por ejemplo, Schmidt señala que una menor pena para el cómplice se basa en la *“(...) menor peligrosidad que se da objetivamente en el comportamiento del cómplice frente al bien jurídico lesionado. (...)”*³⁶. Este argumento es criticado por Roxin, para quien: *“(...) si la ley diferencia autor, inductor y cómplice, parece que es incorrecto buscar el sentido de esa diferenciación y con ello el contenido del concepto de autor precisamente en algo que es común a las tres formas de intervención: la lesión (o puesta en peligro) de los intereses o bienes jurídicamente protegidos en los tipos de la parte especial”*.³⁷

c) Críticas:

Este concepto de autor ha sido criticado por utilizar únicamente como criterio para distinguir entre autores y partícipes al animus de los sujetos, lo cual resulta contraproducente por lo siguiente:

c.1.) Vulnera el principio de Legalidad.- Este principio, siendo uno de los límites más importantes del ius punendi, supone el reconocimiento de los principios de ley previa, ley escrita y ley estricta, referido este último a: *“(...) la taxatividad de la norma penal, la prohibición de utilizar elementos indeterminados, cláusulas generales en las definiciones penales y, además, la prohibición de utilizar la analogía in malam partem en la interpretación de las normas penales. (...)”*³⁸. De esta manera, la ley debe establecer claramente qué conductas serán sancionadas a título de autoría y cuáles a título de participación; en este caso, al depender la distinción entre autor y partícipe

³⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. p. 123

³⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 274

³⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, Política criminal, Colex, Madrid, 2001, p. 181 y 182.

del animus del sujeto, se critica que: *“(…) los tipos penales establecen un límite objetivo al concepto de autor, que no puede ser traspasado con el ánimo del sujeto interviniente. (...) (de hacerlo) destruye el concepto de autor y con éste la función de garantía de los tipos.”*³⁹

c.2.) No es un elemento verificable.- Ya que el criterio de *si el agente actuó por un interés propio o ajeno*, no es verificable. Así, resulta en la práctica imposible conocer si la persona quería realmente realizar el delito, o si lo hizo sólo porque quería ayudar a otro. Esta imposibilidad probatoria dejaría a la discrecionalidad del juez la determinación de si el sujeto debe ser considerado autor o partícipe; lo que torna a este criterio inidóneo.⁴⁰

c.3.) Permitiría que se consideren autores a los que no realizan el delito de propia mano o a quienes no cumplen con la calificación exigida en un delito especial.- En los delitos de propia mano será autor quién realice la conducta delictiva físicamente: alguien en específico. Así, por ejemplo, en el delito de falso testimonio sólo puede ser autor quien hace la declaración, lo que no necesariamente sería acorde con esta teoría; dado que, si el sujeto actuó en interés ajeno no podría ser considerado autor; lo cual es completamente contradictorio con lo señalado en la ley, ya que para ésta, lo determinante es quién realiza la conducta y no sólo la intención de quien la realiza. Ocurre algo similar en los delitos especiales, puesto que para esta teoría, a pesar de que alguien no cumpla con la

³⁹ DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. p. 340

⁴⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas, WEIGEND. Op. Cit. p. 700

calificación especial, como por ejemplo ser funcionario en un delito de cohecho, si actuó en interés propio, sería considerado autor; lo cual se contradice con lo señalado en la norma, la que necesariamente exige la concurrencia de esa cualidad para ser considerado autor.⁴¹

c.4.) Adicionalmente, se cuestiona a la postura que intenta distinguir en esta corriente entre autores y partícipes por medio de criterios objetivos que, el carácter residual que ostenta el concepto extensivo de autor, puesto que, de esta teoría, para determinar cuándo una conducta es considerada de autoría y cuando de participación, primero verifica si la conducta se subsume en las figuras de inducción y complicidad; encasillando en conductas de autoría a todas las que no se enmarquen en estos dos supuestos, lo que hace que, en el fondo, toda intervención sea punible, olvidando que hay casos en los que no ocurre esto como la participación imprudente en hechos imprudentes⁴².

2.2. El Concepto Restrictivo de Autor.-

En este concepto de autor, también se diferencia dentro de los distintos sujetos que intervienen en el delito a autores y partícipes, pero partiendo de un principio opuesto al del concepto extensivo de autor. Así, no se considera que todos los que intervienen en el delito sean causantes por igual del hecho (autores), puesto que - conforme lo señala Mir Puig - no todo el que es causa del delito realiza el tipo, siendo necesario algo más

⁴¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Derecho Penal Español, Parte General, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 325.

⁴² SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. p. 124.

que la causación: “(...) Los tipos de la participación serán, pues, <<causas de extensión de la pena>>, ya que si no estuvieran previstos por la ley no serían punibles. La diferencia entre autor y partícipe puede ser objetiva, según la clase de contribución al hecho. (...)”⁴³.

Conforme con esta corriente, entonces sólo será autor aquel cuyo aporte realice el tipo penal, así por ejemplo en un delito de homicidio, si B le entrega a A el cuchillo con el que éste mata a C, si bien los aportes de ambos son las “causas” del hecho, solamente al clavarle el cuchillo a causó su muerte, puesto que la entrega del arma por parte de B no produjo esto; siendo considerado por ello como autor del homicidio únicamente A.

No obstante ello, la conducta de B no quedará impune, ya que le serán aplicables las normas que regulan la participación delictiva, las que permiten sancionar a quienes colaboraron con el autor en la producción del hecho, a pesar de no haber realizado directamente la conducta prohibida por la ley (en este caso matar). De no existir esas normas, al tratarse de conductas atípicas (como es proporcionar el arma homicida), no serían punibles, de allí que se configuren como causas de extensión de la pena.

Debido precisamente a que se considera que no todos los aportes realizan el tipo, la teoría restrictiva de autor sí es posible hacer una distinción objetiva entre las distintas intervenciones, a diferencia de lo planteado por las teorías anteriormente estudiadas, las que consideran que todos los aportes son causantes por igual del hecho delictivo.

Se denomina concepto restrictivo de autor puesto que se diferencia a autores y partícipes, circunscribiendo la calificación de autor únicamente al

⁴³ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 362.

sujeto que, de todas las distintas intervenciones que pueden existir en la producción del hecho, realice la descripción típica.⁴⁴

Como se señaló anteriormente, sólo algunos de los intervinientes serían autores, por realizar directamente el verbo rector; mientras que los otros intervinientes, al no realizar dicha conducta, en principio no podrían ser sancionados; sin embargo, en la medida en que la parte general regula otras formas de intervención, las conductas de quienes no realizan directamente el verbo rector igualmente serían sancionados penalmente.

De lo anterior apreciamos que, en el sistema restrictivo de autor las teorías sobre autoría y participación tienen la función de caracterizar la figura nuclear del suceso (autor) y además describir los fundamentos que permiten una extensión de la punibilidad a personas que no han realizado la conducta del autor, pero que han contribuido de otra forma en el hecho.⁴⁵

Las formas de participación en el sistema restrictivo de autor no son independientes, sino que, en virtud del principio de accesoriedad, deben sumisión a la figura central de la autoría. De esta manera, éste permite una más adecuada delimitación de lo típico y lo atípico, siendo así garantista y respetuoso del principio de legalidad, cumpliendo los requerimientos de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho.⁴⁶

⁴⁴ GÓMEZ BENITES, José Manuel. Teoría jurídica del delito, Derecho Penal, Parte General, Civitas, Madrid, 1984. p. 119

⁴⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de Derecho Penal, ediciones Akal, quinta edición totalmente actualizada, Madrid, 1998, p. 355.

⁴⁶ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. p. 129

3. Toma de Posición:

Luego de ver los defectos del concepto unitario y extensivo de autor, consideramos que la opción más satisfactoria es el concepto restrictivo de autor, siendo el respeto del principio de legalidad uno de los argumentos principales que justifican la elección de esta teoría. En esta línea, consideramos que es preferible partir de un concepto restrictivo, para luego permitir excepciones justificadas en criterios de merecimiento, necesidad de pena y justicia material; sobre todo cuando el Código penal peruano contempla de por sí esta teoría, al señalar en el artículo 23⁴⁷ quienes realizan el hecho punible (autores), mientras que en los artículos 24⁴⁸ y 25⁴⁹ sancionan a los que intervienen de otra forma, concretamente a los determinan al autor o colaboran con éste en la realización del acto delictivo.

A continuación, en el siguiente capítulo, haremos un análisis de los distintos criterios que se postulan dentro del concepto restrictivo de autor para poder distinguir las conductas que deben ser consideradas como de autoría y como participación; para, posteriormente, determinar cuál es el criterio más adecuado para lograr ese objetivo y, con ello, desarrollar la figura de la autoría mediata.

⁴⁷ Artículo 23 del código penal peruano.- *“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”.*

⁴⁸ Artículo 24 del código penal peruano.- *“El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.*

⁴⁹ Artículo 25 del código penal peruano.- *“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.*

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena.”



CAPÍTULO II

LOS CRITERIOS PARA DISTINGUIR AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

En este capítulo, luego de concluir que es preferible un concepto restrictivo de autor, es necesario determinar cómo pueden hacerse las distinciones entre los que son autores y los que son partícipes. Por ello, se hará un estudio de las diversas posturas planteadas en la doctrina, identificando al final de este capítulo cuál consideramos la más adecuada.

1. LAS TEORÍAS OBJETIVAS:

Uno de los primeros criterios propuestos son las teorías objetivas, las cuales son dos: **a) La Teoría Formal-Objetiva** y **b) La teoría Material-Objetiva**. Ambas parten de la idea de que es posible una distinción objetiva entre las distintas intervenciones, señalando que existen contribuciones a la causación del resultado que no son propiamente las de un autor⁵⁰. A continuación, se desarrollarán estas dos teorías:

1.1. Teoría Formal-Objetiva:

Nace con Beling y es seguida por prestigiosos autores como Von Liszt, Dohna Y Mezger⁵¹.

Según esta teoría, para determinar quién es el autor del delito debe analizarse la descripción legal de los tipos penales, sin importar el valor de su contribución en el hecho⁵². Esta teoría parte de la literalidad de las acciones descritas en los tipos penales, considerando como autor a quien realice en forma total o parcial la acción ejecutiva adecuada al tipo; y, participe, a quien colabore en la realización del tipo sólo con una acción

⁵⁰ CALDERÓN CERESO, Angel y José Antonio, CHOCLÁN MONTALVO. Derecho Penal, Tomo I, Parte General, *Adaptado al programa de las pruebas selectivas para ingreso en la Carrera Judicial y Fiscal*, Bosch, abril, Barcelona, 1999, p. 360.

⁵¹ Un resumen de todos pueden verse en: LOPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 24.

⁵² CALDERÓN CERESO, Angel y José Antonio, CHOCLÁN MONTALVO. *Op. Cit.* p. 360.

preparatoria o de auxilio; debiendo realizar el autor los actos personalmente⁵³.

Así, en un caso en el que participan Facundo y Telésforo, donde Facundo le entrega el arma a Telésforo, con el que éste último mata a Filomeno, quién realizó el acto de “matar” (es decir, quitar la vida) fue Telésforo, puesto que el utilizó el arma, convirtiéndose entonces en autor del homicidio, mientras que Facundo, al colaborar con un acto distinto al de matar, dado que sólo entregó el arma pero no fue quién la usó, sería un partícipe.

Esta teoría tiene a su vez dos variantes, las cuales son las siguientes:

a) **La autoría es realización de acciones ejecutivas**

Desde esta tesis, para ser autor basta con la realización de alguna acción ejecutiva⁵⁴, de esta manera, todo aquel que la realice será autor del delito; mientras que, quiénes intervengan pero sólo en los actos preparatorios, se constituirán como cómplices. Por lo expuesto, la doctrina ha indicado que la teoría objetiva – formal de autoría es a la vez una teoría objetiva – formal sobre el comienzo de la ejecución de un hecho, es decir permite distinguir la tentativa de los actos preparatorios.⁵⁵

Así, conforme con lo anterior, si Manuel consigue el veneno que Carlos le pondrá en la bebida de Santiago para que éste muera, quien realiza un acto ejecutivo es Carlos, puesto que éste es quien suministra el veneno que produce la muerte de Santiago, mientras

⁵³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 465.

⁵⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 445

⁵⁵ Por todos, ver: GOMEZ BENITES, José Manuel. Teoría Jurídica del Delito, Derecho Penal, Parte General. Civitas S.A., Madrid, 1984, p. 121

que Manuel sólo realizó un acto preparatorio (conseguir la sustancia mortal), siendo por ello considerado cómplice del homicidio.

b) La autoría es realización del tipo

Para esta variante, para ser autor no basta con realizar un acto ejecutivo, sino que ese acto debe coincidir con la acción descrita en la norma, es decir, debe ser subsumible en el tipo de la parte especial; siendo partícipe, quien realice alguna otra aportación que no pueda subsumirse en él, cumpliéndose así con respetar el principio de legalidad, al poder identificarse qué conductas configuran de autoría⁵⁶. En este caso se recurre al uso del lenguaje para determinar si la conducta se identifica con la literalidad de la descripción típica.⁵⁷

Entonces, en el supuesto en el que tres personas se ponen de acuerdo para robar una tienda, donde uno se queda afuera vigilando, mientras los otros dos ingresan, donde uno amenaza a los clientes y otro sustrae el dinero de la caja registradora. Aquí, las dos personas que ingresan realizan cada una parte de la conducta típica del delito de robo (uno amenaza mientras otro sustrae el dinero) por lo que serían considerados autores; mientras que el que se queda afuera vigilando no realiza esas conductas, por lo que sería un cómplice, al realizar un aporte no subsumible en la descripción típica.

c) Fundamentos de la Teoría Formal – Objetiva:

En la doctrina se reconocen principalmente dos fundamentos para esta teoría:

⁵⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. Cit. p. 379

⁵⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 25

c.1.) La mayor reprochabilidad o gravedad:

Este fundamento es utilizado por los partidarios que consideran que son autores del delito los que realizan actos ejecutivos, puesto que señalan que el sujeto que dentro de la comisión de un delito es quién realiza los actos ejecutivos, su conducta ostenta una mayor reprochabilidad, por ser su conducta la más peligrosa y la que indica un mayor grado de energía criminal; es decir, la más grave en definitiva⁵⁸.

Lo que podemos decir ante este argumento es que lo que debe tomarse en cuenta, como se desarrolló anteriormente, es en realidad el merecimiento y necesidad de pena, en lugar de la peligrosidad del sujeto; no siendo este último el criterio más idóneo.

En esta línea, al analizar el merecimiento y necesidad de pena sobre los que realizan los actos ejecutivos del delito, sí se justifica una sanción mayor con relación a los otros intervinientes. Así, si con este aporte se está al borde de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, generando que sea menos remoto que el acontecimiento se produzca y, por ende, más difícil que se evite, desde el punto de vista de la prevención general correspondería una necesidad de pena más alta⁵⁹.

Ahora, si bien coincidimos en que la realización de actos ejecutivos conlleva a que se esté más cerca de producir la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos, ello no

⁵⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 453.

⁵⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 454 y 455.

necesariamente significa que dicha conducta sea más relevante o trascendental que lo realizado a nivel de los actos preparatorios; puesto que lo que caracteriza a la autoría en un concepto restrictivo de autor, es el hecho de ser la conducta que “decide la comisión del delito”, siendo que, ***no todo el que realiza un acto ejecutivo tiene la decisión del delito.***

Así, por ejemplo, si una persona le facilita conscientemente el arma de fuego a un sicario, y este último busca a su víctima junto con otro sujeto que lo traslada en una moto, para que luego de cometer el crimen pueda escapar rápidamente; si bien los que intervienen en los actos de ejecución son el sicario y su acompañante, únicamente la acción del sicario es la que produce la muerte, siendo por ello la intervención indispensable para la comisión del delito; mientras que, quien conduce la moto, sólo colabora con el escape, pero no contribuye con el homicidio (éste se comete sin que su intervención haya contribuido con ese resultado); siendo así su intervención de poca relevancia para el suceso; y, por tanto, merecedora de una pena menor.

Es más, incluso aquel que consigue el arma de fuego al sicario tendría un aporte más importante, puesto que sin esa arma no se hubiera podido cometer el delito (cómplice primario), por lo que, a pesar de realizar un aporte en los actos preparatorios, tendría un aporte más relevante que el conductor de la moto, quien sí actuó durante la ejecución del delito, mereciendo por ello una mayor pena que este último.

Por lo expuesto, la mayor o menor reprochabilidad de la conducta no constituye un fundamento suficiente para justificar la autoría, ni para legitimar la imposición de una pena más grave a las conductas que se encuentran a nivel de actos ejecutivos; puesto que, como se ha demostrado, esto no se produce en todos los casos.

c.2.) El uso del lenguaje común

Se señala con este argumento que la teoría objetivo – formal logra que se adapte de mejor manera la descripción típica al lenguaje común, puesto que las acciones como matar o violar, son entendidas por el pueblo tal como jurídicamente se conocen, es decir, como ejecutivas de tales conductas.⁶⁰

Como contraargumento se señala que en la codelincuencia las nociones técnicas que tienen relevancia sobre la responsabilidad no son entendidas de modo fácil por el profano. Además, las desvaloraciones hechas por el legislador son hechas en base a la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos, mientras que las populares se basan en apreciaciones morales y éticas, y son hechas en base a lo que consideran más o menos perverso.⁶¹

Recurrir al mero uso del lenguaje significa la renuncia a criterios precisos de delimitación. Por lo que la teoría formal – objetiva

⁶⁰ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. p. 140 y 141.

⁶¹ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. p. 142 y 143.

sólo puede proporcionar, como en la tentativa, un primer punto de apoyo⁶²; siendo esto lo rescatable de esta teoría.

Por ello, tampoco consideramos suficiente el fundamento de la adecuación al lenguaje común para sostener la teoría formal – objetiva como criterio adecuado para distinguir autores de partícipes.

d) Críticas.-

d.1) No soluciona los casos de autoría mediata

Para la teoría formal – objetiva, en líneas generales, es autor aquel que de propia mano realiza la acción típica o realiza algún acto ejecutivo orientado a la misma. No obstante ello, esta teoría presenta variantes; así, existen casos en los que una persona interviene en el delito sin realizar ninguno de esos actos, hecho a pesar del que su intervención es tan trascendental para que se cometa el delito, que no puede ser calificada como una simple complicidad o instigación, estos son los supuestos denominados de autoría mediata.

En autoría mediata (aceptada como tal en la actualidad por la doctrina mayoritaria y reconocida en las distintas legislaciones⁶³), el llamado “hombre de atrás” o “autor mediato” se sirve de un tercero (intermediario) para realizar el

⁶² STRATENWERTH, Günther. Derecho Penal, Parte General. Tomo I: El Hecho punible, traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y Marcelo Sancinetti, Thomson, Navarra, 2005, p. 311.

⁶³ Artículo 23 del código penal peruano (formas de autoría): “El que realiza (...) por medio de otro el hecho punible (...)”.

acto delictivo, este último generalmente actúa por error o coacción, por lo que no es responsable del delito; siendo en realidad el verdadero autor del mismo el llamado hombre de atrás, a pesar de no participar directamente en los hechos.

Un ejemplo de autoría mediata se da cuando Próximo se sirve de Máximo para que le alcance la casaca que sabe Claudio, aprovechando que Máximo desconoce de este hecho; en este caso, Próximo comete el delito de hurto, configurándose como autor mediato del mismo. También podemos encontrar un supuesto de autoría mediata de homicidio, en el caso en que un adulto se aprovecha de un niño para hacer que este dispare a otro, en la creencia de que se trataba de un arma de juguete; aquí, el menor habría sido usado, no ostentando responsabilidad penal alguna. En ambos casos, negar que los verdaderos autores del hurto y del homicidio son los sujetos que engañaron a las personas que los realizaron directamente los delitos, deviene en imposible, evidenciándose uno de los problemas en la teoría formal – objetiva.

De esta manera, si utilizamos la teoría formal - objetiva, en cualquiera de sus dos variantes, obtendremos como resultado que el “hombre de atrás” no es autor del delito, ya que él no es quien realiza de propia mano el acto delictivo, sino el intermediario; por lo que debería quedar impune su conducta⁶⁴ o en todo caso ser sancionado como cómplice. En este línea, al actuar el intermediario bajo el error o la coacción producida por el hombre de atrás, sería desproporcional considerar más relevante su intervención en la producción del hecho que la del

⁶⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. Cit. p 379.

hombre de atrás; razón por la que considerarlo como cómplice no sería la calificación correcta para estos casos, sobre todo si se toma en cuenta que son sus actos los que generaron en realidad que se produzca el hecho, siendo criticada la teoría formal - objetiva por no proporcionar una solución adecuada sobre la calificación de la forma de intervención para estos supuestos.

Ante estas críticas, un sector de la doctrina propone prescindir de la autoría mediata y equipararla con la inducción.⁶⁵ Consideramos que esta solución no resulta aceptable dado que, en la inducción, un sujeto convence a otro de cometer un delito pero sigue dependiendo de la decisión del autor para que se llegue a cometer el mismo; mientras que, en los casos de autoría mediata, el llamado hombre de atrás no necesita del consentimiento del ejecutor para que se cometa el delito, puesto que él lo obliga o engaña para que realice el hecho delictivo; en tal sentido, no es equiparable la inducción a la autoría mediata, sobre todo cuando la intervención del hombre de atrás es notoriamente más relevante que la del instigador.

Otros autores, como Díaz y García Conlledo, consideran que la autoría como realización de la acción típica de los tipos de la parte especial no es incompatible con la autoría mediata, puesto que las acciones ejecutivas pueden cometerse de un modo distinto al directo corporal o de propia mano, pues también pueden realizarse mediatamente⁶⁶.

⁶⁵ Comentado por: DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. p. 345.

⁶⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 477 y 478.

Consideramos que el señalar que el autor mediato también ejecuta el delito, aunque mediatamente puesto que lo hace por medio de otra persona, se está identificando el término “cometer” con “ejecutar”, lo cual no es exacto. No hay duda de que en la autoría mediata es el hombre de atrás quien comete el delito, es decir, quien dirige el suceso hacia la producción del resultado, pero no es él quien lo ejecuta, sino que se sirve de la acciones del intermediario para realizar la ejecución. De esta manera, la autoría mediata consiste en cometer un delito a pesar de no realizar su ejecución, ya que esto lo hace únicamente la persona que utiliza como “instrumento”⁶⁷.

Además, esta teoría deja aún sin solución la dificultad que se presenta para determinar la autoría en los delitos de resultado, en los cuales no se describe una conducta, sino que se señala únicamente un resultado (por ejemplo, el homicidio), por lo que no se tendría una acción para compararla con la conducta que debe realizar un sujeto para ser el autor, que es el criterio propuesto por esta teoría; por lo que tampoco estamos de acuerdo con esta posición.

d.2.) No soluciona los casos de coautoría

Se cuestiona además a esta teoría no dar solución a los casos de coautoría, es decir en los que interviene más de una persona en la comisión del delito, con intervenciones igual de importantes para la producción del hecho. Lo expuesto, debido a que para la teoría formal – objetiva, las acciones del coautor que no cumplen estrictamente con el verbo rector deben ser excluidas

⁶⁷ Más adelante se analizará si este es el término más adecuado para calificar al intermediario del delito en los casos de autoría mediata.

de la autoría; así, por ejemplo, si alguien sujeta a la víctima mientras otro la apuñala, este último será el que mata, siendo por ello considerado autor de homicidio, mientras que quien la sujeta tendrá que ser considerado como un partícipe.⁶⁸

El supuesto antes señalado sin embargo si es considerado por un sector de la doctrina como un caso de coautoría, entre ellos CALDERÓN CERESO / CHOCLÁN MONTALVO; así en el caso propuesto, señalan que no resulta tan claro que el sujeta no mate, puesto que el tipo penal de homicidio no castiga al que apuñale, sino al que mata a otro, existiendo una equivalencia valorativa entre ambas conductas (sujetar y apuñalar a la víctima), por lo que puede decirse que tanto mata uno cuanto otro.⁶⁹ Ocurre algo similar en los casos de los líderes de bandas que tampoco realizan actos ejecutivos, pero que se encuentran en el lugar de los hechos organizando y dirigiendo la ejecución del delito⁷⁰.

Por lo expuesto, es que en los casos propuestos existe un supuesto de coautoría, puesto que tan importante es la contribución de quien sujeta, como de quien apuñala; al ser que ambos tienen en sus manos la decisión sobre la ejecución del hecho, aspecto que caracteriza a la autoría en la medida en que si alguno de los dos no realizara su aporte, no se configuraría el delito de homicidio. Similar es el caso del líder de banda que con su aporte permite que se cometa el delito, puesto que sus órdenes son las que hacen actuar a los ejecutores del delito y, por ende, que se cometa el mismo. En virtud de lo señalado nos adherimos también a esta crítica formulada a la teoría bajo

⁶⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 26.

⁶⁹ CALDERÓN CERESO, Angel y José Antonio, CHOCLÁN MONTALVO. Op. Cit. p. 362

⁷⁰ GOMEZ BENITES, José Manuel. Op. Cit. p. 123.

forma – objetiva, la que no resulta idónea para explicar estos casos de coautoría.

d.3) Dificultad de aplicación para los delitos de resultado

La tercera crítica que se formula contra la teoría formal – objetiva es no resultar de utilidad para resolver los problemas de autoría y participación, cuando se trata de delitos de resultado; puesto que, para esta teoría, para determinar qué conducta es de autoría, se toma como referencia si se realiza o no la conducta típica, es decir si la misma coincide o no con la acción descrita en el tipo penal, que es la que configura el delito. Sin embargo, en los delitos de resultado, la conducta típica se determina a partir de la que da lugar al resultado, lo que obstaculiza una clara distinción entre contribución causal al hecho y contribución causal y, además, típica⁷¹.

En otras palabras, el criterio formal - objetivo, al aplicarse a delitos donde no se especifica el medio por el cual se lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido, podría conducirnos al uso de un criterio extensivo de autor, considerando como tal a todo el que contribuye de cualquier manera a causar el resultado⁷², problemática que se explica en la falta de una adecuada descripción del injusto de acción para poder diferenciar entre la autoría y la participación⁷³.

Así, por ejemplo, si en un delito de homicidio, Armando fuera quien le consigue una pistola a Bruno, mientras que Cristian

⁷¹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. Cit. p. 328 y 329.

⁷² GÓMEZ BENITES, José Manuel. Op. Cit. p. 122

⁷³ JESCHECK, Hans – Heinrich y Thomas, WEIGEND. Op. Cit. p. 698.

fuera quien llevara a Daniel (la víctima) al punto de tiro, donde recibiera un disparo por parte de Bruno, muriendo en ese instante; conforme con la teoría formal - objetiva, no se podría determinar quién es el autor del homicidio, al no existir una conducta descrita en el tipo con la cual comparar las actuaciones de los distintos intervinientes, por lo que lo único que podría concluirse es que todos son coautores al haber sido la intervención de todos la que produjo el hecho delictivo; siendo ésta la única referencia que se tendría en el tipo penal. Esto no es admisible debido a que no todas las intervenciones son igual de relevantes, no teniendo todos en sus manos la decisión sobre la producción del delito.

Por todas las críticas anteriores, no consideramos a la teoría formal – objetiva como la más apropiada para poder distinguir las conductas de autoría y participación.

1.2. Teoría Material – Objetiva:

Se mantiene aquí la idea de que es en el plano objetivo donde debe buscarse, dentro del grupo de intervinientes en el hecho, la solución para distinguir entre autores y partícipes; señalando que para realizar dicha distinción se debe valorar la *importancia objetiva de la contribución*, es decir su peligrosidad objetiva.⁷⁴

Esta teoría ya no utiliza como guía la realización directa de la conducta típica, considerando como autor a quién produce la causa; y partícipe, a quien pone la condición del resultado típico.⁷⁵

⁷⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 466.

⁷⁵ CALDERÓN CERESO, Angel y José Antonio, CHOCLÁN MONTALVO. Op. Cit. p. 362.

La teoría material-objetiva se asemeja a la postulación del concepto extensivo de autor, en la medida en que distingue entre autores y partícipes en el plano objetivo; considerando como criterio de distinción entre las intervenciones, *la menor peligrosidad que se da objetivamente en el comportamiento del cómplice frente al bien jurídico lesionado*, es decir, el comportamiento que se da únicamente en el plano objetivo.

Como señala Gimbernat, esta teoría se fundamenta en las “doctrinas individualizantes de la causalidad”, las cuales estiman que entre las distintas fuerzas que han contribuido al resultado, se puede distinguir entre causa y condiciones.⁷⁶

A la luz de lo establecido en esta teoría, el considerar como autor a quien aporta la contribución más importante, es decir a quien da una mayor peligrosidad al hecho, surge la siguiente pregunta: ¿Quién determina si el aporte del sujeto es más eficiente o peligroso?⁷⁷ Así, existen casos en los que será difícil distinguir, conforme al aporte, si una persona es autor o cómplice; dado que su intervención puede variar de acuerdo con el contexto. Por ejemplo, en el caso en que Alberto sirve a Bruno un café que previamente fue envenenado por Cirilo cumpliendo sus órdenes, Alberto sería autor y Cirilo sería cómplice del delito; valoraciones que cambiarían si Alberto desconoce que el café fue envenenado por Cirilo, caso en el que este último sería autor. Como se observa, en ambos casos el aporte de Cirilo, pero – según el contexto – varía entre autor y cómplice la valoración que se otorga a su conducta⁷⁸. Este mismo cuestionamiento puede formularse a los casos en los que el aporte de un cómplice primario no

⁷⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid, 1966, p. 115 y ss; y, Gimbernat, Delitos cualificados por el resultado y causalidad, Madrid, 1966, p. 93 y ss. Citado por: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 27

⁷⁷ BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel. Manual de Derecho Penal, Parte General. EDDILI, cuarta edición, Lima, 2008, p. 402.

⁷⁸ En igual línea ver: GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Grijley, Lima, 2008, p. 557.

pueda ser distinguido de los aportes de un autor, por ser también una contribución importante para la producción del hecho; lo que ha dado lugar a formulaciones por parte de la doctrina.

En esta línea, Roxin critica a esta teoría que la causa es una cualidad de la condición, que existe o que no existe, pero que no puede darse en mayor o menor medida⁷⁹; considerar lo contrario, haría difícil determinar cuál aporte en el plano causal es más importante que el otro, puesto que sólo la ocurrencia de todos los factores permite que se produzca el hecho, no pudiendo distinguir a unos factores como causas y a otros sólo como condiciones.

La causalidad no puede decidir si uno es autor o partícipe, ya que la perspectiva causal permite comprender la vinculación entre los cursos externos, pero no puede decir nada sobre su significado jurídico.⁸⁰

También se critica a esta teoría no tomar en consideración lo subjetivo para caracterizar el papel de cada contribución al hecho; sobre todo cuando, para determinar si concurre la autoría mediata, es decisivo tener en cuenta si el ejecutor material conoce o desconoce la situación.⁸¹

Ahora bien, dentro de las teorías materiales – objetivas encontramos algunas variaciones, como es el caso de: la teoría de la necesidad (Notwendigkeitstheorie), que considera autor al que presta una contribución necesaria al hecho, sin la cual el mismo no se podría haber ejecutado; la teoría de la simultaneidad (Gleichzeitigkeitstheorie), que considera a todos los que intervienen en la ejecución como autores; la teoría de Frank de la causalidad física y psíquica (physisch und psychisch

⁷⁹ ROXIN, Claus. Täterschaft und Täterschaft, sexta edición, Berlín, 1994, p. 7 donde critica la causalidad, y p. 41 al referirse a la teoría formal objetiva. Citado por: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 27.

⁸⁰ BOLEA BARDÓN, Carolina. Autoría mediata en derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 62.

⁸¹ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 363.

vermittelten Kausalität); y, la teoría de la supraordinación (Überordnungstheorie), contra ellas, también se aplican las críticas antes formuladas respecto de las teorías materiales – objetivas; por lo que tampoco las consideramos idóneas para poder realizar la distinción entre autores y partícipes.

En este línea, un sector de la doctrina las considera superadas⁸², surgiendo a partir de las críticas una teoría que combina elementos objetivos y subjetivos; la misma que es la seguida por la dominante en Alemania: “**la teoría del dominio del hecho**”.

2. La Teoría del Dominio del Hecho:

Fue Hegler quien utilizó por primera vez el término “dominio del hecho”, pero no para el terreno de la autoría, sino en el de la culpabilidad; siendo Welzel en 1939 el primero en defenderla para distinguir entre autores y partícipes; y Roxin ha sido quien esencialmente la ha impulsado⁸³.

Conforme con esta teoría, será autor quién tenga el **dominio del hecho**, “(...) El cual consiste en el hecho de tener intencionalmente en las manos el desarrollo del acto típico. Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la misma. El instigador y el cómplice, intervienen en la ejecución del comportamiento, pero no tienen el dominio de su realización (...)”⁸⁴; así, el dominio del hecho lo tendría: “(...) Sólo aquél que puede dar inicio, modificar, impedir o hacer proseguir el curso

⁸² BOLEA BARDON, Carolina. Op. Cit. p. 61 y 62.

⁸³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 548 y 551.

⁸⁴ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Manual de Derecho Penal, Parte General. Tomo II, Idemsa, cuarta edición, Lima, 2011, p. 140

*causal hasta el resultado final (...)*⁸⁵; mientras que la colaboración que no cumpla con estos requisitos sería considerado un acto de participación.

En este sentido, Roxin señala que debe tomarse en cuenta como punto de partida la teoría formal - objetiva, por considerar que también para la teoría del dominio del hecho es autor el sujeto de la descripción del delito de la parte especial, pero insistir en que la realización del tipo no ha de ser necesariamente de propia mano, sino que puede también darse por medio de la utilización de un “instrumento” humano que actúa sin dolo o forzado (autoría mediata) o también del trabajo conjunto de varias personas (coautoría).⁸⁶

Concluye Roxin que, siendo autor el que tiene el poder de decisión sobre la forma de ejecución, inicio, continuación o interrupción del delito; se convierte en la “figura central del proceso de actuación concreto”⁸⁷; siendo los partícipes (instigador, cómplice primario y cómplice secundario), sujetos que contribuyen en la producción del hecho pero que tienen un papel secundario en éste.

En el caso, entonces, en que Amador tiene un arma de fuego con el que dispara a Cornelio para causarle la muerte, arma que le fue facilitada por Bernardo conociendo el objetivo de Amador, y se logra dicho cometido, al ser quien tiene el arma con la que se dispara a Cornelio y, por tanto, la decisión sobre la realización o no del delito, es quien tiene el dominio del hecho, siendo por ello considerado autor del delito. Respecto a la intervención de Bernardo, si bien el facilitar el arma también contribuye con la realización del delito (puesto que sin el arma, Amador no habría matado a Cornelio), no ostenta el dominio del hecho, en tanto la decisión de disparar o no el arma corresponde a Amador y no depende de

⁸⁵ LÓPEZ, Hernán. *La Autoría como dominio y la autoría como infracción de deber: perspectivas*. En: *Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, Ad-Hoc, Lima, 2011, p. 108.

⁸⁶ ROXIN, Claus. *LK – StGB, décima primera edición*, 1993, § 25, n. 30, 34, pp, 22, 24; y en *Täterschaft und Täterschaft*, sexta edición, 1994, p. 630. Citado por: BOLEA BARDÓN, Carolina. *Op. Cit.* p. 64.

⁸⁷ Traducción de la expresión *Der Täter ist die Zentral gestalt des konkreten Handlung. Geschehens*, hecha por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO de la de Roxin (*ROXIN, Täterschaft und Täterschaft*, cuarta edición, p. 25 y ss.), citado por: DONNA, Edgardo Alberto. Pág. 352, señalándola como la mejor traducción de esa expresión.

Bernardo; por lo que no puede ser considerado como autor del delito, sino como un cómplice; en este caso, primario, al realizar una contribución sin la cual no se hubiera podido cometer el mismo.

La teoría del dominio del hecho se ha configurado de diferentes maneras, existiendo diversos representantes, entre los que se encuentran Welzel, Gallas y Maurach.

Welzel, siguiendo la teoría finalista de la acción, propuso el criterio del dominio del hecho para determinar la autoría, señalando que es autor: *“(...) aquél que configura el hecho a través de su voluntad metódica de realización con la que mantiene el control del hecho”⁸⁸*. En similar línea, Gallas planteó que: *“(...) hay autoría cuando el suceso es <<obra>> de aquél que <<lo tiene en su mano>>, cuando hay un dominio del hecho que pueda equipararse a la comisión inmediata del delito”⁸⁹*; mientras que Maurach consideró como autor a *“(...) todo el que interviene en el hecho y que, según su voluntad y conociéndolo, puede detener la realización de la totalidad del resultado o dejar que suceda. El dominio objetivo del hecho significa tener en las manos el curso del acontecer típico, de manera que el sujeto puede en todo momento dirigir la configuración típica”⁹⁰*.

Estas posturas han sido objeto de críticas, una de estas es comentada, por ejemplo, por Villavicencio Terreros, quien al analizar la posición de Welzel sobre el dominio del hecho, señala que para este autor se trata de un dominio *final* del hecho, donde la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento general del dominio sobre el hecho. Al respecto, critica esta formulación,

⁸⁸ WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, (trad. Bustos y Yañez), Chile, 1976, p. 45. Citado por: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 31.

⁸⁹ GALLAS, Wilhem. Täterschaft und Teilnahme, Materialien, I, p. 128. Citado por: Ibídem.

⁹⁰ MAURACH/GÖSSEL/ ZIPF, Strafrecht, AT, II, Heidelberg, 1984, § 47, IV, 85, p. 212. Citado por: Ibídem.

señalando que identificar dolo con dominio del hecho resulta confuso, dado un partícipe podría actuar con dolo sin tener dominio del hecho⁹¹.

Se afirma además que la interrupción del delito puede darse también por un partícipe, o que estas teorías constituyen formulaciones excesivamente fácticas. Roxin trata de superar esas dificultades haciendo una división dentro del dominio del hecho, distinguiendo entre dominio de la acción, dominio de la voluntad y dominio funcional del hecho.⁹²

2.1. El carácter objetivo-subjetivo y material del Dominio del Hecho:

a) El carácter objetivo-subjetivo

Como se señaló anteriormente, además de utilizar criterios objetivos para distinguir las conductas entre autores y partícipes, esta teoría toma en cuenta el elemento subjetivo, constituyendo esta el criterio diferenciador que combina aspectos objetivos y subjetivos en el marco de un concepto restrictivo de autor.⁹³

Para tener el dominio del hecho se requiere: 1) “(...) tener en las manos el curso del acontecer típico, la posibilidad de dirigir en todo momento la configuración típica (...)”⁹⁴, y 2) “(...) el autor debe tener el dolo y consecuentemente el conocimiento y voluntad de dominar el hecho (...)”⁹⁵.

⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho penal. Parte general, T. IV, Ediar, Buenos Aires, 1982, p. 309. Citado por: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 467.

⁹² ROXIN, Claus. Täterschaft und Tätterschaft, sexta edición, Berlín, 1994, p. 127 y ss.; p.142 y ss.; y p. 275 y ss. Citado por: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 31.

⁹³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 466.

⁹⁴ LÓPEZ, Hernán. Op. Cit. p. 108.

⁹⁵ Ibídem.

De acuerdo con lo anterior, será autor quien tenga el control del desarrollo del suceso, es decir, quien tenga el poder de decisión sobre la comisión o no del delito, o de su continuación o interrupción, sobre la forma en que se realizará (aspecto objetivo); y quien además, tenga el conocimiento y voluntad de tener ese dominio (aspecto subjetivo).

Como se aprecia, el aspecto subjetivo no se refiere, como a actuar con el animus de autor como señala la teoría subjetiva (por ejemplo, tener interés en el delito); sino que se refiere al hecho de tener el conocimiento de que ostenta la capacidad de decidir sobre la comisión o no del delito, y decida hacer uso de ella.

De lo anterior se desprende que la teoría del dominio del hecho únicamente es aplicable para los casos de delitos dolosos, puesto que en los delitos imprudentes no existe una voluntad de producir el hecho; lo que hace que no pueda establecerse en el sujeto que conozca que tiene un dominio del hecho y que tenga la voluntad de utilizar el mismo; es decir, que tenga la intención de producir el hecho delictivo.

b) El carácter material

La teoría del dominio del hecho es un criterio material, puesto que para tratar de explicar quién realiza el tipo no se limita a remitirse al mismo⁹⁶; así, lo determinante no es que el sujeto directamente la

⁹⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Ob. Cit. p. 582

acción descrita en el tipo penal, sino que domine el hecho, y ese dominio es la materia de la teoría.⁹⁷

2.2. Las Formas del Dominio del Hecho:

El dominio del hecho puede presentarse de distintas maneras, dependiendo del caso concreto, por lo que Roxin plantea tres formas distintas en que se puede presentar la autoría, que son: *a) el dominio de la acción, b) el dominio funcional del hecho, y c) el dominio de la voluntad.*⁹⁸

a) El Dominio de la Acción

Se trata aquí de los casos de autoría directa, consistiendo el dominio de la acción en la realización directa del tipo doloso, es decir, en la realización final y por propia mano de todos los elementos del tipo objetivo⁹⁹; esto es así puesto que, al ser quien tiene en sus manos directamente el curso causal del hecho, tiene el dominio del hecho; así, por ejemplo, si Arturo golpea con un palo a Braulio provocándole lesiones graves, Arturo es quien con su acto de golpear a Braulio le produce las lesiones, por lo que es quien realiza por propia mano el delito, siendo entonces considerado como autor del mismo.

A la luz del dominio de la acción, como señala Roxin, sólo aquel que realiza todos los presupuestos establecidos en el injusto es autor, lo que no varía si intervienen otras personas, dado que si bien las aportaciones de estos últimos pueden valorarse, el que realiza el tipo

⁹⁷ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Ob. Cit. p. 179.

⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal, Parte General. Segunda edición, Ediar, Buenos Aires, 2006, p. 610.

⁹⁹ GOMEZ BENITES, José Manuel. Op. Cit. p. 127.

de propia mano no deja por eso de coincidir con la descripción legal del autor en un ápice.¹⁰⁰

Así, en el ejemplo anterior, si Carmelo es quien le entrega a Arturo el palo con el que éste último golpea a Braulio, sigue siendo Arturo quién realiza la conducta que causa las lesiones, por lo que no deja de ser considerado como el autor del delito, mientras que Carmelo será en todo caso un cómplice primario.

Hay que precisar que si bien Roxin señala que se debe tomar como referencia la teoría formal-objetiva, por lo que se toma en cuenta la realización de la conducta descrita en el tipo penal; debe también tomarse en cuenta, para la teoría del dominio del hecho, el elemento subjetivo de conocer la posición de dominio y querer utilizarla, siendo ésta la diferencia entre ambas teorías.

Ahora bien, podría darse el supuesto en que un sujeto se valga de otro (que no realiza una acción) y lo utilice como “instrumento” (vis absoluta), es decir como masa mecánica, en donde es lo mismo utilizar un cuerpo humano o un objeto; en este caso, el sujeto que utiliza al humano como un instrumento es considerado autor directo, ya que es quien domina la acción.¹⁰¹ Así, por ejemplo, si Alvaro empujara a Benito para que choque con Consuelo, cayendo esta última en un barranco y muriendo en el acto, Alvaro sería considerado autor directo del delito, sin importar que haya sido Benito quien, al chocar con Consuelo, hiciera que esta cayera. Esto se explicaría en el hecho de que Benito fue solo utilizado como un objeto por Alvaro, ya que fue la fuerza que este utilizo contra Benito lo que

¹⁰⁰ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Traducción de la séptima edición alemana por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Universidad de Extremadura, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 151.

¹⁰¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 612.

produjo el choque, no pudiendo Benito hacer algo para evitar el choque con Consuelo, convirtiéndose en una mera herramienta de Alvaro.

En la línea de lo expuesto, el sujeto que tenga el dominio de la acción será considerado autor del delito, aún cuando se encuentre sometido a otra persona, coopere en interés ajeno o no realice en persona (directamente) otros elementos del tipo¹⁰², ya que lo determinante es que es él quien tiene el dominio del hecho, es decir, es él la figura central en el mismo. Así, por ejemplo, si un sicario fuera contratado para cometer un homicidio, por más que la idea parta de otra persona y sólo actúe motivado por el dinero, sigue siendo el autor del delito, pues es él quien domina el hecho, sin importar su móvil.

b) El Dominio de la Voluntad

Esta segunda forma de dominio del hecho se presenta cuando un sujeto no realiza directa y personalmente el hecho, sino que se sirve de otra persona que actúa como *instrumento* (intermediario) y que es en definitiva la que lo realiza, denominando al verdadero responsable como autor mediato¹⁰³.

Un ejemplo de estos casos se daría en el caso en que Adalberto utiliza a la enfermera Carolina para matar por envenenamiento a Bryan, cambiando para tal efecto las pastillas que tiene que dar Carolina a Bryan, por otras que contienen un veneno mortal, sin que Carolina se percatara de dicho cambio. En este supuesto el verdadero autor del

¹⁰² ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 163.

¹⁰³ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. Cit. p. 381

homicidio sería Adalberto, puesto que Carolina solo habría sido utilizada para cometer el delito, sin siquiera tener conocimiento de que estaba ayudando a Adalberto acometer el delito de homicidio.

Como se puede apreciar del ejemplo anterior, por mas que haya sido Carolina quién le dio el veneno a Bryan, es decir quien directamente con su conducta habría producido la muerte de Bryan; en la medida en que desconocía que estaba envenenándolo, no podría ser considerado como autor del delito, ya que desconocía tener en sus manos la comisión del homicidio; habiendo sido en realidad utilizado por Adalberto, quien al intercambiar las pastillas sin que se dé cuenta Carolina, se sirvió de la conducta esperada (suministrarle la pastilla a Bryan), para de esta manera producirle la muerte. Por lo expuesto, realmente sería Adalberto el autor del homicidio, en tanto se sirvió de la conducta de Carolina sin que ésta tuviera conocimiento, dominando su voluntad para utilizarlo en el delito, siendo por ello considerado como “autor mediato”.

Roxin divide en cuatro grupos los supuestos donde se presenta un dominio de la voluntad y que, por tanto, fundamentan la autoría del hombre de atrás en lugar del ejecutor directo: 1) Dominio de la voluntad por coacción, 2) Dominio de la voluntad por creación o utilización de un error en el instrumento, 3) Dominio de la voluntad por utilización de inimputables y jóvenes; y, 4) Dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder¹⁰⁴.

Debido a que en el tercer capítulo del presente trabajo se hará un estudio sobre los fundamentos de la autoría mediata y los distintos

¹⁰⁴ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherr, cuarta edición, 1984, p. 142 a 274 y 602 a 614). Citado por: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 596.

supuestos en que ésta se configura, no se realizará un mayor desarrollo del tema en este apartado.

c) El Codominio Funcional del Hecho

Hay casos en los que en la comisión del delito participan un grupo de personas, no siendo una sola la que realiza la acción descrita en el tipo penal, existiendo una división del trabajo que impide que uno solo tenga el control sobre la producción del hecho. En estos casos, en tanto es necesario que cada uno de los intervinientes cumpla su papel dentro del plan creado para que se realice el delito; este se comete en conjunto, conformándose un supuesto de coautoría.

El dominio funcional del hecho se presenta entonces cuando hay más de un interviniente en el hecho, y cuando cada uno realiza un aporte que, de acuerdo con el plan, de no efectuarse, impediría la producción del delito¹⁰⁵.

Un ejemplo del supuesto mencionado se da por ejemplo cuando cinco personas (Abelardo, Bruno, Carlos, Daniel y Ernesto) se ponen de acuerdo para robar un banco; acordándose que Abelardo, Bruno y Carlos entrarán al banco, encargándose Abelardo y Bruno de inmovilizar a los guardias de seguridad y a los clientes con armas de fuego; Carlos de retirar el dinero de las cajas registradoras; Daniel de hacer vigilancia fuera del banco para avisar a sus compañeros en caso se acerque la policía; y Ernesto de esperar a una cuadra del banco dentro de un automóvil para escapar con sus compañeros cuando

¹⁰⁵ SOTA SÁNCHEZ, André. *La Coautoría: Un análisis desde la teoría de dominio del hecho*. Diálogo con la jurisprudencia N° 155, Gaceta Jurídica, Año 17, Lima, 2011, p. 181.

salgan del banco. En el caso en que todos los aportes se realizaran conforme con el plan, perpetrándose el robo al banco, Abelardo, Bruno, Carlos, Daniel y Ernesto serían coautores del delito de robo; dado que cada uno realizó un aporte que en conjunto configuró el delito, no pudiendo por ello identificarse a un único sujeto como aquél que tuvo un dominio del hecho. Así, considerar únicamente como autor a quien retiró el dinero (Carlos) devendría en incorrecto, pues es toda la concurrencia de aportes la que realmente viabilizó la comisión del mismo.

No obstante lo expuesto, resulta necesario determinar en estos casos, quiénes del grupo de intervinientes serían considerados coautores y quiénes serían considerados cómplices, puesto que el hecho de ser parte de la división del trabajo no torna en coautores a todos los que cumplen un papel en el plan; así, en los casos en que el autor directo le encargara a otro que le consiga el arma homicida, por este sólo hecho, no podría calificarse a este último cumple como autor, ostentando en realidad la calidad de cómplice del hecho delictivo.

Siguiendo esta idea, para poder determinar quiénes deben ser considerados coautores en la comisión del delito y diferenciarlos de los demás partícipes en el mismo, Roxin propone una tercera modalidad del dominio del hecho, denominado el **“dominio funcional del hecho”**.

De acuerdo con esta teoría, el dominio funcional del hecho se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, co-dominando el hecho entre todos; apareciendo la coautoría como una división del trabajo en la que no basta cualquier aporte dentro de la distribución de

funciones¹⁰⁶. Así, para determinar quiénes tienen un co-dominio del hecho es necesario que los sujetos cumplan ciertos requisitos que legitimen que se les otorgue la categoría de coautor: 1) Los intervinientes toman la decisión común de realizar el delito, y 2) Cada uno realiza un aporte esencial en el estadio de ejecución¹⁰⁷. Estos requisitos serán desarrollados en las siguientes líneas.

c.1.) Decisión común de realizar el hecho:

Es el elemento subjetivo de la coautoría y consiste en que debe haber un acuerdo previo y común sobre la ejecución del delito, es decir, una división de tareas o funciones previamente acordada.¹⁰⁸

Conforme con lo anterior, existe decisión común de realizar el hecho cuando todos los intervinientes en el delito tienen conocimiento del hecho a realizarse, y se ponen de acuerdo en la forma de realización, repartiéndose los roles a fin de lograr su objetivo.

La importancia del acuerdo previo se debe a que los coautores son interdependientes alternativamente, es decir se necesita que todos realicen su aporte para que se realice el hecho: tienen necesariamente que estar de acuerdo para poder obrar conjuntamente. De esta manera si uno contribuye en el hecho sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor, ya

¹⁰⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 63

¹⁰⁷ GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. p. 574.

¹⁰⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. Cit. p. 382.

que no podría haber una coautoría efectiva sin el conocimiento de la relación mutua¹⁰⁹.

Si no existiera un acuerdo común, pero entre todos los intervinientes con sus aportes se realizara el tipo, se configuraría una autoría accesoria¹¹⁰, que consiste en el concurso fortuito de varios casos de autoría individual, lo cual se soluciona a través de los criterios de imputación objetiva y autoría¹¹¹. Este se da, por ejemplo, cuando varios sujetos desean envenenar a otra persona, agregando cada uno un poco de veneno al café que va a beber la víctima; si la suma del veneno agregado por los sujetos pudo causarle la muerte, entonces cada uno responderá por tentativa de homicidio, pero si la cantidad de veneno agregada por separado era suficiente para matar a la víctima, entonces cada uno responderá por asesinato. Ahora bien, en el mismo ejemplo, si en todo caso solo uno de los sujetos conociese la interrelación de las partes del hecho y el otro actuara a ciegas, para Roxin, el conocedor debería ser considerado autor mediato del delito, por actuar conociendo los hechos y sirviéndose de la acción del otro; mientras que el otro sujeto respondería por el delito en grado de tentativa, no pudiendo establecerse una coautoría¹¹²; sin embargo, sobre este último supuesto, si bien coincidimos en que no se configuraría una coautoría por la falta de acuerdo, consideramos que el conocedor no es autor mediato, puesto que, no domina la voluntad del que actuó a ciegas, sólo se aprovecha de su acción para posteriormente poder concretar el

¹⁰⁹ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 316.

¹¹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 64.

¹¹¹ HURTADO POZO, José y Víctor, PRADO SALDARRIAGA. Op cit. p. 160.

¹¹² ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 316 y 317.

delito con su otro aporte (agregar el veneno restante para producir la muerte de la víctima), por lo que debe ser considerado autor directo del asesinato, mientras que el que actuó a ciegas, coincidimos en que respondería como autor directo por tentativa de asesinato.

En la línea de lo señalado en estos ejemplos, “(...) (el) *acuerdo mutuo convierte las distintas contribuciones en partes de un global y da origen al principio de la imputación recíproca: todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable a los demás*”¹¹³. Por ello, es posible imputarle a todos los intervinientes el delito cometido por el conjunto, aunque no realicen todos la conducta típica completa.

Sin embargo, debe hacerse la precisión de que sólo será imputable lo que haga uno del conjunto a los demás sujetos si ese acto era parte del plan, y en la medida en que los demás han aceptado participar en los hechos tal como se ha planeado, por lo que las acciones de algún interviniente que se encuentra fuera de lo acordado (los excesos), sólo se podrán imputar a quien las realice a título de autor individual.¹¹⁴

Así, en el ejemplo antes mencionado del robo por cinco personas, si Abelardo (que sólo debía asustar a las personas dentro del banco con el arma), decidiera matar a alguna persona para asegurar que no lo identifiquen, sería responsable a título de autor individual de la muerte de dichas personas; por haber realizado actos ajenos al plan y no existir en los demás miembros del grupo una aceptación o asentimiento para

¹¹³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 484.

¹¹⁴ CALDERÓN CEREZO, Angel y José Antonio, CHOCLÁN MONTALVO. Op. Cit. 365

cometer dicho homicidio, siendo por ello responsable de este delito a título de autor directo.

En la línea de lo expuesto, a efectos de establecer la estructura de una decisión común que fundamente la coautoría, debe tomarse en cuenta si la división de tareas acordada importa o no una subordinación de unos respecto de otro(s), ya que en la coautoría no puede haber subordinación a la voluntad de uno, puesto que de ser así no tendrían todos los intervinientes la decisión sobre la consumación del delito en sus manos, no pudiendo hablarse de co-dominio del hecho¹¹⁵.

Ahora bien, con relación al acuerdo, éste puede darse antes o durante la ejecución del delito¹¹⁶, pudiendo incluso existir un entendimiento tácito y espontáneo sobre el mismo¹¹⁷; de manera que, en la medida en que el sujeto pueda hacer un aporte para que se produzca el hecho, puede formar parte del plan.

Con relación a los delitos imprudentes, al exigirse que exista un acuerdo entre los interviniente se excluye la posibilidad de que se presente esta forma de autoría, dado que en estos casos no existe voluntad de los sujetos para cometer el delito, no pudiendo concurrir una decisión común para cometer el delito.

c.2.) Aporte esencial en el estadio de ejecución:

Es el elemento objetivo de la autoría y concibe como coautor a:
“(...) todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva

¹¹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit. p. 365 y 366.

¹¹⁶ GOMEZ BENITES, José Manuel. Op. Cit. P. 128.

¹¹⁷ HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Victor. Op. Cit. p. 156.

*representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquél con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido (...)*¹¹⁸. A continuación se desarrollarán los dos requisitos del elemento objetivo.

- **Aporte Esencial:**

De acuerdo con este requisito, sólo si el aporte es esencial se podrá calificar al sujeto de coautor; caso contrario no se podrá decir que hay un co-dominio del hecho, ya que para que exista un dominio del hecho compartido todos los intervinientes deben tener una contribución igual de relevante, cuya ausencia puede hacer venir abajo lo emprendido de forma conjunta.

La consideración del aporte como esencial es lo que permite diferenciar a los coautores de los cómplices en el delito, puesto que si bien ambos tienen conocimiento del delito y realizan un aporte voluntario que contribuye con la producción del resultado, sólo aquél que realiza un aporte indispensable tendrá un co-dominio del hecho y, por tanto, será considerado coautor. Como se aprecia: *"(...) Aporte esencial y aporte causal no son sinónimos"*¹¹⁹.

En la línea de lo expuesto, respecto a cuál es el criterio para determinar cuando un aporte resulta o no esencial existen distintas teorías, siendo las principales las siguientes:

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 310 y 311.

¹¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 66.

- Roxin: Señala que un aporte será esencial cuando, de retirar el concreto interviniente su contribución al hecho, desbarataría el plan¹²⁰. Se hace entonces un juicio hipotético sobre la posibilidad de haberse podido realizar el hecho si faltara esa intervención y, en caso de no ser posible, se considera que es un aporte esencial.

- Bacigalupo: Para determinar cuando un aporte es esencial se debe recurrir a la teoría de la *conditio sine qua non*, conforme a la cual, si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, se trata entonces de un aporte esencial, precisando que no debe requerirse una necesidad absoluta, sino difícilmente reemplazable¹²¹. Esta teoría es similar a la de Roxin, al recurrir a un análisis hipotético para determinar la esencialidad del aporte.

- Gimbernat: Propone la teoría de los “*bienes escasos*”, conforme con la cual, si se realiza un aporte difícil de conseguir, es decir escaso, será un aporte esencial, debiendo en primer lugar hacer una calificación sobre si en general es un aporte escaso; y, en segundo lugar, si con los factores especiales del caso concreto sigue siendo un aporte escaso; de

¹²⁰ ROXIN, Claus. *Täterschaft und tätersschaft*, cuarta edición, (...), p. 278 y ss. Citado por: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. Op. Cit. p. 666

¹²¹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit. p. 367

ser positivo el análisis, entonces se tratará de un aporte esencial¹²².

De las tres teorías antes mencionadas, consideramos que la más adecuada es la planteada por Roxin, quien califica a una contribución como esencial, en caso que la falta de ésta imposibilitara la comisión del delito. Así, para este autor, lo que debe evaluarse es la realización del delito conforme con el plan, en tanto en función a ello se establecerá en el caso concreto quién tiene una función determinante en el delito; no siendo relevante a estos efectos que se trate de una necesidad absoluta, sino tan sólo que la contribución sea difícilmente reemplazable, como precisa Bacigalupo en su teoría.

Así, por ejemplo, en el caso de quién sujeta a la víctima para que otra persona la apuñale (que consideramos un caso coautoría), si bien no será posible determinar si de todas formas el segundo sujeto hubiera podido apuñalar a la víctima por sí mismo, utilizando otras medidas que se le pudieran ocurrir en el momento; de acuerdo con el plan, la contribución del primer sujeto era necesaria, ya que de no haberlo sujetado, la víctima hubiera evitado ser apuñalada; por lo que para el caso concreto, la contribución de éste sí tiene una función determinante, siendo considerado esencial su aporte. De faltar, conforme con el plan, éste ya no se hubiera realizado, puesto que se necesitaba de ese aporte para poder

¹²² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y (...), p. 151 y ss. Citado por: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 69

cometerlo, siendo por ello considerado como un supuesto de coautoría¹²³.

Ahora bien, de acuerdo con la posición de Gimbernat, resulta necesario, en primer lugar, determinar si se trata de un aporte escaso en general; no obstante ello, no consideramos acertada esta exigencia, en tanto puede ocurrir que algo que no sea escaso en general, sí sea determinante para el caso concreto. Una postura como la expuesta de antemano excluiría la posibilidad de considerar un aporte como imprescindible para el delito, a pesar de sí serlo en la realidad, como por ejemplo en el caso anterior, donde se necesita de una persona para que sujete a la víctima para poder apuñalarla, lo cual no puede considerarse escaso ya que hay millones de personas, lo que llevaría a calificar esa intervención únicamente como una complicidad secundaria según esa teoría, a pesar de ser indispensable según el plan.

Sumado a ello, el hecho de que uno de los aportes sea escaso no lo convierte indefectiblemente en esencial, ya que lo determinante es si para el delito cometido, ese aporte era necesario para poder seguir con la ejecución del mismo, pues un aporte secundario también puede ser escaso. Ejemplo de lo anterior se aprecia en el caso del sicario que es abandonado por su chofer, quien lo esperaba afuera de la casa de su víctima para escapar rápidamente; si el sicario lo llevo porque no sabe manejar

¹²³ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 314. “(...) con posterioridad nunca se puede (...) averiguar a ciencia cierta si uno habría podido apuñalar a la víctima sin la cooperación del otro. Pues entonces se habría dado un hecho totalmente distinto. (...)”.

el auto, sin duda el aporte del chofer era escaso, ya que sólo él podía manejar el único medio de transporte que disponía para escapar rápidamente luego de cometer el homicidio, sin embargo esto no lo vuelve esencial, ya que no impidió que el sicario mate a la víctima, sino únicamente que no pueda escapar rápidamente como planeó, siendo por ello sólo un cómplice secundario, por más escaso que haya sido su aporte en el caso concreto.

Por ello no nos parece viable esta teoría para determinar la esencialidad del aporte, por lo que, como ya señalamos, nos adherimos a la teoría de Roxin, por los motivos ya expuestos líneas arriba.

La esencialidad del aporte no puede determinarse en abstracto, sino que dependerá de cada caso, debiendo evaluarse si, conforme con el plan concreto - de no haberse producido dicho aporte - se hubiera podido realizar o no el hecho delictivo según el plan¹²⁴. Así, por ejemplo, si en un robo, para la comodidad del escape, pero sin ser necesario el uso de un auto para el escape, el chofer espera afuera del mismo, su contribución no podría considerarse como esencial, puesto que su ausencia no impediría la comisión del delito; distinto sería el caso si el bien objeto del robo no pudiera transportarse a mano, puesto que en ese caso la conducción del auto sería

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. p. 616

necesaria para cometer el delito, siendo necesaria la contribución del chofer para apoderarse del bien¹²⁵.

En la línea de lo expuesto, para que un aporte sea considerado esencial, no es necesario que se trate de un aporte exteriorizado o que el sujeto esté presente en el lugar de los hechos, como ocurre en el caso del líder de banda que imparte por teléfono las órdenes a los concretos grupos operativos; en este caso, su aporte es esencial en tanto toda la empresa caería en la confusión y fracasaría si la “central de mando” se viniera abajo de repente¹²⁶.

Coincidimos con esta idea, puesto que si bien el caso del líder de banda es un ejemplo claro en el que el sujeto no efectúa un aporte consistente en realizar una parte de la conducta típica, e incluso puede no estar presente en los hechos y tan sólo dar las órdenes por teléfono; sí constituye un ejemplo en el que su aporte es esencial, puesto que la dirección por parte del líder de banda permitirá el éxito del plan, teniendo con su aporte un co-dominio funcional del hecho.

- **Aporte durante los actos de ejecución:**

Es determinante también el momento en que se realiza el aporte que, debiendo realizarse en la etapa ejecutiva; caso contrario, por más esencial que sea el aporte, no otorgará un co-dominio funcional del hecho, siendo

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 311

necesario para el mismo que concurren ambos requisitos a la vez.

Así, de no realizarse el aporte en el momento de la ejecución, no podrá decirse que esa persona sea una de las figuras centrales del suceso, puesto que son otros los que deciden sobre la comisión del delito, y sólo aquellos tendrán el dominio funcional del hecho.

Por lo expuesto, un aporte esencial realizado durante la etapa de preparación del delito configuraría una cooperación necesaria, puesto que si bien es un aporte muy importante en la comisión del delito, no llega a dar un co-dominio del hecho, al no decidir sobre la ejecución o no del mismo y depender de los ejecutores. Si el aporte no es esencial, así se realice en la etapa de ejecución o en la de preparación, configurará una complicidad secundaria.¹²⁷

Así, el encargado de conseguir las armas para que luego otros dos puedan ingresar a un banco y amenazar a las personas que se encuentren dentro del lugar para poder cometer un robo, sin duda ha realizado un aporte esencial; pero, al no ocurrir éste durante los actos de ejecución y, por tanto no tener la decisión sobre el inicio o interrupción del delito, no puede ser calificado como coautor, aunque sí como cómplice primario.

Ocurre lo mismo en los casos en los que el jefe de banda sólo se limita a realizar la elaboración del plan y no dirige

¹²⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 486.

la ejecución, puesto que, si bien el plan es un elemento importante, al ser un aporte en los actos preparatorios, no es suficiente para fundamentar un co-dominio funcional del hecho; por lo que en este caso el líder de banda sería considerado cómplice primario, por más líder de la banda que sea.

Analizando ahora el supuesto planteado al principio del desarrollo de la coautoría, respecto a la forma de calificar las intervenciones de Abelardo, Bruno, Carlos, Daniel y Ernesto sobre el robo al banco. En primer lugar, todos actúan conforme a un plan acordado por todos ellos, por lo que hay un reparto de funciones para cometer el delito, cumpliendo el requisito de la decisión común. Respecto a la participación en los actos de ejecución, todos cumplen un rol durante los actos de ejecución, es decir durante la comisión del robo; por lo que también se cumple con este requisito. Por último, con relación al aporte esencial, Abelardo y Bruno, al ser quienes amenazan a las personas dentro del banco, permiten que el sujeto C pueda sustraer el dinero de las cajas registradoras, por lo que tienen un aporte esencial; ya que, de no cumplir con su función, Carlos no podría sustraer el dinero; razón por la que este último también cumple una función esencial: sin la contribución de Abelardo, Bruno y Carlos no podría perpetrarse el delito.

Por otro lado, respecto a Daniel, quien se encarga de vigilar fuera del banco, si bien puede pensarse que tiene un rol importante como campana de alerta a efectos del

abandono del plan, no consideramos que su aporte sea esencial, ya que si bien su información es útil para determinar el abandono del hecho, él no puede decidir sobre la interrupción del mismo, sino sólo aquellos que se encuentran dentro del banco; puesto que sólo ellos decidirán si aún les alcanza el tiempo para terminar de consumir el robo o si ya deben retirarse, teniendo por dicha razón ellos el delito en sus manos; la información de Daniel les será útil únicamente para determinar su decisión sobre la continuación del delito, no pudiendo este último ser considerado coautor, por no tener la posibilidad de, por sí mismo con su aporte, interrumpir el delito.

Por último, respecto a Ernesto (quien se encuentra esperando en un auto para realizar el escape), al no ser indispensable transportarse en un auto para apoderarse del dinero, no puede considerársele coautor; dado que su aporte no deviene en esencial: sólo proporciona un escape más veloz pero no indispensable para el apoderamiento.

Por lo anterior, concluimos que en el caso analizado existe una coautoría en el delito de robo de Abelardo, Bruno y Carlos, al ser quiénes tienen un co-dominio funcional del hecho; mientras que Daniel y Ernesto, si bien realizan aportes durante el momento de ejecución del delito, al no ser esenciales, únicamente pueden ser considerados como cómplices secundarios.

c.3.) Casos especiales de coautoría:

Entre los casos especiales de coautoría encontramos tres supuestos:

- Coautoría Sucesiva:

Como se señaló líneas atrás, el acuerdo entre los coautores puede darse antes o durante la ejecución del hecho. En este segundo caso, el sujeto se suma con posterioridad a un hecho ya iniciado, para continuar ejecutando el delito junto con los otros participantes en el delito; debiendo precisarse que no se le pueden atribuir circunstancias cualificantes que ya estuvieran realizadas antes de su intervención, debido a que no ha influenciado en los actos anteriores a su participación.¹²⁸

Un ejemplo de esto se da cuando un grupo de personas, luego de haber destruido la cerradura de una casa para ingresar a sustraer las cosas, llevan las cosas a la casa de un amigo que decide regresar con los demás para sustraer más cosas. En este caso, el último participante responde en coautoría por el delito de hurto, pero solo por la modalidad simple; no siéndole de aplicación la agravante de destrucción de obstáculos en la que no tuvo participación por no ser parte del delito en ese momento¹²⁹.

¹²⁸ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 320 y 321.

¹²⁹ **Código penal peruano:**

- Coautoría Alternativa:

En este caso, hay un acuerdo común donde los coautores realizan su propio aporte potencial que resulta idóneo para la comisión típica, siendo sólo una de ellas la que se ejecutará, excluyendo la posibilidad a las restantes¹³⁰.

Este supuesto se presentaría si, por ejemplo, Antonio, Bernardo y Carmelo se pusieran de acuerdo para matar a Demetrio cuando éste regresara en la noche de trabajar. Si Demetrio pudiera utilizar tres caminos para llegar a su casa, y Antonio, Bernardo y Carmelo se dividieran para esperarlo en cada una de las posibles rutas, siendo Antonio quien lo matara de un disparo; habría que analizar que Antonio, Bernardo y Carmelo se repartieron funciones consistentes en esperar cada uno en las posibles rutas de la víctima; siendo sólo Antonio quien

Artículo 185 – Hurto simple.-

“El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparan a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación.”

Artículo 186.- Hurto agravado

“El agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años si el hurto es cometido: (...)

Inc. 3: Mediante destreza, escalamiento, destrucción o rotura de obstáculos”.

¹³⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 488

habría realizado la conducta típica del homicidio. En este caso, la doctrina¹³¹ señala que los demás intervinientes tienen un aporte esencial, consistente en asegurar las posibilidades de la producción del delito (la espera en cada una de las rutas asegura el resultado); razón por la que, tomando en cuenta que ex ante son contribuciones esenciales y, por tanto, necesarias; son considerados coautores.

Nosotros, sin embargo, no consideramos que este supuesto consista en una coautoría, ya que si bien hay un acuerdo común y un reparto de funciones, sólo uno de los sujetos interviene en los actos ejecutivos, faltando así el tercer requisito de esta forma de autoría; por lo que sería éste el único que tiene el dominio del hecho y, por tanto, sólo él sería considerado autor del delito. Los demás, si bien consideramos que cumplen un papel importante (ya que de no intervenir en el delito, no hubiera permitido tal vez que el ejecutor se encontrara con la víctima), y constituyen aportes indispensables que aseguran el resultado evitando que la víctima pueda escapar de la emboscada; no pueden ser considerado coautores por no intervenir en la etapa de ejecución del hecho, sino únicamente durante los actos preparatorios; no teniendo el control del suceso y siendo en realidad meros cómplices primarios¹³².

¹³¹ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tötterschaft*, sexta edición, (...), p. 650. Citado por: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 77.

¹³² En la misma línea: SOTA SÁNCHEZ, André. *La coautoría: un análisis desde la teoría del dominio del hecho*. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, N° 155, año 17, Lima, agosto, 2011. P. 187.

- Coautoría Aditiva:

En la coautoría aditiva varios sujetos, siguiendo el plan común, realizan la acción ejecutiva, pero solamente algunas de esas acciones producen el hecho, teniendo la actuación conjunta y simultánea la finalidad de incrementar el riesgo de la lesión al bien jurídico y así asegurar el objetivo de los autores.¹³³

Un ejemplo de esto se produce cuando, para matar a una persona, varios sujetos acuerdan disparar a la vez, pero sólo el disparo de uno es el que causa la muerte a la víctima; en este caso, el aporte de todos es necesario, ya que independientemente de quién sea el que efectivamente realice el disparo mortal, todos colaboran para obtener esa finalidad acordada, por lo que son coautores del delito.

Roxin considera este supuesto como un caso de coautoría, pues dada la importancia *ex ante* de las diferentes contribuciones, estas resultan esenciales y necesarias¹³⁴.

Consideramos también que este supuesto es un caso de coautoría, ya que hay un acuerdo de voluntades entre los intervinientes y todos contribuyen con un aporte esencial durante la ejecución del delito, puesto que al realizar

¹³³ HUERTA BARRÓN, Rocío y Rafael, VEGA LLAPAPASCA. Autoría, Cuestiones preliminares, Tipos de Autoría. En: Autoría y Participación, Caballero Bustamante, Lima, 2010, p. 31.

¹³⁴ ROXIN, Claus. Täterschaft und Täterschaft, sexta edición, ..., p. 660 - 661. Citado por: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 78.

todos los actos típicos incrementaron la posibilidad de conseguir su objetivo, de lo contrario no se podría determinar si habrían podido alcanzarlo de todas formas. Así, por ejemplo, en el caso planteado, al disparar todos generan que la víctima no tenga (o tenga en menor medida) la posibilidad de evitar los disparos o que sea herido en algún punto vital, permitiendo que algún proyectil lo impacte y le produzca la muerte, cumpliendo así todos una función en la ejecución del delito.

2.3. Delitos especiales y de propia mano:

Roxin hace la precisión de que la teoría del dominio del hecho sólo es aplicable para los delitos de dominio o comunes, mientras que para los delitos especiales y de propia mano se deben utilizar otros criterios; puesto que en esta clase de delitos los tipos penales exigen otros requisitos para ser considerado autor.

Así, para solucionar los casos de los delitos especiales, donde el tipo penal exige una cualidad especial en el agente para ser considerado autor, se recurre a la teoría de los “delitos de infracción de deber”, en los que quien infringe el deber (por ejemplo, el funcionario) es autor sea cual fuere su contribución con el delito, a pesar de que su conducta sea objetivamente de complicidad; mientras que quien no tenga el deber, por más que tenga el dominio del hecho, sólo podrá ser considerado cómplice y no autor, por no poder infringir el deber¹³⁵.

¹³⁵ CALDERÓN CEREZO, Angel y José Antonio, CHOCLÁN MONTALVO. Op. Cit. p. 371.

De esta manera, en el caso, en que un funcionario encargado de custodiar dinero del Estado permita que un particular lo sustraiga, a pesar de no ser el propio funcionario quien sustrae el dinero, responderá por el delito de peculado a título de autor; puesto que al permitir que un particular lo sustraiga, incumple con su deber de custodiar el mismo. En esta línea, si bien el particular ostenta el dominio del hecho, por ser quien sustrae el dinero, debido a que no tiene el deber de custodia sobre el mismo, no puede ser calificado como autor.

Por otro lado, para los casos de los delitos de propia mano en los que el tipo penal exige que la conducta sea realizada directamente por el sujeto (exigencia implícita en la propia descripción típica de la acción), sólo será autor aquel que personal o físicamente realice la conducta descrita en el tipo penal.¹³⁶

Un ejemplo de ello es el delito de falso testimonio¹³⁷, donde sólo podrá ser autor aquel que realiza la declaración testimonial, no pudiendo por ello presentarse supuestos de autoría mediata o de coautoría.¹³⁸

¹³⁶ GOMEZ BENITES, José Manuel. Op. Cit. p. 160 y 161

¹³⁷ **Código penal peruano:**

Artículo 409.- “El testigo, perito, traductor o intérprete que, en un procedimiento judicial, hace falsa declaración sobre los hechos de la causa o emite dictamen, traducción o interpretación falsos, será reprimido con pena privativa de libertad, no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si el testigo, en su declaración, atribuye a una persona haber cometido un delito, a sabiendas que es inocente, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años.

El Juez puede atenuar la pena hasta límites inferiores al mínimo legal o eximir de sanción, si el agente rectifica espontáneamente su falsa declaración antes de ocasionar perjuicio”.

¹³⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 174.

2.4. Críticas:

A la teoría del dominio del hecho se le han planteado distintas críticas, que son las siguientes:

a) Su desconexión con la regulación positiva: Esta teoría prescinde de la realización de la conducta típica, siendo en realidad una postura del concepto extensivo de autor.¹³⁹

Al ser una teoría que toma en cuenta quién tuvo el dominio de los hechos y, por tanto, considera como autor a quien determinó la producción del hecho sin necesidad de que realice directamente la acción típica; se le critica alejarse del concepto restrictivo de autor. Así, se le critica no exigir la verificación de la realización de la conducta típica, permitiendo que muchas más acciones puedan ser consideradas como autoría y, con ello, afectando el principio de legalidad al no poderse determinar por cualquier persona qué conductas configuran de autoría.

Ante esta crítica, coincidimos con Muñoz Conde respecto a que, sólo el que tenga la última palabra y decida si el delito se comete o no, debe ser considerado autor.¹⁴⁰ En otras palabras, aquel que tenga en sus manos la decisión sobre la comisión del delito es sin duda el autor, por ser el sujeto con el aporte más importante para la producción del delito; mientras que los cómplices dependerán de la decisión de otros sujetos para que se llegue a cometer el delito, no pudiendo ni siquiera impedir la comisión del mismo.

¹³⁹ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. Cit. p. 331.

¹⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARAN, Mercedes. Op. Cit. p. 432.

La teoría del dominio del hecho permite lograr esa distinción, puesto que quien tenga el dominio del hecho será la figura central del suceso, es decir, quien tenga en sus manos la decisión sobre la ejecución, el cómo o la posible interrupción del hecho, que es precisamente lo que define al autor de un delito; sin necesidad de ser exigible que realice la acción típica directamente, como ocurre en el supuesto analizado del líder de banda que dirige la operación por teléfono; por lo que consideramos que esta crítica no muestra un defecto de la teoría del dominio del hecho.

b) La insuficiencia del dominio negativo del hecho para fundamentar coautoría: Se señala también que esta teoría no es muy adecuada para solucionar los casos de coautoría, porque considera suficiente para fundamentar coautoría, tener un dominio negativo del hecho (léase, la posibilidad de impedir la ejecución del delito con su pasividad o no contribución); elemento que también se encuentra presente en la complicidad primaria¹⁴¹.

Contra esta crítica, la doctrina¹⁴² señala que si un cómplice primario tiene la posibilidad de interrumpir la ejecución del delito, deja de ser considerado cómplice, para convertirse en coautor del delito, al tener también dominio del hecho. Así, si bien es cierto que al igual que un coautor, el cómplice primario realiza un aporte indispensable para la ejecución del delito; la distinción entre uno y otro se da en el momento en que se realiza el aporte: si el aporte se realiza en los actos preparatorios se tratará de un cómplice primario, puesto que depende de la decisión de otro para que se cometa el delito; mientras que si el aporte se realiza durante los actos de ejecución se tratará de

¹⁴¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 628.

¹⁴² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit. p. 388.

un coautor, puesto que tendría en sus manos la posibilidad de impedir la ejecución del hecho, es decir tendría también dominio del hecho.

Bacigalupo señala como ejemplo el caso del director de banco que, para facilitar el asalto, antes de la ejecución del delito, brinda la clave de la caja fuerte para que se puedan apoderar del dinero. En este caso, el director será considerado cooperador necesario y no coautor, dado que no ostenta la posibilidad de impedir la ejecución del hecho; distinto sería el caso si el director concurría junto con los autores a la ejecución del hecho y abriera la caja con la clave, siendo en este caso considerado coautor por tener el dominio del hecho hasta el final¹⁴³.

Por ello, conforme con este autor, para el caso del cooperador necesario, quien realiza un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer el delito (aporte esencial), sólo puede entenderse que él no tiene el poder de decisión sobre la comisión del mismo, si su aporte se realiza antes de la ejecución; puesto que si se realiza en ese momento, debido a su aporte esencial, tendría también el control sobre la ejecución del delito. Otro razonamiento se aplicaría si su aporte se realizara en los actos preparatorios, etapa en la que su contribución podría ser reemplazada, y en la que su negativa a realizar el hecho podría impedir que se llegue a cometer el delito. De ahí se desprende que siempre que exista un dominio negativo del hecho, es decir, la posibilidad de impedir la ejecución del delito, nos encontramos frente a un supuesto de coautoría.

¹⁴³ *Ibíd.*

Opina lo mismo Pérez Alonso, quien señala que el cooperador necesario es a veces coautor y a veces partícipe, ocurrirá lo primero cuando realice el aporte esencial durante los actos de ejecución pues en ese caso será coportador del dominio del hecho, en cambio será un cómplice primario cuando realice dicho aporte antes de la ejecución, ya que en esa circunstancia no ha podido ostentar el dominio del hecho¹⁴⁴.

De esta manera, no es cierto que un cómplice primario tenga, al igual que un coautor, un dominio negativo del hecho, puesto que sólo el coautor tiene la posibilidad de impedir la ejecución del delito con su falta de intervención, es decir tiene en sus manos la decisión sobre la ejecución del hecho delictivo, el que se sustenta en la realización de un aporte esencial durante los actos de ejecución. Por tanto, el cómplice primario, por más esencial que sea su aporte, no tendrá nunca dominio del hecho, ya que su aporte se produce en los actos preparatorios, siendo incorrecta la crítica bajo análisis que considera que tanto el coautor cuanto el cómplice tienen un dominio negativo del hecho: sólo es coautor quien tiene el dominio del hecho.

c) Sólo es aplicable para los delitos dolosos: Se critica también que esta teoría sólo sería aplicable a los delitos dolosos, debido a que en los delitos imprudentes, el sujeto no controla el curso causal conscientemente, justificándose el castigo en el hecho de que hubiera podido y debido hacerlo.¹⁴⁵

Si bien es cierto que al exigir la teoría del dominio del hecho un elemento subjetivo consistente en conocer las circunstancias que le

¹⁴⁴ PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Comares, Granada, 1998, p. 86 y 87.

¹⁴⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Parte General del Derecho Penal, Aranzadi, segunda edición, Navarra, 2007, p. 617.

dan el dominio del hecho al sujeto y querer aprovecharse de ellas, sólo es aplicable a los delitos dolosos; no obstante ello, esto no lo descalifica en tanto que esta teoría no busca determinar la autoría de todos los delitos, sino a los que posean la misma estructura (en este caso, los delitos dolosos).

Muestra de lo expuesto es que para los delitos de dominio sea útil la teoría del dominio del hecho, mientras que para los delitos de infracción de deber y los de propia mano sea necesario utilizar dos criterios distintos, por tener una configuración diferente. Lo mismo ocurre para los delitos imprudentes, que consisten en el incumplimiento de un deber de cuidado, por lo que es necesario un criterio diferente para determinar la autoría.

El presente trabajo no tiene como objeto establecer un criterio para determinar la autoría en los delitos imprudentes, o señalar si en tales delitos es posible o no efectuar una distinción entre autores y partícipes (lo que ya es discutido en la doctrina¹⁴⁶); sino analizar los supuestos de autoría mediata, la cual es de comisión dolosa, ya que en estos casos es necesario que el “hombre de atrás” utilice intencionalmente al “ejecutor” para cometer el delito.

3. Variantes de la teoría del dominio del hecho:

Existen dos teorías que parten de la base de la teoría del dominio del hecho, sin embargo tratan de hacer algunas variantes que consideran más adecuadas para determinar las conductas de autoría, siendo las más conocidas: 1) La Teoría de la

¹⁴⁶ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Op. Cit. p. 136.

pertenencia del hecho y 2) La teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho; las cuales desarrollaremos a continuación:

3.1. La Teoría de Pertenencia del Hecho:

Esta teoría es postulada por Mir Puig, quien señala que: *“(...) El control material del delito es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Para esta imputación lo decisivo es que pueda afirmarse que el delito pertenece al sujeto como suyo (...) exclusiva o compartido (...)”*¹⁴⁷.

Agrega además que: *“(...) el delito pertenecerá como autor a aquél o aquéllos que, reuniendo las condiciones personales requeridas por el tipo (esto es importante en los delitos especiales), aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización (...)”*¹⁴⁸.

Atribuye a la autoría del dominio del hecho una falta de precisión, por no explicar por qué el ejecutor de propia mano de los elementos del tipo ostenta dominio del hecho, afirmando además que el concepto de autor es algo más que la simple posibilidad de interrupción; aspecto que también podría tener un partícipe o un tercero¹⁴⁹. Respecto a esta última crítica, conforme ya lo hemos desvirtuado anteriormente, cabe mencionar que sólo una contribución esencial en los actos de ejecución puede dar codominio del hecho, pudiendo, por ejemplo, interrumpir el delito ante la ausencia de este; siendo, en cambio, un acto de complicidad si debe realizarse en los actos preparatorios.

¹⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 366.

¹⁴⁸ Ibídem.

¹⁴⁹ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. p. 201.

Mir Puig, para determinar los supuestos de autoría directa, señala que en el caso en el que un sujeto sea el único ejecutor material del delito, será considerado autor debido a que no existe otro que le pueda disputar la pertenencia del delito; y seguirá siendo considerado autor aunque interviniesen otras personas no ejecutores, si éstas desempeñaran un papel previo menos próximo y decisivo, dependiendo del primero la ejecución o no del delito, quedando en sus manos a título propio¹⁵⁰.

Así, por ejemplo, si sólo Amparo es quien mata a cuchilladas a Bárbara, sin ayuda de nadie, entonces el delito le pertenecerá a Amparo, siendo por ello considerada autor del homicidio. Esta condición la seguiría manteniendo aunque se descubriera que Carolina fue quien le consiguió el cuchillo para matar a Bárbara, pues si bien también Carolina habría contribuido, el delito le seguiría perteneciendo a Amparo, puesto que es este último de quien depende la ejecución o no del hecho delictivo.

Para los supuestos de autoría mediata, Mir Puig indica que también le pertenece el delito al hombre de atrás, debido a que utiliza a un instrumento bajo su total control, siendo por ello el único causante del delito; así, el instrumento, a pesar de hallarse más próximo a la consumación, no puede disputarle la pertenencia del delito¹⁵¹, por lo que no puede ser considerado autor.

De esta forma, cuando Arístides, queriendo matar a Berenice, le agrega veneno a un vaso de gaseosa, pidiéndole a Carmen (quien desconoce el plan de Arístides) que le entregue la bebida a la víctima; por más que sea Carmen quien le entrega la bebida a Berenice, realizando la conducta más cerca a la consumación, el delito le pertenece a Arístides; debido a que,

¹⁵⁰ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. 366.

¹⁵¹ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 367.

aprovechando el desconocimiento de Carmen, la tiene bajo su total control (lo usa como instrumento).

No obstante lo expuesto, Mir Puig considera que es posible que se presenten casos de autoría mediata en los que el instrumento actúa con libertad respecto del hombre de atrás, supuestos en los que señala concurre un “instrumento doloso no cualificado”. En estos casos, un intraneus induce o ayuda a un extraneus que, con absoluto conocimiento y libertad, lleva a cabo materialmente la conducta descrita en el tipo especial. Para este autor, el funcionario de atrás es causa del hecho, dado que sin él no se hubiera producido la actuación del intermediario; debiendo imputársele el delito como autor a él y no al intermediario por no contar éste con la cualificación especial exigida por el tipo penal; señala que de no seguirse esta interpretación habría una laguna inadmisibles, ya que no habría una autoría mediata debido a que el instrumento actúa de manera consciente y libre, y tampoco una autoría directa al no cumplir este último con cualificación especial, por lo que el delito quedaría sin autor, lo que traería como consecuencia que, a pesar de la lesión de un bien jurídico protegido, la acción del funcionario quede impune¹⁵².

Por último, al tratar sobre la coautoría, Mir Puig señala que ésta se producirá cuando la pertenencia del hecho se comparta entre quienes se distribuyen partes esenciales del plan global de ejecución del delito; pudiendo tratarse incluso de un aporte que no consista en una acción típica, siempre y cuando sea fundamental en la realización del plan común, y siempre que se cumplan además los requisitos de decisión común y

¹⁵² MIR PUIG, Santiago. Derecho penal, parte general, segunda edición, 1985, p. 321. Citado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 615.

aporte en la fase ejecutiva¹⁵³. En este punto, esta teoría coincide en gran medida con el dominio funcional del hecho propuesto por Roxin.

Así, en el caso en que Antonio, Bryan y Cándido, se propongan robar un banco de noche, acordando que Antonio se encargue de reducir a los dos vigilantes con su arma de fuego; Bryan de abrir la puerta de entrada sin que se active la alarma del banco; y Cándido de abrir la caja fuerte y retirar el dinero; los tres realizarían un aporte esencial para la comisión del delito, por ser necesaria la contribución de todos para que se pueda cometer el mismo; razón por la que deben ser considerados coautores al compartir la pertenencia del hecho.

Críticas:

a) **No se explica cuál es el criterio material por el que se determina que un hecho pertenece a un sujeto:** Si bien Mir Puig señala que el criterio para determinar quién es el autor del delito será el de la pertenencia exclusiva o compartida del hecho, no explica de qué manera el sujeto hace que un delito le pertenezca; sólo señala que debe imputarse al sujeto causante del delito como suyo porque ningún otro sujeto se encuentra en mejor situación para disputárselo; es decir, se efectúa una valoración negativa, sin explicar cómo se tiene la pertenencia del delito¹⁵⁴.

Así, para este autor, cobra mayor fuerza la descalificación que se hace de los otros intervinientes, que la actuación del propio sujeto que sería considerado autor. Esto se evidencia cuando analiza Mir Puig el supuesto de autoría mediata con

¹⁵³ MIR PUIG, Santiago. Op. cit. p. 366, 367 y 387.

¹⁵⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 617.

instrumento doloso no cualificado, puesto que aquí señala que a pesar de que el llamado instrumento actúa consciente y libremente, siendo además el más próximo a la consumación del delito, no será considerado autor por no cumplir con las cualificaciones que exige el tipo especial; concibiéndose como autor mediato al “hombre de atrás”, a pesar de no ser éste quien realizó de modo mediato (al no tener el control del instrumento), ni inmediato la conducta descrita en el tipo; al no poder disputarle otro sujeto la pertenencia del hecho, ya que este sí cumple con la cualificación especial.¹⁵⁵

Como vimos al analizar la posición de Roxin para determinar la autoría en los delitos especiales, para él se debe recurrir a la teoría de la infracción de deber, conforme con la cual, al incumplir el intraneus su deber, si bien no realiza la acción directamente, permite que un tercero la realice, debiendo por ello ser considerado como autor del delito, por ser lo determinante el incumplimiento de su deber. De esta manera, Roxin brinda una argumentación de por qué el intraneus con su conducta se convierte en autor, mientras que Mir Puig establece que determina la autoría del intraneus es que no pueda considerarse autor al extraneus, por no cumplir con la cualificación exigida por el tipo especial, razón por la que el delito le pertenece al primero.

Debido a esta crítica, no compartimos la teoría de la pertenencia del hecho, puesto que al no proporcionar criterios materiales para determinar la “pertenencia” del delito, no permite efectuar una distinción clara entre autores y partícipes.

¹⁵⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 618 y 619.

b) No consideran el dominio negativo del hecho para fundamentar autoría: Como señalamos anteriormente, lo que distingue a un autor de un cómplice primario, es que el primero tiene en sus manos la decisión sobre la comisión del delito, es decir, pueda interrumpir el delito, mientras que el segundo sólo puede tener un aporte esencial en la etapa de los actos preparatorios, puesto que si el aporte trascendental durante los actos de ejecución, ya no tendría el papel secundario de un cómplice.

3.2. La Teoría de la determinación objetiva y positiva del Hecho:

Esta teoría es propuesta por Luzón Peña, quien busca un criterio que permita distinguir entre autores y partícipes, tanto en los delitos dolosos cuanto en los delitos imprudentes, denominando a esta teoría el dominio objetivo y positivo (no meramente negativo) del hecho. Esta teoría atiende a la posición de control del hecho (con independencia de su intención) por parte del sujeto, de forma aislada o conjuntamente con otras personas, sobre la producción del resultado, pudiendo decidir positivamente el sí y el cómo de la acción¹⁵⁶.

Explica que el dominio (o control) objetivo y positivo requiere más que la posibilidad de interrupción del delito (que puede tener un cómplice necesario), exigiendo que el sujeto esté en tales condiciones que, si obrara dolosamente, decidiría con su actuación la producción, el “cuándo” y el “cómo” del resultado. Así, lo que distingue su aplicación para los delitos imprudentes de los dolosos, es que para los segundos, además del dominio

¹⁵⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 626 Y 627.

objetivo del hecho, existirá la voluntad consciente del autor de dirigir o configurar finalmente el curso causal.¹⁵⁷

En otras palabras, en los delitos dolosos, además de la determinación objetiva del hecho, se añade el dolo, resultando de esto el dominio del hecho. Mientras que para los delitos imprudentes, esta determinación objetiva equivale a un dominio potencial del hecho, donde si él agente tuviera dolo, podría convertirse en un dominio final del hecho.¹⁵⁸

A esta postura se adhiere Díaz y García Conlledo, quien señala que la ventaja de esta teoría es que se toma en cuenta para determinar la autoría a quien tiene el dominio positivo del hecho; siendo éste el que realmente decide el “sí” y el “cómo” de la producción del resultado. Así, será autor el que realiza directamente el injusto típico, independientemente de si la conducta es considerada la más importante o imprescindible desde otras consideraciones valorativas (ejm: reprochabilidad, maldad, etc), que no deben ser las que guíen la búsqueda del concepto de autor en un sistema restrictivo de autor¹⁵⁹.

Esta teoría plantea como ejemplo de la insuficiencia del dominio negativo del hecho (poder de interrupción del delito) para fundamentar la autoría, el caso del vigilante en un hurto (el cual fue parte del plan y interviene en la fase ejecutiva), quien por mucho que vigile, con su conducta no viabilizará la concurrencia de un hurto, en tanto se encuentra en manos de otro u otros la realización del tipo; siendo quienes toman la cosas los que determinan positivamente el delito. Así, evidencia que teniendo un dominio negativo del hecho no se puede fundamentar la coautoría, sino sólo la

¹⁵⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 627 y 628.

¹⁵⁸ DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. p. 354.

¹⁵⁹ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. p. 199.

complicidad necesaria; evitando así la extensión del concepto de autor en la coautoría, hecha por la doctrina alemana¹⁶⁰.

Con relación a este supuesto del vigilante en el hurto, al ser parte del plan e intervenir en los actos ejecutivos, existe una discusión en la doctrina sobre si constituye o no un supuesto de coautoría. Al respecto, consideramos que, aplicando la teoría del dominio funcional del hecho, tampoco puede decirse que se trate de un supuesto de coautoría, puesto que – como señalamos anteriormente – su aporte no puede ser calificado de esencial, ya que la información que éste brinda únicamente servirá para que los otros sujetos decidan si se retiran o terminan de cometer el delito, no pudiendo por su sola falta de intervención impedir la comisión del delito, pues este se sigue desarrollando, a diferencia de si faltara el sujeto que conoce la contraseña para abrir la caja fuerte, pues los actos se detendrían en ese momento.

Si bien es cierto, existe la probabilidad de que puedan ser descubiertos, esa circunstancia no es dominada por el campana, puede ocurrir o no, y depende sólo de la acción de terceros. Por ello consideramos que esta contribución no puede otorgar parte del dominio del suceso, no pudiendo considerarse al campana como coautor.

Por otro lado, sobre la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho, Luzón Peña considera que, tanto en los delitos dolosos, cuanto en los delitos imprudentes, el dominio objetivo o control objetivo del hecho concurrirá con independencia de la voluntad del agente, si la conducta está objetivamente en condiciones de dominar, controlar o determinar el curso de los acontecimientos hacia el resultado. La distinción entre uno y otro girará en torno a la voluntad, la que sólo aparecerá en los delitos dolosos; pero no en los delitos imprudentes. Así, la determinación objetiva del

¹⁶⁰ SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Op. Cit. p. 200.

hecho aparece como la base objetiva de la autoría en los delitos de resultado, explicando el autor que *“(...) por mucho que alguien quiera que se produzca el resultado y quiera contribuir a ello o incluso quiera dominar, controlar o dirigir el acontecimiento, no será autor si realmente no controla y domina el hecho”*¹⁶¹.

Como se observa, para Luzón Peña esta teoría permite distinguir autoría y participación en los delitos dolosos y en los imprudentes, lo cual debe hacerse por estar ambas formas de comisión condicionadas a la realización de la parte objetiva de la conducta típica¹⁶².

Ahora bien, dado que – conforme con lo señalado en la introducción del presente trabajo, el objetivo central no es determinar la teoría adecuada para identificar las conductas de autoría, sino analizar los supuestos de autoría mediata; no nos detendremos a reflexionar sobre la forma de determinar la autoría en los delitos imprudentes, circunscribiéndonos a la comisión dolosa del delito, puesto que sólo puede hablarse de autoría mediata cuando se controla intencionalmente a otro individuo.

En la línea de lo expuesto, al tratar las modalidades de autoría, conforme con la determinación objetiva y positiva del hecho, existirá autoría inmediata cuando un sujeto realiza la “acción típica nuclear”, es decir, cuando determina objetivamente la conducta central del delito por sí solo; siendo insuficiente la realización de actos ejecutivos no nucleares y no típicos, o típicos y no nucleares¹⁶³. Así, por ejemplo, en el delito de hurto en el que la conducta central es la de sustraer, aquel sujeto que entra a una casa para abrir una bóveda para apoderarse del dinero sería considerado

¹⁶¹ LUZÓN PEÑA, Diego – Manuel, «La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», ADPCP, 1989, p. 894. Citado por: BOLEA BARDÓN, Carolina. Op. Cit. p. 68.

¹⁶² DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 626.

¹⁶³ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. Cit. p. 332.

autor inmediato, por ser quien domina objetivamente la acción típica nuclear.

Es posible, sin embargo, que junto al autor inmediato actúen otras personas como partícipes en el hecho, u otros sujetos que también realicen individualmente toda la conducta típica nuclear; en este último caso concurriría un supuesto de autoría pluriautoría, que es distinta a la coautoría¹⁶⁴, en tanto en la primera, si bien la actuación de todos los intervinientes produce el resultado típico, no hubo una decisión común entre los intervinientes, por lo que desconocen la actuación de las demás sujetos y actúan como autores individuales, respondiendo cada uno sólo por lo realizado por sí mismo¹⁶⁵.

Si en el supuesto entonces en el que Alicia y Brenda tienen planeado por separado matar a Clodomiro, agregando cada una un poco de veneno al café de este último, que individualmente era suficiente para matarlo, produciéndose efectivamente este resultado; tanto Alicia cuanto Brenda, al realizar la acción típica nuclear de matar separadamente, serían considerados autores inmediatos del homicidio. En el caso en que Daniel le hubiera conseguido el veneno a uno de los autores, al no realizar la conducta típica nuclear, solo sería considerado partícipe (en este caso, cómplice primario).

Por el contrario, en los casos de autoría mediata, el autor mediato realiza la acción típica nuclear, determinando el hecho a través de otro que actúa como instrumento; este último es considerado autor inmediato del hecho, aunque a menudo no responde penalmente por faltarle algún elemento del delito (dolo, imprudencia, concurrencia de causas de justificación,

¹⁶⁴ Enciclopedia Penal Básica. Director: LUZÓN PEÑA, Diego – Manuel. Granada, 2002, p. 147.

¹⁶⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 74.

supuestos de inimputabilidad, etc.)¹⁶⁶. En estos casos, el autor mediano debe cumplir con el resto de los elementos típicos y, además, deben cumplirse los requisitos del dominio de la voluntad sobre el instrumento¹⁶⁷ (error, coacción, etc.), para que de esta manera el autor mediano sea quien determine el hecho a pesar de no hacerlo directamente.

En tal sentido, en el caso en que Adrian engañe a Baldomero para que le entregue el abrigo de Cecilio, (el cual se encuentra en una silla), haciéndole creer que es suyo; si bien la acción típica nuclear de sustraer la realiza Baldomero, al actuar éste debido al engaño que realizó Adrian; este último sería quien ostente el dominio objetivo y positivo del hecho, siendo por ello considerado autor mediano del delito.

Por último, en el supuesto de coautoría, ésta supone la realización compartida por varios sujetos de la acción típica nuclear, concurriendo una determinación conjunta del hecho. Así, se impide extender excesivamente las conductas que deben ser calificadas de coautoría, puesto que se pierden las ventajas de un concepto restrictivo de autor, pudiendo sancionarse conductas que sin ser de autoría suponen una participación esencial en el hecho, como la complicidad primaria, que **(como ocurre en el caso del código penal peruano)** sanciona a esta forma de participación con la misma pena que para la autoría¹⁶⁸. Así, el ordenamiento nacional vigente señala: *“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. (...)”*¹⁶⁹

Para esta teoría también es necesario para que se presente la coautoría que exista un acuerdo entre los sujetos y que, dividiéndose el trabajo,

¹⁶⁶ Enciclopedia Penal Básica. Op. Cit. p. 147.

¹⁶⁷ DIEZ RIPOLLES, José Luis. Op. Cit. p. 332.

¹⁶⁸ Enciclopedia Penal Básica. Op. Cit. p. 147. El resaltado es nuestro.

¹⁶⁹ Artículo 24 del código penal peruano.

realicen en conjunto la acción que determina positivamente el sí y el cómo del hecho¹⁷⁰, acción que - como se dijo anteriormente - debe ser la acción típica nuclear.

Así, en el caso en que Anselmo, Boris y César se ponen de acuerdo para matar a Donato, donde Anselmo sujetará a este último mientras que Boris y César lo apuñalaran, causándole de esta manera la muerte; si bien existe un acuerdo y una división de tareas, la acción nuclear de matar no la realiza Anselmo sujetando a la víctima, sino Boris y César, que lo apuñalan. Así, la conducta de Anselmo no es la que quita la vida a Donato, por lo que no puede ser considerado coautor; ya que, si bien su conducta puede ser considerada importante e implicar un dominio negativo del hecho, no supone la decisión del cómo ni del cuándo se realizará el delito, siendo por ello tan sólo un cómplice primario. Muy distinta es la situación de Boris y César, en tanto estos realizan la acción que le quita la vida a Donato, es decir, la típica nuclear; por lo que serán considerados coautores del delito de homicidio, por tener ambos el dominio objetivo y positivo del hecho.

Críticas:

a) En los delitos con más de una acción típica no cabe distinguir entre conductas típicas nucleares y no nucleares:

Para la teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho será autor aquel que tenga la determinación objetiva y positiva del hecho sobre la acción típica nuclear, lo que genera complicaciones en los delitos en los que la ley establece más de una conducta, pues no podría distinguirse entre conductas típicas nucleares y no nucleares, ya que todas ellas configurarían autoría; y para tratar de solucionar esta crítica, se

¹⁷⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 677.

señala que en estos delitos se configura una parte de la conducta como central y otra parte como instrumental, por lo que, no toda acción descrita en un tipo es de autoría; considerándose como autores únicamente a quienes realizan la conducta central descrita en el tipo y como actos de participación con importancia destacada por la ley a las otras conductas descritas en el mismo¹⁷¹.

Sobre esta crítica, coincidimos con la idea de que la realización de la acción central descrita en el tipo debe dar lugar a un supuesto de autoría, puesto que la ley señala aquella conducta como prohibida; sin embargo, consideramos que esta teoría reduce demasiado las conductas que deben ser consideradas de autoría, en tanto deja sin cobertura punitiva a quienes realizan elementos típicos no nucleares¹⁷². Este problema se genera al efectuar distinciones no señaladas por la ley, al ser que ésta no diferencia entre conductas principales y secundarias en el delito, considerando a todas como prohibidas; así, no pueden hacerse distinciones donde la ley no lo hace.

b) No considera el dominio negativo del hecho para fundamentar autoría: Como indicamos, también para la teoría de pertenencia del hecho de Mir Puig, lo que identifica a un autor es tener en sus manos la decisión sobre la comisión del delito (aquel que pueda interrumpir el delito tiene en sus manos el delito). Esta cualidad no la ostenta un cómplice primario, el que justamente detenta tal cualidad por tener un aporte esencial en la etapa de los actos preparatorios; ya que, si su

¹⁷¹ Enciclopedia Penal Básica. Op. Cit. p. 146.

¹⁷² DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. Cit. p. 332.

aporte fuera trascendental durante los actos de ejecución ya no tendría el papel secundario de cómplice.

Roxin también se encuentra en desacuerdo con que un cómplice primario tenga un dominio negativo del hecho, señalando que: *“(...) quien realiza un acto preparatorio, aún cuando preste una contribución irremplazable, ya no tiene en sus manos el acontecimiento y no puede dominarlos en tanto deja a otro la ejecución. Por eso, un codominio de la realización típica solamente es posible a través de una división de trabajo en la etapa de la ejecución”*¹⁷³; por ello quien realiza un aporte irremplazable en los actos de ejecución, también ostenta un codominio del hecho; no pudiendo, por tanto, ser considerado cómplice sino coautor.

Agrega además que esta posición restringe demasiado la coautoría, y que esa distinción entre dominio positivo y negativo del hecho no comprende con acierto la estructura del dominio funcional del hecho; ya que, si se analiza, por ejemplo, el caso del apuñalador, quien sujeta realiza una contribución tan positiva para la realización típica, como el que apuñala, y el que la falta de ese aporte impida la comisión del delito es sólo la cara negativa de este codominio positivo¹⁷⁴.

Por último, señala que la distinción entre dominio positivo y negativo del hecho no puede fundamentar una diferencia en la valoración de estos aportes, ya que, volviendo al ejemplo del apuñalador, tanto si uno se encargara de sujetar a la víctima,

¹⁷³ ROXIN, Claus. Problemas actuales de dogmática penal, traducción de Manuel A. Abanto Vásquez, ARA editores, Lima, 2004, p. 214 y 215.

¹⁷⁴ ROXIN, Claus. Problemas actuales de dogmática penal (...), *Op. Cit.* p. 215.

como si realizará unas puñaladas que junto con otros produjeran la muerte; en ambos casos cada interviniente sería alternativamente independiente del otro, siendo codominadores del hecho a través de su actuar “positivo”¹⁷⁵.

4. Toma de Posición:

Luego de realizar un repaso por las principales teorías para distinguir las conductas de autoría y participación, observamos que tanto la teoría formal objetiva, cuanto y la teoría material objetiva, y sus variantes, muestran deficiencias para la distinción entre autores y partícipes, por lo que las descartamos como criterios para lograr este objetivo.

Esto no ocurre con la teoría del dominio del hecho, la que consideramos resulta adecuada para distinguir las formas de autoría y participación, por permitir identificar cuándo una persona tiene en sus manos la decisión y la forma de la ejecución del delito, que es lo que caracteriza a un autor (figura central del suceso); que para esta teoría es entendido como aquel que tiene el dominio del hecho.

Sin embargo, al analizar las variantes de “Pertinencia del Hecho” y “Determinación objetiva y positiva del hecho”, vemos que ambas tienen deficiencias; la primera, por no otorgar un criterio para determinar cuándo se tiene la pertinencia del hecho; y, la segunda por distinguir conductas nucleares y no nucleares del delito, cuando la ley no hace esta distinción. Estas teorías consideran que el poder de interrupción del delito lo tienen también los cómplices primarios; lo que, conforme lo desarrollamos oportunamente, no resulta del todo acertado, por no considerar

¹⁷⁵ *Ibídem*.

como autor a un interviniente que tiene también en sus manos la comisión del delito, a pesar de ser éste el verdadero autor.

Por este motivo, será la teoría del dominio del hecho la que utilizaremos para el desarrollo del presente trabajo, constituyendo la premisa del tercer capítulo.

5. Regulación sobre Autoría y Participación en los códigos penales peruanos:

La legislación penal peruana ha contemplado diversos criterios para distinguir entre autores y partícipes. A continuación, haremos un breve repaso histórico sobre los mismos, analizando cada uno de los códigos penales a la luz de la teoría del dominio del hecho; para, posteriormente, esbozar una propuesta legislativa sobre la forma idónea en que deben regularse las formas de intervención en el delito en nuestro ordenamiento.

5.1. Proyecto de Código penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1828:

Si bien no llegó a convertirse en un código, siendo tan sólo un proyecto, fue uno de los primeros intentos legislativos en nuestro país. Consta de una parte general y otra especial, en la primera, se limita a definir qué es el delito y los fines que deben perseguir con la pena, sin precisar cuándo el sujeto que interviene en un delito debe ser considerado autor o partícipe del mismo (ni siquiera se establece si debe hacerse esta distinción). Aunque se podría inferir que debido a ello, para este proyecto legislativo, todos los intervinientes en el delito eran considerados autores, no existe norma que así lo disponga expresamente, por lo que tal afirmación constituiría una posible interpretación; no habiendo existido un desarrollo normativo sobre la formas de intervención en el delito.

5.2. Código penal de Santa – Cruz de 1836:

Este dispositivo penal sí contempló criterios para distinguir la autoría de la participación, regulando la figura del “autor” y del “cómplice, auxiliador o fautor”. Así, establece los siguiente:

Artículo 8.- *“Son delincuentes o culpables, sujetos a la responsabilidad que les impone la lei, no solamente los autores del delito o de la culpa, sino también los cómplices, los auxiliadores o fautores, y los receptadores o encubridores”.*

Artículo 9.- *“Son autores del delito o culpa:*

- 1. Los que libre y voluntariamente cometen la acción criminal o culpable.*
- 2. Los que hacen a otro cometerla contra su voluntad, ya dándole alguna orden de las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar, ya forzándolo para ello con violencia, ya privándole el uso de su razón, ya abusando del estado en que no la tenga, siempre que cualquiera de estos cuatro medios se emplee a sabiendas y voluntariamente para causar el delito, y que lo cause efectivamente.*
- 3. Los que libre y voluntariamente y a sabiendas, ayudan o cooperan a la ejecución de la culpa o del delito en el acto de cometerlo”.*

Artículo 10.- *“Son cómplices:*

- 1. Los descendientes que ayudan o cooperan con sus ascendientes en línea recta, y la mujer con el marido a la ejecución de la culpa o del delito en el acto de cometerlo sus ascendientes o el marido, sin embargo de lo dispuesto en el tercer caso del artículo precedente.*

2. *Los que, aunque no ayuden o cooperen a la ejecución de la culpa o del delito en el acto de cometerlo, suministran o proporcionan voluntariamente las armas, instrumentos o medios para ejecutarlo, sabiendo que han de servir para este fin.*

3. *Los que a sabiendas y voluntariamente por sus discursos, sugestiones, consejos, o instrucciones, provocan o incitan directamente a cometer una culpa o delito, o enseñan o facilitan o medios para ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometa la culpa o delito de resultas de dichos discursos, sugestiones, consejos o instrucciones.*

4. *El que libre y voluntariamente y a sabiendas, por soborno o cohecho, con dádivas o promesas, o por órdenes o amenazas, o por medio de artificios culpables, hace cometer el delito, o culpa que de otra manera no se cometiera. En las promesas que constituyen el soborno o cohecho, se comprenden las esperanzas de mejor fortuna ofrecidas por el sobornador al sobornado”.*

Artículo 11.- *“Son auxiliares o fautores:*

1. *Los que voluntariamente y a sabiendas, conciertan entre sí la ejecución de una culpa o delito que llega a tener efecto; pero que no cooperan ni ayudan a su perpetración en el acto de cometerlo, ni la causan por ninguno de los medios expresados en el artículo 10.*

2. *Los que sin noticia ni concierto previo acerca de la culpa o delito, y sin ayudar ni cooperar para su ejecución, acompañan en ella voluntariamente y a sabiendas al que lo comete, y lo ayudan después de cometido para ocultarse, o encubrir el delito, o se aprovechan de sus consecuencias con el reo principal.*

3. *Los que habiendo ordenado, sugerido, aconsejado, enseñado o facilitado voluntariamente y a sabiendas la ejecución de un delito, o sobornado, amenazado o provocado para ella, son causa de que en vez de aquel delito se cometa otro mayor o diferente por consecuencia o efecto inmediato de la orden, consejo o instrucción dada, o de la sugestación, soborno, amenaza o provocación hecha.*

4. *Los que voluntariamente y a sabiendas por sus discursos, sugestiones, consejos, instrucciones, ordenes, amenazas u otros artificios, culpables, aunque no provoquen directamente a cometer el delito o culpa, contribuyen principalmente a que se cometa.*

5. *Los que voluntariamente conciertan con algunos de los reos principales o cómplices, antes de cometerse el delito, y con conocimiento de este, que receptorán u ocultarán a la persona de alguno de ellos, o las armas, instrumentos o utensilios de la ejecución, o alguno de los efectos en que consiste el delito, o que los comprarán, esponderán o distribuirán en todo o parte.*

6. *Los que voluntariamente y a sabiendas sirven de espías o centinelas, o hacen espaldas a los delincuentes para la ejecución de un delito, o les prestan para ello algún abrigo, noticia o auxilio, no llegando a incurrir en ninguno de los casos del artículo 10; o les facilitan los medios de reunirse o les ofrecen antes de la ejecución y con consentimiento de ellos, protección, defensa, o cualquiera otra ayuda para salvarlos o encubrir el delito”.*

Artículo 12.- *“Son delincuentes como encubridores o receptadores:*

1. Los que dan asilo, prestan su casa o protegen de cualquier modo a uno o más delincuentes, sabiendo que han cometido o pretenden cometer un delito.

2. Los que reciben, ocultan, venden o compran a sabiendas los instrumentos que sirven para cometer el delito, o las obtenidas por medios criminosos”.

Al revisar estos artículos vemos, que aquí se hace ya un desarrollo sobre las formas de intervención en el delito, distinguiéndose entre autores, cómplices, auxiliadores o fautores y receptadores o encubridores; haciendo además una descripción de las conductas que configuran cada una de estas intervenciones.

Así, con relación a la autoría, regulada en el artículo 9, señala que puede darse tanto para los delitos, cuanto para las culpas (nombre con el que actualmente se denomina a los delitos imprudentes); regulando las tres formas de autoría: directa, mediata y coautoría; y, exigiendo que los sujetos actúen con libertad, conocimiento y voluntad.

Con relación a la autoría directa, el Código de Santa Cruz establecía que debía actuarse libremente y con voluntad, sin exigir conocimiento, criterio que era de aplicación tanto para los delitos dolos cuanto para los delitos imprudentes; por lo que entendemos que la “voluntad” aquí señalada debía referirse a la realización de la acción, mas no a las consecuencias de ésta. Sin embargo, no establecía un criterio para distinguir al autor directo de los otros sujetos que también de forma libre y voluntaria intervienen en la ejecución del delito, aunque sin una intervención relevante. Así, según el inciso tercero del artículo 9 de este código era suficiente para también ser considerado autor, intervenir libre y voluntariamente en los actos de

ejecución, concibiendo como de coautoría, incluso cualquier intervención poco significativa para la comisión del delito.

Esta regulación de la autoría directa y la coautoría nos parece inidónea puesto que, conforme lo señalamos anteriormente, sólo puede ser considerado autor aquel que tenga en sus manos la decisión sobre la comisión del delito, y no todo interviniente en el mismo. Situación distinta se da en la regulación de la autoría mediata, la que nos parece adecuada por resaltar la esencia de esta forma de autoría, que es servirse de un tercero para cometer el delito, actuando este último contra su propia voluntad. En esta línea, el Código de Santa Cruz señala los supuestos en los que se puede hacer actuar al tercero contra su voluntad, como por ejemplo usando la fuerza, o provocando la falta de razón, u aprovechando ese estado (ejemplo: emborrachar a la víctima o servirse de un inimputable).

Sin perjuicio de lo expuesto, lo criticable en este cuerpo normativo es que no toma en cuenta los casos en que se hace caer al tercero en error para que cometa el delito que, como ya se demostró, permite hacer que este actúe contra su voluntad. De igual manera, también consideramos un error exigir que se llegue a cometer el delito, puesto que puede llegar a producirse una tentativa del delito por autoría mediata, no requiriéndose necesariamente la consumación del mismo.

Por otro lado, respecto a la complicidad regulada en el artículo 10, el código materia de crítica señala como primer supuesto a aquellos que intervengan en la ejecución del delito colaborando con un ascendiente, esposa o esposo. No entendemos por qué en estos casos el parentesco convierte a un coautor en cómplice, en tanto debe considerarse como autor a quien tiene en sus manos el control del suceso, sin importar la relación de parentesco que pueda existir con los otros intervinientes en el delito;

máxime cuando la calidad de ascendiente o cónyuge no tiene porque convertir obligatoriamente a un sujeto en un personaje secundario en el hecho.

Señala como segundo supuesto de complicidad, cuando un sujeto, sin intervenir en los actos de ejecución, facilita voluntariamente al autor la herramienta o instrumento que éste necesita para la comisión del delito, lo cual nos parece acertado, puesto que, lo característico de la complicidad es que depende de la decisión del autor para que el delito se cometa, como ocurre en el caso de aquel que durante los actos preparatorios facilita el arma de fuego con el que se cometerá luego un homicidio.

El tercer supuesto de complicidad comienza describiendo la conducta de aquel que, a sabiendas y voluntariamente, incita a otros, por medio de sugerencias o consejos, a cometer un delito, figura que es conocida actualmente como instigación, y que también, por su posición secundaria en el suceso, configura un supuesto de participación. Este párrafo, incluye nuevamente el supuesto de facilitar medios para cometer el delito, sin explicar una diferencia con el caso descrito en el segundo supuesto del mismo artículo, lo que resulta criticable, además del hecho de que se exija que el sujeto incitado llegue a consumir el delito, no sancionándose entonces al instigador de un delito que quede en tentativa.

Por último, señala como cuarto supuesto que, también será considerado cómplice aquel que, a sabiendas y voluntariamente, a través del cohecho o soborno, haga que otra persona cometa un delito o culpa, figura delictiva que no hubiera acontecido sin dicho ofrecimiento ilegal del denominado cómplice. Lamentablemente, con este supuesto se genera una contradicción, dado que se incluye la posibilidad de recurrir a las órdenes o

amenazas; elementos que, conforme con el artículo 9 del mismo dispositivo legal, configuran un supuesto de autoría mediata.

En el artículo 11 señala que, también son punibles los auxiliares o factores, señalando, al igual que en el artículo anterior, distintos supuestos para esta figura. Un primer se da cuando una persona, voluntariamente y a sabiendas, se pone de acuerdo con otros en la comisión del delito, no interviniendo en la ejecución del mismo, ni realizando ninguna de las conductas descritas en el artículo 10. Podemos identificar este supuesto con la actual complicidad secundaria, ya que de lo que se trata aquí es de sancionar otras formas de intervención que no se hayan mencionado en la autoría y complicidad, y que no tendrían la misma importancia en el suceso que aquellas.

Como segundo supuesto se encuentran los casos en los que un sujeto, voluntariamente, ayuda al autor de un delito, luego de cometerlo, a ocultarse, encubrir el mismo, o a aprovecharse de sus consecuencias con el reo principal, que entendemos debe referirse al autor. Consideramos desacertada esta regulación normativa, en tanto al realizarse la conducta en la etapa de agotamiento del delito, extiende la complicidad a supuestos en los que el delito ya se cometió; por ello consideramos más adecuada la regulación actual que sanciona estas conductas como un delito independiente, que es el de encubrimiento personal¹⁷⁶ y real¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Artículo 404 del código penal peruano.-“El que sustrae a una persona de la persecución penal o a la ejecución de una pena o de otra medida ordenada por la justicia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años.

Si el Agente sustrae al autor de los delitos previstos en los artículos 152 al 153 A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350, en la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos) o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Luego, en el tercer supuesto el sujeto que aconseja o da la orden, hace que se cometa un delito más grave o uno diferente al que se hubiera cometido. Este caso es similar al del cómplice que aconseja u ordena que se cometa el delito, por lo que no entendemos por qué se encuentra en otra clasificación, sobre todo en el caso en que se aconseja a realizar un delito diferente al que se iba a cometer, puesto que, debido a su influjo el que hace que delito pensado al principio sea desplazado por uno nuevo, por lo que su intervención tiene la misma relevancia que en ese caso.

El cuarto supuesto consiste en el caso de los que, voluntariamente y a sabiendas, si bien aconsejan, ordenan, entre otros artificios; no provocan directamente la producción del delito, pero contribuyen principalmente a que se cometa. Esto puede ser interpretado como que, los consejos u órdenes refuerzan la decisión ya tomada por el sujeto que va a cometer el delito, ya que esa es su única contribución en el hecho, la cual sí puede ser relevante si el sujeto se encuentra en duda sobre la comisión del delito, pero si ya estaba decidido a cometer el delito, entonces la orden, amenaza o consejo no tendría ninguna relevancia, puesto que su intervención no cambia en nada el suceso.

En el quinto supuesto se describe la intervención del sujeto que previamente ofrece al autor del delito que de manera voluntaria lo ocultarán a él, a sus cómplices, a los instrumentos utilizados y a los efectos

Si el autor del encubrimiento personal es funcionario o servidor público encargado de la investigación del delito o de la custodia del delincuente, la pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años”.

¹⁷⁷ Artículo 405 del código penal peruano.- *“El que dificulta la acción de la justicia procurando la desaparición de las huellas o prueba del delito u ocultando los efectos del mismo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si el hecho se comete respecto a los delitos previstos en los artículos 152 al 153 A, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318- A, 325 al 333; 346 al 350 o en el Decreto Ley N° 25475 (Establecen la penalidad para los delitos de terrorismo o los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio), la pena privativa de libertad será no menor de siete ni mayor de diez años y de ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.”*

del delito. Este caso se distingue del segundo supuesto del mismo artículo en que, aquí es necesario que el sujeto, previamente a la comisión del delito, concierte con los delincuentes en que realizará estas conductas. Pero, si es considerado fautor quien realiza esa conducta, existiendo o no un acuerdo previo, no entendemos el por qué ha sido regulado de forma separada.

El último supuesto de fautores señala a su vez dos casos: el primero, es cuando un sujeto, voluntariamente y con previo acuerdo, actúa de espía para ayudar al autor en la comisión del delito, o le brinda abrigo o auxilio, que no se encuentra descrito en los casos del artículo 10, lo cual, a nuestro parecer, es repetitivo con lo señalado en el primer supuesto del artículo analizado actualmente, puesto que allí se expresa que serán considerados fautores los que colaboran en el delito, pero que no lo hacen durante la ejecución del mismo, o de una forma distinta a la de los supuestos del artículo 10, por lo que dichas conductas ya se encuentran subsumidas allí.

Ocurre lo mismo con el segundo caso, pues si bien agrega el caso de facilitar los medios para reunirse a los delincuentes, señala que también serán fautores los que de forma voluntaria ofrecen a los autores protección, defensa, salvarlos o encubrir el delito; lo cual ya ha sido también señalado como repetitivo en el supuesto cinco de este artículo.

Analizando ahora la figura de los encubridores o receptadores, estipulada en el artículo 12, señala dos supuestos: el primero consiste en dar asilo o proteger de cualquier modo a los delincuentes, y el segundo cuando se recibe, oculta, vende o compra a sabiendas los instrumentos que sirvieron para cometer el delito o lo obtenido como consecuencia del mismo.

El primer supuesto, al parecer, regula lo mismo que el supuesto 6 de los fautores, que también consiste en encubrir a los responsables del delito, lo

cual nos parece repetitivo. Con relación al segundo supuesto, nos parece que también es repetitivo, de igual manera con el supuesto de fautores, que también estipula el caso de ocultar los instrumentos que se utilizaron para cometer el delito o lo obtenido como consecuencia de éste, regulados en los supuestos 2 y 5 del artículo 11.

Como conclusión de lo analizado en estos artículos, podemos señalar que, para describir las formas de autoría y participación hacen una lista de los distintos supuestos en que consiste cada una de estas figuras. Ésta no es una lista cerrada, puesto que deja abierta la posibilidad de realizar otras conductas que también puedan subsumirse en ellas.

Observamos, además, que la complicidad puede presentarse no sólo para los delitos en los que - según este código - se comete la acción delictiva dolosamente, sino también para las culpas, que son para nosotros los delitos imprudentes.

Nuestra crítica contra esta regulación sobre las formas de intervención en el delito es que, salvo los casos de autoría mediata, no se hace una distinción clara entre la autoría y las otras formas de intervención; ya que, por ejemplo, basta intervenir en los actos de ejecución para ser coautor, como si no fuera posible que solo uno de ellos sea autor y otros cómplices, lo cual ocurre si sólo uno tiene en sus manos el control sobre el desarrollo del suceso. Sin embargo, no queremos decir con esto que la regulación sobre autoría mediata sea correcta, ya que exige que el resultado querido por el autor mediato se llegue a producir, lo cual es un premio para los que por causas externas fracasen en su plan por más que hayan llegado a poner en peligro un bien jurídico.

Además, se ha observado que se suele regular de forma repetitiva un mismo supuesto, pero señalándolo como una figura distinta. Así, por

ejemplo, se señala un supuesto de autoría mediata luego como uno de complicidad, o uno de los supuestos de fautores luego es señalado como el de un encubridor, lo cual afecta el principio de legalidad, ya que no permite hacer una clara identificación de la forma de intervención en el delito en que deben subsumirse dichas conductas, por lo que consideramos que este código tiene muchas deficiencias.

5.3. Código penal de 1863:

Artículo 11.- “Son responsables criminalmente:

Los autores

Los cómplices

Los encubridores”

Artículo 12.- “Son autores:

Los que perpetran el hecho criminal.

Los que deciden su ejecución y la efectúan por medios de otros”.

Artículo 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”.

Artículo 14.- “En los delitos por omisión, son considerados como autores, los que dejan de hacer lo que manda la ley penal y los que causan la omisión o cooperan a ella del modo expresado en el artículo anterior”.

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

Artículo 16.- *“Son encubridores, los que sin ser autores ni cómplices de un delito intervienen en él después de perpetrado, a sabiendas, y de alguno de los modos siguientes:*

- 1) *Aprovechándose o auxiliando a los autores o cómplices para que se aprovechen de los efectos del delito;*
- 2) *Destruyendo u ocultando el cuerpo del delito, sus vestigios o los instrumentos con que se cometió, a fin de impedir su descubrimiento;*
- 3) *Ocultando a los autores o cómplices, o facilitándoles la fuga”.*

Artículo 17.- *“Está exento de responsabilidad criminal, el encubridor de su cónyuge o de sus ascendientes, descendientes, hermanos o afines en los mismos grados, a menos que se halle comprendido en el primer inciso del artículo anterior”.*

En este código se elimina la figura de los fautores y se estipula en el artículo 11 que son responsables criminalmente los autores, los cómplices y los encubridores.

A continuación, en el artículo 12 se señala que, son autores los que perpetran el hecho criminal, y también los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros; lo cual es complementado por el artículo 13, que señala que, también serán considerados autores, quienes coadyuvan de un modo principal al hecho, realizando un acto sin el cual el delito no se hubiera podido cometer.

A diferencia de la regulación del código anterior, aquí no se hace una lista de los casos en que se presenta la autoría, como ocurría principalmente para la autoría mediata, tal vez debido a que es muy difícil identificar todos

los distintos supuestos en que se realiza una conducta de autoría, optando por ello por una redacción más general, lo cual es más adecuado en nuestra opinión; Sin embargo comete un error, ya que no hace una definición lo suficientemente clara para distinguir a los autores de los otros intervinientes en el delito.

Al analizar el inciso 1 del artículo 12, se señala como autores a quienes perpetran el hecho criminal, incluyendo, al parecer, tanto a la autoría directa como a la coautoría, al señalar la posibilidad de que cometa el delito más de una persona, proponiéndose como criterio para distinguir entre autores y partícipes, según interpretamos, la realización de los actos ejecutivos, lo cual nos parece adecuado para la autoría directa. Sin embargo, como hemos visto, no es necesario para la coautoría que todos realicen los actos ejecutivos del delito para tener el control del suceso, como ocurre en los casos de los líderes de banda.

El inciso 2 señala que, son autores quienes deciden su ejecución y lo ejecutan por medio de otros, regulando al parecer la autoría mediata, sin embargo, no exige que los hombres que deciden la comisión del delito tengan algún control sobre el sujeto que finalmente lo llega a realizar. No entendemos por qué se consideraría a estos sujetos como autores, ya que puede presentarse el caso en que, dos personas deciden contratar a un sicario para que éste mate a un enemigo en común; y, al ser el tercero quien comete el delito, no son los interesados quienes tienen en sus manos el control sobre el suceso, ya que generalmente es el sicario quien decide el momento en que ejecuta el delito, lo cual es desconocido por quienes lo contratan, y tampoco se encuentran en el lugar para controlar sus acciones, por lo que no podrían ser considerados autores estos últimos, sino más bien partícipes; por lo que consideramos que esta norma no proporciona un

adecuado criterio para distinguir al autor de las otras formas de intervención delictiva.

Complementa el artículo 13, el cual establece que, también serán considerados autores quienes colaboran de un modo principal practicando un acto sin el cual no habría perpetrarse el delito.

Al señalar que “serán considerados como autores”, se da la impresión de que se quiere indicar que no son autores en realidad, pero que van a ser considerados como si lo fueran; ya que, si se trataran de verdaderos autores, estarían dentro del artículo 12 o utilizarían simplemente, de igual manera, la frase “son autores”. Sin embargo, no entendemos qué justifica considerar como autor a un partícipe, ya que no existe en este código una norma que establezca una distinción en la pena entre los autores y los demás intervinientes en el delito, siéndoles aplicable, al menos, según entendemos, el mismo marco punitivo.

Con relación al supuesto indicado, se trata de un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer el delito, como ya comentamos anteriormente, esta intervención indispensable hace que el sujeto que la realiza tenga también en sus manos el control del suceso, puesto que, de no actuar puede interrumpir la comisión del delito, pero esto siempre y cuando se trate de un aporte durante los actos de ejecución, por lo que creemos que debió hacerse esta precisión para que pueda tratarse de un acto de autoría.

El artículo 14 regula el supuesto de autoría en los delitos de omisión, señalando que son autores los que incumplen el deber que les impone la ley, lo cual nos parece adecuado, puesto que, en estos delitos, sólo a aquel que tiene el deber de actuar para impedir el resultado se le puede exigir que realice una acción que tenga dicho propósito, y el que omite hacerlo será el autor por incumplir con esa obligación. En otras palabras, es el no

actuar conforme a su deber lo que fundamenta la sanción en este tipo de delitos, lo cual es similar a los supuestos de los delitos especiales que ya hemos comentado.

Pero agrega que también serán autores en los delitos de omisión, los que causen la omisión o cooperen en ella, sin embargo esto no coincidimos con esto último. Con respecto a lo primero, si un tercero impide que el obligado actúe, si bien es autor al provocar el resultado, ya no será de una omisión sino de una comisión, puesto que debió realizar una acción para producir esto; y con relación a quien coopera en la omisión, si él no tiene el deber de actuar no puede ser autor, como hemos mencionado, siendo entonces un interviniente secundario si sólo ayuda a quien debiendo actuar no lo hizo, por lo que se trataría en realidad de un cómplice.

Luego, en el artículo 15 se regula la complicidad, la cual consiste en cooperar indirecta y secundariamente en la ejecución del delito, ya sea con actos anteriores o simultáneos. Según esta descripción, sólo es considerado cómplice aquel que tiene una intervención de poca relevancia en el hecho, en otras palabras, todo aquel que colabore en el delito pero cuyo aporte no sería indispensable.

Coincidimos en que aquel interviniente que no tiene en sus manos el control del suceso es un cómplice al tener un papel secundario en el hecho, aunque tal como se regula la complicidad en ese artículo, sólo encajan en esa descripción los cómplices secundarios; ya que, como hemos comentado, el artículo 13 señala que quien realiza un aporte indispensable será considerado como autor, sin hacer una distinción sobre si llega a tener o no un control del suceso.

La tercera forma de intervención que se regula a continuación son los encubridores, indicando en el artículo 16 que, son aquellos que intervienen

con conocimiento luego de la comisión del delito, ya sea: 1) Aprovechando o ayudando a los autores o cómplices a aprovecharse de los efectos del delito, 2) Destruyendo u ocultando los instrumentos del delito para evitar su descubrimiento; y, 3) Ocultando o ayudando a escapar a los autores y cómplices.

Señala el artículo 17 como excepción de responsabilidad del artículo anterior, los que realizan las conductas de un encubridor pero son cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos o afines del mismo grado, salvo que se trate del supuesto del inciso 1 del artículo anterior.

Vemos entonces que se sancionan las intervenciones luego de la comisión del delito como una forma de participación, sin embargo, como ya comentamos al analizar la regulación en el código de 1836 sobre los encubridores, consideramos más adecuada la regulación actual que sanciona estas conductas como delitos independientes, la cual incluye también unas excepciones de pena similares, ya que somos de la opinión que no es posible ser partícipe de un delito si éste ya se cometió.

Es de advertir que, aquí no se estipula la instigación como una forma de autoría ni participación, a diferencia del código anterior, sólo se regula aparentemente la autoría mediata, pero no se estipula de forma autónoma el supuesto de convencer a otro a cometer el delito, como sí lo hacía el código anterior.

5.4. Código penal de 1924:

Artículo 100.- *“Serán reprimidos como autores de hecho punible los que tomaren parte en la ejecución, o los que intencionalmente decidieran a otro cometerlo, o los que coadyuvaren intencionalmente con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse. En los casos del*

artículo 229 (Rapto de menores) serán, asimismo, reprimidos como autores los que, a sabiendas, mantengan al menor secuestrado.

Serán reprimidos como cómplices los que de cualquier otro modo hubieran intencionalmente prestado asistencia para cometer el hecho punible”¹⁷⁸.

Artículo 101.- *“En los delitos por omisión son considerados como autores, los que dejan de hacer lo que manda la ley penal y los que causan la omisión o cooperan a ella del modo expresado en el artículo anterior”.*

Artículo 102.- *“El juez podrá disminuir la pena del cómplice hasta en una tercera parte de la represión que imponga al autor del hecho punible.*

Si la pena del hecho punible fuere la de internamiento, la pena del cómplice será la penitenciaria no menor de doce años”¹⁷⁹.

Artículo 103.- *“Para la fijación de la pena sólo se tendrá en cuenta, respecto del cómplice, los hechos que él haya facilitado o favorecido con intención”.*

En este Código penal, se establece en el artículo 100, como primer criterio para determinar la autoría, participar en los actos de ejecución, por lo que se recurre nuevamente a uno de los criterios propuestos en el Código penal de 1836, el cual ya hemos criticado debido a que, intervenir durante los actos de ejecución no otorga necesariamente el control del suceso, ya que esto también depende de la relevancia que ésta tiene para la comisión del delito.

Se regula nuevamente la instigación, pero - a diferencia del código penal de 1836 - ya no es considerada como una forma de complicidad sino de

¹⁷⁸ Modificado según Ley N° 12341, Art. 2, de 10 de junio de 1955.

¹⁷⁹ Decreto legislativo N° 122 de 12 de junio de 1981: Artículo 62. No rige para los cómplices del delito de tráfico ilícito de drogas la atenuante establecida en el artículo 102 del Código Penal.

autoría; con lo cual discrepamos, ya que el convencer a otra persona de cometer un delito no le da el control sobre el suceso, y es éste su único aporte al mismo, mientras que es el instigado quien tiene en sus manos la decisión sobre si comete o no el delito, siendo por ello el único autor.

El tercer supuesto de autoría consiste en realizar un aporte sin el cual el delito no habría podido cometerse, supuesto también señalado en el código anterior, por lo que nos remitimos a lo allí establecido.

Como cuarto y último supuesto de autoría se establece que, en el delito de rapto de menores serán reprimidos como autores los que a sabiendas mantengan secuestrado al menor. Sin duda, aquel que mantiene secuestrado al menor tiene el control sobre el suceso, y por ello es considerado autor, pero no entendemos por qué se hace una distinción con este delito, si podría recurrirse a sus criterios generales para determinar esto, como por ejemplo intervenir en la ejecución del delito; que, según este código, es suficiente para ser autor, no señalando si este delito tiene alguna circunstancia especial que amerite hacer esta distinción.

Vemos aquí que no se ha regulado en este código la autoría mediata, ya que no señala el supuesto de cometer el delito por medio de otro, lo cual es también comentado por Ezaine Chavez¹⁸⁰, a menos que se considere que se encuentre regulada en el supuesto de decidir a otro a acometer un delito, lo cual nos parece una interpretación forzada, al no exigir que quien determine tenga algún control sobre quien ejecuta el delito.

En el segundo párrafo del artículo 100, se señala que son cómplices los que de cualquier otro modo colaboren en la comisión del delito. En nuestra opinión, al igual que en el código anterior, se está considerando como tales

¹⁸⁰ EZAINE CHÁVEZ, Amado. El proceso ejecutivo del delito. Autoría y participación, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, segunda edición, Lima, 1997, p. 218.

únicamente a los cómplices secundarios, puesto que, aunque no señale que se trate de una colaboración secundaria o indirecta en el hecho, sí se considera como una forma de autoría la colaboración indispensable en la comisión del delito, sin exigir que esto le otorgue al sujeto el control sobre el suceso, sólo quedan aquellas intervenciones de menor relevancia.

Luego, el artículo 101 regula la autoría en los delitos de omisión, el cual es redactado de forma idéntica al artículo 14 del código penal anterior, por lo que nuevamente nos remitimos a lo allí comentado.

En el artículo 102 se señala que se podrá hacer una disminución en la pena para los cómplices hasta una tercera parte de la impuesta al autor, por lo que aquí se reconoce que al tener una intervención menos relevante en el hecho, sobre todo al considerar como tales únicamente a los cómplices secundarios, corresponde una sanción menor con relación al autor, quien es la figura central del suceso, al ser quien tiene el control del suceso.

Sin embargo, se establecen dos excepciones: 1) Cuando al autor le corresponda una pena de internamiento, debe imponerse la pena privativa de libertad al cómplice si éste no es inimputable, según entendemos, ya que la condición del autor no tiene por qué beneficiar al cómplice, aunque no comprendemos por qué se establece 12 años como el mínimo de la pena, puesto que el autor puede haber cometido un delito con una pena menor, lo cual no sería lógico; y, 2) Cuando el delito cometido es el tráfico ilícito de drogas, lo cual se explica, al parecer, buscando desalentar todo tipo de intervención en este delito, tal vez al ser considerado más grave o uno de los más frecuentes.

Por último, en el artículo 103 se señala que, sólo se tomará en cuenta para el cómplice los actos que haya facilitado de forma intencional, con lo que da a entender que sólo es admisible la complicidad en los delitos dolosos, ya

que en los delitos culposos, al no actuar el sujeto con la intención de producir el resultado, no puede darse un acuerdo de voluntades.

Además, si el cómplice ayuda intencionalmente a que se produzca el delito de forma imprudente, se trataría en realidad de una autoría mediata, ya que sería el hombre de atrás quien dirige el suceso, lo cual - como hemos visto - no ha sido tomada en cuenta para este código como una forma de autoría.

5.5. Código penal de 1991:

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”.*

Artículo 24.- *“El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.*

Artículo 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.*

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”.

En nuestro código penal vigente se regulan en el artículo 23 las tres formas de autoría: 1) Es autor directo quien realiza por sí el hecho punible; 2) Es autor mediato el que realiza por medio de otro el hecho punible; y, 3) Son coautores los que cometen conjuntamente el hecho punible.

Al analizar primero la forma en que se regula la autoría directa, parece claro que quien realiza directamente los actos ejecutivos sin duda será este el

autor, ya que al depender de su actuación la realización o no del delito tiene el control sobre el suceso, por más que intervengan otros sujetos realizando otro tipo de intervenciones. Así, por ejemplo, quien dispara la pistola que mata a otro será el autor del homicidio, mientras que aquel que le consiguió el arma no tiene el control sobre el suceso y, por ende, sólo es un partícipe.

Luego, en la autoría mediata, señala que consiste en realizar el hecho punible por medio de otro, sin embargo no exige que el hombre de atrás tenga control sobre quien ejecuta materialmente el delito, por lo que puede ser confundido con un supuesto de coautoría como es el del líder de banda, pues éste no necesita realizar los actos ejecutivos para tener el control del suceso; o con los casos de vis absoluta, donde si bien se usa a otra persona para cometer el delito, se trata de una autoría directa; pues aquí el sujeto está usando a otra persona como un objeto o herramienta, por lo que no señala un criterio adecuado para identificar al autor mediato.

No obstante, rescatamos que no se exija como requisito para la autoría mediata, que el sujeto que ejecuta materialmente el delito no sea penalmente responsable, ya que gracias a ello sería admisible que se pueda configurar ésta con un intermediario que también responda por el delito cometido.

En tercer lugar, se señala que son coautores los que cometen conjuntamente el hecho, lo cual nos parece una definición muy deficiente, ya que, al parecer, basta que más de uno intervenga en los actos ejecutivos; sin embargo, lo que caracteriza a esta forma de autoría, es que más de un sujeto tiene en sus manos el control sobre el suceso, y no basta intervenir en los actos ejecutivos para tener dicho control, sino que es necesario que la contribución sea relevante para la comisión del delito; de lo contrario, se

tratará de una complicidad secundaria. O puede que se presente el caso, ya antes mencionado del líder de banda, quien a pesar de no realizar los actos ejecutivos del delito, tiene el control sobre el suceso, por lo que es coautor.

Además, no se señala tampoco como requisito, que exista un acuerdo de voluntades entre los coautores, lo cual es necesario, ya que esto permite que se atribuya a todos, lo que cada uno realice, si es algo conforme con el plan, y permite a los coautores contar con la comisión del delito aunque no realice él por completo, ya que sabe que otros sujetos realizarán otros aportes además del suyo, los que son necesarios dentro del plan para poder cometer el delito.

Por lo que consideramos que, no se puede utilizar como única referencia para determinar la coautoría el momento en que se realiza la intervención, resultando por ello deficiente el criterio señalado por nuestro vigente código penal para determinar esta forma de autoría, pues genera que conductas que sólo sean de complicidad se consideren como de coautoría, , lo que puede tener como consecuencia una mayor pena o la imputación de un delito distinto al sujeto.

Luego, en el artículo 24, se regula la instigación, definiéndola como la acción de determinar dolosamente a otra persona a cometer un delito, es decir convencerlo, lo cual en nuestra opinión es una adecuada descripción; ya que, a diferencia de la autoría mediata, aquí el sujeto que comete el delito no se encuentra bajo el control de otra persona, por lo que quien instiga es un partícipe, al no tener en sus manos el control del suceso, sino sólo el instigado.

Consideramos un acierto no haber señalado los medios utilizados para lograr este fin, ya que éste se puede presentar de múltiples maneras, como una recompensa monetaria, un regalo, etc.; aunque - como dijimos - no

puede recurrirse a un medio que vicie la voluntad del sujeto, por ejemplo, amenazarlo con matar a un ser querido si no lo hace, ya que estaríamos frente a una autoría mediata.

Al señalar además que se debe determinar dolosamente, sólo puede configurarse una instigación para la comisión de un delito doloso, puesto que si busca convencer a otro sujeto de cometer un delito, este último sabe el delito que va a cometer, es decir busca el resultado que se va a producir, lo cual no ocurre en los delitos culposos.

Por último, el artículo 25 se encarga de la complicidad primaria y secundaria, señalando que el primero consiste en realizar, dolosamente, un aporte indispensable para la realización del hecho punible, mientras que, será un cómplice secundario el que, también dolosamente, colabore de otra forma en el delito.

Ambas formas de complicidad, al ser realizadas dolosamente, sólo son admisibles cuando se contribuye en la comisión de un delito doloso, puesto que, como ya señalamos, sólo es posible un acuerdo de voluntades cuando se tiene la intención de producir el resultado.

Lo que distingue a ambas formas de complicidad, es la relevancia del aporte: en la complicidad primaria, el aporte es indispensable; mientras que, en la secundaria, el aporte es de poca relevancia; tanto así, que incluso de no realizarse no impediría la comisión del delito.

Si bien esta distinción que nos parece adecuada, creemos que debió hacerse la precisión sobre el momento en que el cómplice primario realiza su aporte, ya que si se trata de un aporte indispensable, puede ser considerado como un coautor, por lo que como ya hemos señalado anteriormente, sólo podrá ser considerado aún como cómplice si este

aporte es realizado durante los actos preparatorios, puesto que en este momento aún no tiene control del suceso, a diferencia de si lo hace en los actos ejecutivos.

Esto lo explicamos anteriormente en el ejemplo de quien facilita la clave de la caja fuerte de un banco, donde si el sujeto proporciona esta información antes de cometer el delito no tiene el control del suceso, puesto que depende de la decisión de los delincuentes para que se llegue a cometer o no el delito; pero si tiene que proporcionar esta información en el momento en que se comete el hurto, sí tendrá también el control del suceso, puesto que, sí cuentan con que les de esa información y no lo hace sin duda impedirá la comisión del delito.

A diferencia de la instigación y de la complicidad primaria, la complicidad secundaria es la única forma de participación donde se estipula una reducción de la pena. Así, para las dos primeras, la pena abstracta aplicable es la misma que para el autor, lo que cambia en la complicidad secundaria. Esto nos parece adecuado, ya que si la complicidad secundaria tiene una contribución tan poco significativa en comparación con el autor y las otras formas de participación, merecería una sanción menor.

Artículo 46-D del código penal peruano:

Recientemente el legislador penal ha incorporado el artículo 46 -D en el código penal peruano, estableciendo el mismo lo siguiente:

“Constituye circunstancia agravante de la responsabilidad penal, si el sujeto activo utiliza, bajo cualquier modalidad, a un menor de dieciocho años o a una persona que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter

delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión para la comisión de un delito, en cuyo caso el juez puede aumentar la pena hasta en un tercio por encima del máximo legal fijado en el tipo penal.

En caso de que el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le otorgue particular autoridad sobre el menor o le impulse a depositar en él su confianza, el juez puede aumentar la pena hasta en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal. Si el agente ejerce la patria potestad sobre el menor, el juez suspende su ejercicio, conforme a lo dispuesto en la ley de la materia.

Si durante la comisión del delito o como consecuencia de este el menor sufre lesiones graves, incapacidad permanente o muere, y el agente pudo prever el resultado, el juez puede imponer una pena de hasta el doble del máximo legal fijado para el tipo penal.

En ningún caso la pena concreta puede exceder de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad.

No es aplicable lo dispuesto en el presente artículo cuando la circunstancia agravante se encuentre prevista al sancionar el tipo penal”¹⁸¹.

El Código penal regula una circunstancia cualificada de la pena¹⁸², disponiendo que el máximo de la pena señalada en el tipo penal pudo incrementarse si se presentan las circunstancias señaladas en dicha norma. En este caso, la circunstancia cualificada se fundamenta en las personas de las que se sirve el autor para cometer el delito, que son los menores de edad y otras personas que se encuentran en una circunstancia que los convierte en inimputables; los cuales, debido a su condición, pueden

¹⁸¹ Ley 30030, publicada en el diario oficial El Peruano el 04/06/13.

¹⁸² PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. Nuevo proceso penal. Reforma penal y política criminal, Idemsa, Lima, 2009, p. 121. Citado por: TORRES GONZÁLES, Eduardo. Beneficios penitenciarios. Cómputos de reclusión, revocatorias, conversiones, sustituciones, refundiciones, concurso real retrospectivo y formas de cumplimiento de penas. Idemsa, Lima, 2012, p. 277.

acceder fácilmente a colaborar en la comisión de un delito éste parece ser el fundamento del mayor reproche de los supuestos regulados por esta norma.

El primer párrafo indica que se podrá aumentar el máximo de la pena señalada para el delito hasta en un tercio cuando el sujeto activo utiliza, bajo cualquier modalidad, (es decir, como autor o como cómplice) a un menor de dieciocho años o a una persona que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir una alteración de la percepción, que afecten gravemente su concepto de la realidad; no tenga la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de comportarse según esa comprensión.

Como se sabe, los sujetos mencionados en este artículo, que son los menores de edad y las personas que se encuentran en las circunstancias mencionadas, en el inciso 1 y 2 del artículo 20 de nuestro código penal¹⁸³, están exentos de responsabilidad penal, por considerarse inimputables penalmente¹⁸⁴.

El servirse de inimputables para cometer el delito, como ya hemos señalado, es un supuesto de autoría mediata, pues el hombre de atrás aprovecha la condición de dicho sujeto para que éste acceda a colaborar en su plan como ejecutor material del delito. Sin embargo, este artículo no se refiere únicamente a esa forma de autoría mediata, sino también a cuando el sujeto activo interviene como autor directo y se sirve de los inimputables para que lo ayuden a cometer el ilícito, es decir para que intervengan como

¹⁸³ Artículo 20 del código penal peruano.- *“Está exento de responsabilidad penal:*

- 1. El que por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;*
- 2. El menor de 18 años. (...)*

¹⁸⁴ Ver: BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op. Cit. p. 309

cómplices, ya sean primarios o secundarios, dependiendo del caso concreto.

Vemos, entonces, que se agrava la pena por hacer que estos inimputables intervengan en la comisión del delito, sea cual fuere el papel que los mismos desempeñen en el suceso. Al respecto consideramos que no es aplicable esta agravante para los casos en los que se utiliza a los inimputables como objetos, en tanto ya no se estaría aprovechando su condición para que intervengan en el delito; sino que se estaría utilizando su cuerpo como una herramienta, lo que no es diferente del caso en que se usa de la misma manera a un adulto perfectamente imputable; por lo que el fundamento de esta circunstancia cualificada no se presentaría en esta situación.

Creemos que otra razón por la que el legislador pudo haber estipulado esta circunstancia cualificada fue para evitar que los menores de edad siendo inducidos por otros sujetos, como sucede últimamente cuando son utilizados como sicarios. Esta participación delictiva prematura podría generar que más adelante se inclinaran por seguir realizando este tipo de actividades, sobre todo si se toma en cuenta que, debido a que a su edad, aún se está formando su personalidad. Sin embargo, de ser este el fundamento de la modificatoria penal, consideramos que no se debería incluir en este agravante a las personas mayores de edad que se encuentran en una circunstancia de inimputabilidad (anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, etc.), pues en estos no ocurre lo mismo; sino que dichas razones ni se dan cuenta del hecho en el que están contribuyendo, por lo que no han sido influenciados en la formación de su personalidad para que piensen en volver a delinquir.

El sujeto activo que se sirve de personas que se encuentran en esa circunstancia de inimputabilidad, lo hace porque ellos son más fáciles de

convencer para la contribución de la comisión del delito, no recibiendo dichos inimputables sanción penal alguna y, respondiendo únicamente el sujeto que los utiliza como ejecutores del delito. Esto, a diferencia de los menores de edad, los que - si bien no responden penalmente - sí responden por las infracciones reguladas en el Código del niño y del adolescente, pudiendo incluso en función a su edad y a la infracción cometida, sufrir una privación de su libertad.

Por ello, somos de la opinión de que en caso ésta haya sido la finalidad de la norma, sólo debería estipularse esta circunstancia agravante cuando el agente se sirve de un menor de edad, más no de una persona que sufre de anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o de una alteración de la percepción; pues en estos casos no se estaría produciendo el perjuicio que se busca evitar al usarse a un menor de edad.

A continuación, en el segundo párrafo se establece que el máximo de la pena señalada para el delito se podrá incrementar hasta en una mitad si el sujeto activo ostenta alguna posición, cargo o vínculo familiar que le de cierta autoridad sobre el menor o haga que deposite en él su confianza.

En este supuesto es el control que tiene el sujeto activo sobre el menor lo que agrava más la pena, pues es gracias a esa situación que puede convencer más fácilmente al menor para que colabore en la comisión de un delito. Se indica, además, que si el agente tiene la patria potestad del menor, ésta le será suspendida, debido a que se sirvió de la misma para utilizar al menor, lo que resulta lógico a la luz del principio de unidad en el ordenamiento jurídico.

No obstante lo expuesto, entendemos por qué en este caso sólo se protege a los menores de edad que son utilizados por alguien que tienen un poder de autoridad o confianza del menor, puesto que, si en el párrafo anterior se protege a todos los inimputables que sean utilizados para cometer un

delito, de igual manera debería sancionarse más gravemente a quien tenga ese mismo poder de control sobre una persona que, por ejemplo, sufre una anomalía psíquica, como sería su curador, para que colabore en la comisión de un delito.

Creemos que se trata de una contradicción en la ley, ya que a pesar de considerar a todos los inimputables igual de protegibles en el primer párrafo, para el segundo párrafo sólo merecen protección, en el supuesto bajo análisis, los menores; desconociéndose que esta circunstancia se puede presentar también en los otros casos de inimputabilidad. El legislador no señalo en qué justifica ese trato diferenciado.

En el tercer párrafo, el artículo 46 - D señala que cuando el menor resulta con lesiones graves, incapacidad permanente o muere, ya sea durante la comisión del delito o como consecuencia de éste, y el agente pudo prever esto; el máximo de la pena estipulada para el delito se podrá incrementar hasta el doble.

Nuevamente, en este párrafo, se protege únicamente a la víctima que es menor de edad, más no a las personas que se encuentran en una circunstancia de inimputabilidad, a pesar de que es posible que se presente el mismo supuesto al usarse a estos últimos, evidenciándose también aquí una contradicción frente a la igual protección que se le otorga en el primer párrafo del mismo artículo, lo cual nos parece incoherente.

El cuarto y el quinto párrafo señalan los límites de la aplicación de este artículo, estableciéndose que la pena concreta no podrá exceder de treinta y cinco años de pena privativa de la libertad, que es el máximo del plazo temporal de este tipo de pena (artículo 29 del Código penal). Además, establece que no será aplicable aquella circunstancia de este artículo que ya se encuentre contemplada en el delito imputado, lo cual nos parece

adecuado; ya que de lo contrario se estaría realizando una doble valoración de una misma circunstancia.

Consideramos que esta norma tiene muchos puntos debatibles e incoherentes, a lo cual podríamos agregar la discusión sobre si el aumento de las penas indicadas para cada uno de los tres primeros párrafos es excesivo o no. Al respecto, consideramos cuestionable un incremento tan significativo en la pena abstracta en los supuestos descritos en el artículo 46 - D del Código penal; en tanto el tipo de autoría a nuestro parecer, no legitimaría un incremento de dicha magnitud en la sanción penal. Esto, claramente vulnera el principio de proporcionalidad de las penas, lo que lamentablemente es un fallo constante de nuestro legislador penal.

6. NUESTRA PROPUESTA DE REGULACIÓN SOBRE AUTORIA Y PARTICIPACION:

Con el fin de realizar una adecuada calificación de los autores como señores del suceso, y de los partícipes como intervinientes secundarios en el delito, proponemos la siguiente regulación:

Autoría:

“Son autores los que cometen el delito por sí mismos; es, no; los que hacen que los cometa otra persona contra su voluntad; y los que, poniéndose de acuerdo, realizan aportes indispensables para la comisión de éste durante el momento de su ejecución”.

Como hemos explicado anteriormente, los sujetos que se encuentran en cada uno de esos supuestos son los que tienen en sus manos el control del suceso, es decir, son quienes tienen el poder de decisión sobre la ejecución

o no del delito, que es lo que caracteriza a un autor para ser la figura central del suceso.

Instigación:

“El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

Con relación a la instigación, como indicamos, nos parece una adecuada la regulación que se hace en el artículo 24 del Código penal vigente, por lo que no haríamos ninguna modificación a ese artículo. El texto de este artículo queda más claro al hacerse la precisión en el artículo anterior de que en la autoría mediata se usa también a otra persona para la comisión del delito, dado que en aquella forma de intervención, el instigador se convertiría en un interviniente secundario del suceso, siendo por ello considerado un partícipe.

Complicidad:

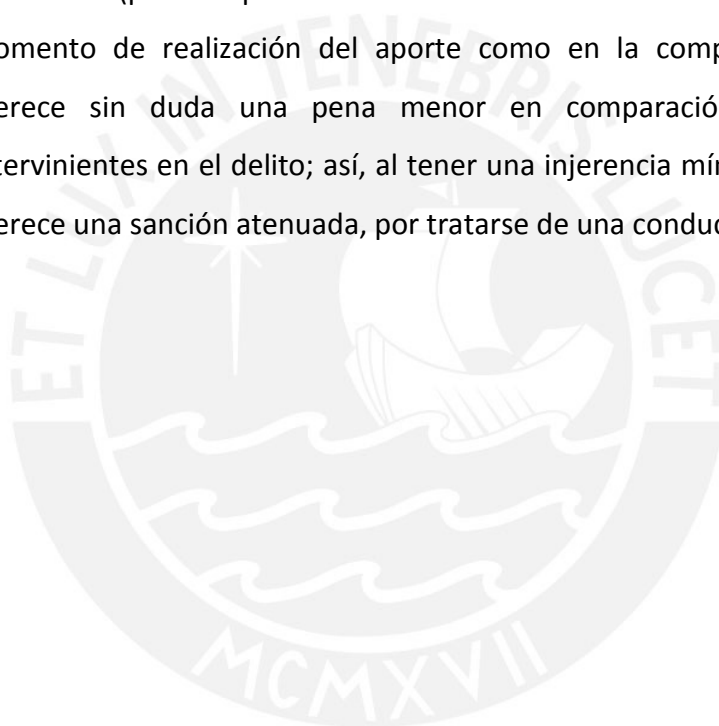
“El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible momentos previos a su ejecución, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia, se les disminuirá prudencialmente la pena”.

De forma similar a lo correspondiente a la instigación, mantendríamos casi la totalidad de la redacción del artículo 25 de nuestro Código penal vigente. Sólo haríamos la precisión de que en la complicidad primaria, si bien se trata de un aporte indispensable, éste debe realizarse antes de la ejecución del delito, es decir, durante los actos preparatorios; diferenciándose así del coautor, puesto que el cómplice primario no tiene con su aporte parte del

control del suceso; ya que, al realizar su aporte en momentos previos a la ejecución, que el delito se lleve a cabo depende de la decisión de otros sujetos; razón por la que es también un interviniente secundario en el delito.

Mantenemos también la reducción de la pena para los cómplices secundarios, puesto que al tratarse de un aporte del cual se puede prescindir para la comisión del delito, así éste se realice incluso en los actos ejecutivos (por lo que no es necesario hacer una distinción sobre el momento de realización del aporte como en la complicidad primaria), merece sin duda una pena menor en comparación con los otros intervinientes en el delito; así, al tener una injerencia mínima en el suceso, merece una sanción atenuada, por tratarse de una conducta menos grave.





CAPÍTULO III

AUTORÍA MEDIATA

En este capítulo desarrollaremos los requisitos que consideramos necesarios para que se configure una autoría mediata, describiendo posteriormente los supuestos tradicionales de autoría mediata, donde el ejecutor no responde por el delito cometido; y, luego, los supuestos excepcionales donde éste sí responde por el delito.

1. Fundamento:

Como se explicó en el capítulo anterior, en el supuesto de autoría mediata intervienen como mínimo dos sujetos: el denominado “hombre de atrás” y el llamado “intermediario”, “instrumento” o “ejecutor” (denominación que luego analizaremos para determinar cuál es la adecuada). En estos casos, se imputa la autoría, no a la persona que realiza los actos de ejecución directamente, sino al hombre de atrás que se sirve de la acción de este último para realizar el delito que éste planeó.

Un ejemplo de ello se presenta cuando un médico le entrega a una enfermera un medicamento para que se lo suministre a un paciente, conociendo el médico que dicha sustancia en realidad le producirá la muerte (hecho desconocido por la enfermera). Si el resultado se generara minutos más tarde, el médico sería considerado autor del homicidio calificado, mientras que la enfermera no sería responsable.

Pero, ¿Qué justifica que sea considerado el hombre de atrás el autor del delito y no la persona que directamente realiza la conducta descrita en el tipo penal? Esto se

debe a que el hombre de atrás tiene el “**dominio de la voluntad**” del ejecutor, lo que a su vez le otorga el dominio del hecho.¹⁸⁵

Como explica Roxin, la autoría mediata se caracteriza por un dominio de la voluntad, donde el verdadero autor no realiza el tipo penal de propia mano, sino mediante otra persona que le sirve para estos fines; esta persona no puede oponer resistencia a la voluntad dominante del hecho de otro, por lo que es considerada una herramienta en manos de éste¹⁸⁶.

Este dominio de la voluntad del autor mediato hace que el ejecutor actúe bajo su control, pudiendo servirse de su acción para realizar el hecho delictivo y ostentando así el control sobre el suceso; por ello, el autor mediato es considerado el verdadero autor del delito, que se sirve de otro para cometerlo, debiendo precisar que calificarlo como “herramienta” podría generar confusiones con la autoría directa, por lo que más adelante discutiremos el término más adecuado a utilizarse.

De esta manera, en el supuesto analizado del médico que engaña a la enfermera para matar a un paciente, si bien la enfermera es quien le suministra el veneno, es el médico quien se sirve de la enfermera para envenenar al paciente, gracias a que esta no sabe que va a matar a otra persona, siendo así utilizada por el médico para cometer el delito; por lo que el verdadero responsable, por ser la figura central del suceso, es el médico, puesto que al ser el único que conoce la consecuencia de consumir la sustancia, es el único que tiene en sus manos el control del suceso.

¹⁸⁵ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, séptima edición, (...), Op. Cit. 166.

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. Sobre la autoría y participación en derecho penal. En: Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Libro en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1979, p. 62.

2. Requisitos:

Para que se configure un supuesto de autoría mediata y se constituya como autor el hombre de atrás en lugar del ejecutor, deben cumplirse ciertos requisitos:

a) El autor mediato no realiza actos objetivos¹⁸⁷: Lo que caracteriza a la autoría mediata es la comisión de un delito por una persona, la que no lo ejecuta directamente, sino que se sirve de la acción de otra persona; de lo contrario, el delito sería cometido a título de autoría directa o coautoría.

Precisamente, esta forma de autoría busca solucionar los casos en los que un individuo que no participa en los actos de ejecución tiene, sin embargo, un papel importante en el delito cometido; debido a que, a diferencia de los casos comunes, al ejecutor material del delito no se le puede imputar la autoría inmediata por encontrarse bajo el control del hombre de atrás, sea ya porque actúa sin libertad de decisión plena o sea ya porque actúa sin conocimiento. Así, en la autoría mediata, en la medida en que el hombre de atrás utiliza a otro para la ejecución del hecho, es él quien ostenta la intervención principal en el delito, correspondiéndole la calificación de autor.

b) El hombre de atrás tiene el dominio de la voluntad del ejecutor: El autor mediato debe tener el control sobre la voluntad del ejecutor, por lo que es el primero quien en realidad domina la acción que genera el delito, teniendo así el dominio del hecho; lo cual, como se explicó anteriormente, es el fundamento para que responda como autor.

Pero, ¿Cuándo tiene el hombre de atrás este dominio de la voluntad del ejecutor? En opinión de Hurtado Pozo, para que esto se produzca, el hombre de atrás: *"(...) debe tener la posibilidad de controlar y dirigir de*

¹⁸⁷ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op. Cit. p. 408.

*facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito*¹⁸⁸; precisando este autor que, el ejecutor no debe ser utilizado como un objeto, ya que de lo contrario el hombre de atrás sería solo un autor directo que se vale de una herramienta¹⁸⁹.

En esta línea se pronuncia también Villavicencio Terreros, quien señala que existe una relación de **subordinación** del ejecutor frente al autor mediato, quien tiene un rol dominante; teniendo por ello el “hombre de atrás” el papel fundamental, por tener en realidad éste, y no el ejecutor, el dominio de la decisión, lo cual genera que se impute la autoría al primero¹⁹⁰.

En caso de que el ejecutor realice otras acciones distintas a las queridas por el autor mediato, estas no le serán imputables a este último, puesto que sólo se le puede atribuir lo que él ha querido causar. El resto de acciones son obra únicamente del ejecutor, dado que sobre esos actos el autor mediato no dominaba su voluntad y, por lo tanto, tampoco era parte del hecho¹⁹¹.

Los supuestos en los que se considera que se tiene un dominio de la voluntad del ejecutor serán desarrollados más adelante.

c) Deben concurrir únicamente en el autor mediato las características especiales de la autoría: Dado que es el hombre de atrás quien debe ostentar el dominio del hecho, para ser sancionado como autor, deben concurrir en él los requisitos de los tipos penales.

Así, el autor mediato es quien debe cumplir con la cualificación especial del tipo penal (ejemplo, ser funcionario público), o con un elemento subjetivo

¹⁸⁸ HURTADO POZO, José y Víctor, PRADO SALDARRIAGA. Op. Cit. p. 145

¹⁸⁹ *Ibíd.*

¹⁹⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 472.

¹⁹¹ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho penal: Parte general, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 374.

específico (ejemplo, tener el ánimo de lucro); puesto que, como se explicó al desarrollar esta teoría, no basta con tener el dominio del hecho para ser autor; sino que deben cumplirse con todos los requisitos de cada delito para configurar autoría¹⁹² (configuración de la tipicidad).

Se señala también, como requisito de la autoría mediata, que la persona que actúa como *intermediario* debe hacerlo sin dolo; sin embargo, al ser posible que se presenten supuestos de autoría mediata en los que el intermediario actúe dolosamente (como demostraremos más adelante), no consideramos que se trate de un requisito indispensable para la configuración de esta forma de autoría.

3. La Incorrecta denominación del ejecutor como “instrumento”:

Como hemos señalado anteriormente, en la autoría mediata, el llamado “hombre de atrás” se sirve de otra persona para cometer el delito, siendo autor el primero por tener el dominio de la voluntad del segundo; debido a ello se ha señalado que el ejecutor material es el “instrumento” del autor mediato.

Sin embargo, considero que el término “instrumento” para denominar al ejecutor material no es el adecuado para explicar su intervención, debido a que puede generar confusiones respecto a la función que cumple el ejecutor material en la comisión del delito.

Se utiliza, al parecer, el término “instrumento” para dejar en claro que a pesar de ser quien realiza los actos de ejecución, no responde por el delito; puesto que sólo es utilizado por el autor mediato para cometerlo. Sin embargo, cuando se habla de *instrumento*, se hace referencia a una herramienta, es decir a un objeto; por lo que

¹⁹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Op. Cit. p. 147.

habría que determinar si el papel que cumple el ejecutor material es la de un objeto, o si tiene una función diferente.

Como vimos al analizar los casos de autoría directa, el autor que realiza directamente los actos de ejecución se puede valer de objetos, como un arma de fuego o una piedra, para, por ejemplo, matar a otro individuo; pero también hemos tratado los casos en los que el autor directo utiliza a otro individuo para cometer el delito, como por ejemplo cuando Álvaro empujó a Benito para que choque con Consuelo, y así ésta muera al caer a un Barranco.

En este último supuesto, Álvaro se sirve de Benito para cometer el delito, pero lo utiliza como un objeto o instrumento. Aquí Benito no actúa, sino que se desplaza debido a la fuerza empleada por Álvaro contra él, por lo que tampoco responde por el delito cometido, a pesar de que fue el choque con Consuelo lo que produjo la muerte de esta última, siendo Álvaro en realidad el autor. Estos son los casos de vis absoluta o fuerza física irresistible¹⁹³, en los que un sujeto se sirve de otro para cometer el delito, pero este es utilizado como un objeto.

En estos casos, el uso de una persona es equivalente al uso de un arma por lo que se considera que es igual a que hubiera utilizado un arma, en tanto la persona, al igual que el arma, es utilizada como un mero “objeto” para cometer el delito; por ello, quien se sirve del objeto es considerado autor directo o inmediato del delito, mientras que el objeto (aunque se trate de una persona) no responde por el mismo, por no haber realizado un comportamiento humano o acción; es decir, por haber faltado “(...) una manifestación externa de la voluntad a través de un hecho positivo o negativo”¹⁹⁴, requisito indispensable para que una persona responda por su intervención en un hecho delictivo, ya que es lo que nos distingue del acto de

¹⁹³ Art. 20 Código penal: “Está exento de responsabilidad penal:

(...) 6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza”;

¹⁹⁴ COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. Derecho penal – Parte general, tercera edición, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 285. Citado por: BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op. Cit. p. 149 y 150.

los animales o de los sucesos puramente causales. Por ello, en los casos vis absoluta, no puede establecerse la existencia de una autoría mediata.

Muy por el contrario, en la autoría mediata, el sujeto del que se sirve el hombre de atrás no es utilizado como un objeto, sino que realiza una acción que es utilizada por el autor mediato para cometer el delito. Así, cuando el médico engaña a una enfermera para que, sin saberlo, le suministre veneno a un paciente, ésta sí realiza una acción, pues conscientemente y por su propia decisión le da de tomar el medicamento al paciente, realizando así un comportamiento humano voluntario; a diferencia de los casos de vis absoluta en los que se usa a una persona como un mero objeto.

Apreciamos entonces que, en la autoría mediata, el “hombre de atrás” se sirve de la acción del ejecutor material y no de su cuerpo como si se tratara de un objeto, siendo ésta la diferencia para calificar al primer individuo como autor mediato y no como autor directo.

Esta distinción también es señalada por Jakobs, quien explica que en la autoría mediata no se trata de la utilización de otros como objetos inertes, sino del empleo de acciones de otras personas¹⁹⁵.

Por ello, consideramos que no es adecuado denominar “instrumento” al ejecutor material en los casos de autoría mediata, ya que este término sólo puede emplearse si se utiliza el cuerpo de un individuo como un objeto; por lo que consideramos que el término más apropiado es el de “intermediario” o “ejecutor”, que sí describen el papel que cumple en el delito, ya que su función es la de ser el medio por el que el hombre de atrás logra que se realicen los actos necesarios para

¹⁹⁵ JAKOBS, Günther. Derecho penal, parte general, fundamento y teoría de la imputación, traducción de CUELLO CONTRERAS y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 763. Citado por: VILLA STEIN, Javier. Derecho penal, parte general, tercera edición, Grijley, Lima, 2008, p. 318.

cometer el mismo; por ello, serán estos los términos que emplearemos para el desarrollo restante de esta investigación.

4. Distinción con la Instigación:

Como se ha explicado, en la autoría mediata el verdadero autor no realiza directamente el delito, sino que lo realiza a través de otra persona. Esta situación se asemeja a la inducción, donde un individuo también hace que otro cometa el delito, sin intervenir el primero en los actos de ejecución, por lo que es necesario hacer una distinción entre ambas figuras.

Esta precisión deviene en importante, no por la pena, pues conforme con el código penal peruano, al inductor se le aplica la misma pena abstracta que al autor¹⁹⁶; sino por sus consecuencias prácticas, como la accesoriedad de la participación¹⁹⁷. Así, por ejemplo, si en un caso, a pesar de intervenir varios sujetos en el hecho, sólo uno es portador de un elemento de la autoría o de un elemento subjetivo, de no ser considerado autor este sujeto, decaería la posibilidad de participación por faltar el hecho principal; asimismo, si concurriese una agravante (como la alevosía en un homicidio) sólo en el ejecutor y no en el hombre de atrás, no podría imputarse inducción a un asesinato¹⁹⁸. Por ello es importante determinar con claridad cuál sujeto es el autor del delito, ya que en la autoría mediata será autor el *hombre de atrás*, mientras que en la inducción será autor el *ejecutor material* del delito.

Ahora bien, tanto la instigación, cuanto la autoría mediata, coinciden en que en ambos supuestos ni el instigador ni el autor mediato participan en la comisión de delito, logrando su objetivo criminal a través del acto de otra persona; así, en el

¹⁹⁶ **Art. 24 código penal peruano.**- “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”.

¹⁹⁷ BOLEA BARDÓN, Carolina. Op. Cit. p. 143.

¹⁹⁸ *Ibíd.*

primer caso, lo convencen de cometer el delito; mientras que, en el segundo, dominan su voluntad.

También se asemejan en que, como explica Bustos Ramírez¹⁹⁹, tanto el instigador cuanto el autor mediato no responden por el exceso de la conducta del sujeto que ejecuta el hecho; en el caso del instigador, éste sólo responde por la conducta del autor sobre la cual instigó, mientras que, en la autoría mediata, el hombre de atrás sólo responde por la acción que buscó utilizar del ejecutor.

La diferencia entre ambas figuras es que, en la instigación el “hombre de atrás” convence al ejecutor de cometer el delito, por lo que la realización del delito depende de la decisión de este último, siendo así quien tiene el dominio del hecho; mientras que, en la autoría mediata, el hombre de atrás domina la voluntad del ejecutor, por lo que él “**impulsa**” la realización del delito sin depender de la decisión libre de este último, siendo el hombre de atrás quien tiene el dominio del hecho.

Lo anterior se explica en que, en la instigación, tanto el instigador cuanto el autor, conocen el delito que se quiere cometer, y tienen la intención de que se cometa el mismo, ostentando la decisión respecto de cometerlo, únicamente el ejecutor. En cambio, en la autoría mediata no existe ese conocimiento o decisión común, puesto que, al encontrarse el ejecutor, por ejemplo, bajo error o bajo coacción, desconoce que va a cometer un delito; es decir, no tiene poder de decisión libre sobre la comisión del mismo, teniéndolo únicamente el hombre de atrás, lo cual, como ya comentamos, le da el dominio del hecho.

Vemos entonces que, es precisamente el dominio del hecho el criterio que permite diferenciar una figura de otra²⁰⁰; de manera que, cuando una persona logre

¹⁹⁹BUSTOS RAMIREZ, Juan. Obras Completas, Derecho Penal: Parte General, ARA Editores, Lima, 2004, p. 1086 a 1087.

²⁰⁰CALDERÓN CERESO, Angel y José Antonio CHOCLÁN MONTALVO. Op. Cit. p. 367.

realizar su plan delictivo a través de otra, si no ostenta el dominio del hecho, será considerada instigadora, pero si lo tiene, será entonces considerado autor mediato.

Es por ello que, en el caso de que una persona quisiera que otro cometa en su lugar un delito y, por ejemplo, ofreciera dinero a un sicario a cambio de matar a su enemigo; se presentaría una instigación, puesto que sólo si el sicario acepta cometer el delito, éste se podrá llevar a cabo²⁰¹; mientras que, en la autoría mediata, como se ha mostrado en los diferentes supuestos, el hombre de atrás impulsa la ejecución del delito sin necesitar la aceptación del ejecutor, ya que no la necesita al dominar su voluntad.

Otra diferencia es que, en la instigación, el ejecutor material responde por la comisión del delito; mientras que, en la autoría mediata, esto no ocurre, por ostentar el autor mediato dominio sobre la voluntad del ejecutor. No obstante lo expuesto, como analizaremos más adelante, es posible que se configure una autoría mediata con un ejecutor responsable, por lo que no consideramos que ésta constituya en realidad una diferencia entre ambas figuras.

Bolea Bardón señala que hay opiniones que consideran que la autoría mediata encierra en su base una instigación, sin embargo consideramos que esto no es así. En primer lugar, porque en la mayoría de casos de autoría mediata el ejecutor no actúa de forma voluntaria o con conocimiento, es decir no actúa con dolo, no siendo posible hablar de provocación de una resolución criminal; y, segundo, porque la intervención del hombre de atrás no siempre supone una influencia psíquica en el ejecutor, sobre todo cuando en algunas ocasiones el hombre de atrás no actúa directamente sobre el instrumento, sino sobre la situación²⁰². Un ejemplo de ello podría darse en el caso en que Alejandro entrara a su habitación y

²⁰¹ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SILDARRIAGA. Op. Cit. p. 169, señalan como uno de los medios utilizados por el instigador el ofrecimiento de recompensas.

²⁰² BOLEA BARDÓN, Carolina. Op. Cit. p. 144.

encendiera un interruptor que produjera una explosión en el ambiente donde se encuentra Brígida, muriendo ésta en el acto, produciéndose así el homicidio planeado por Claudia, quien fue la que preparó el explosivo en el interruptor; en este caso, Claudia sería autora mediata a pesar de no haber tenido contacto alguno con el ejecutor para que se produzca este hecho.

Se ve entonces que la diferencia que existe entre la instigación y la autoría mediata es el dominio del hecho que se tiene en el ejecutor; siendo que la falta de éste no implica necesariamente que se haya configurado una instigación. Así, la inducción no es componente de la autoría mediata, pudiendo configurarse otras formas de participación, o incluso constituir una conducta no punible.

5. Supuestos tradicionales de Autoría Mediata:

Son diversos los supuestos en los que se considera que se configura la autoría mediata, pero son tres los aceptados de forma unánime por la doctrina, por considerarse que sí existe, sin duda, un dominio de la voluntad del ejecutor: 1) Autoría mediata por coacción, 2) Autoría mediata por error y 3) Autoría mediata a través de inimputable; supuestos que desarrollaremos a continuación:

5.1. Autoría mediata por coacción:

Se trata del caso en que el autor mediato utiliza la violencia o la amenaza contra el intermediario, para que éste acceda a realizar la acción de la cual se quiere servir, logrando la realización de la conducta típica. En este caso, debido a que el intermediario actúa por la coacción empleada contra él, se encuentra en un estado de necesidad, por lo que no responde por la comisión del delito, siendo utilizado por el autor mediato²⁰³.

²⁰³ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho penal: parte general, cuarta edición, Librería Jurídica COMLIMBROS, Colombia, 2009, p. 892.

Un ejemplo de este supuesto se presenta cuando Amador amenaza a Braulio con matarlo de un disparo, si éste no golpea a Calixto; en este caso, las lesiones que Braulio le causa a Calixto deben serle atribuidos a Amador, en tanto Braulio actuó únicamente para salvar su vida.

Como explica Bacigalupo, en este caso, el hombre de atrás será el verdadero autor del delito cuando: *“(...) el coaccionado haya perdido, por la intensidad del efecto de la coacción, la última y relevante decisión sobre lo que ocurrirá, de tal forma que ésta se traslada a las manos del que ejerce aquella”*²⁰⁴.

Aquí, el intermediario es quien tiene el control del suceso debido a que tiene el dominio de la acción, pues es quien realiza la conducta delictiva conscientemente, teniendo en sus manos la producción o no del hecho; por lo que si el intermediario hubiera decidido cometer el hecho por su propia iniciativa, éste no habría transcurrido en absoluto de modo distinto: si alguien ejecuta un hecho sin coacción, los motivos que le hayan impulsado no hacen que disminuya su dominio sobre el curso del suceso, ni que pierda su posición central en la ejecución del delito²⁰⁵.

Como indica Roxin, es precisamente porque el coaccionado tiene en sus manos el curso del hecho que, al dominar su voluntad, el hombre de atrás domina el acontecimiento. Así, el que coacciona sólo domina directamente al coaccionado, siendo el intermediario un autor inculpable debido al estado de necesidad en que se encuentra. Esta situación es asimilable a la de un Rey, el cual controla una provincia gracias a que dirige al Virrey que la controla²⁰⁶.

²⁰⁴ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Derecho penal: Parte general, ARA Editores, Lima, 2004, p. 477.

²⁰⁵ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tätherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 152 y 157

²⁰⁶ Ibíd. p. 158 y 167.

Pero, ya que es la coacción el medio empleado para tener el dominio de la voluntad del intermediario, es necesario determinar cuándo ésta llega a otorgar dominio del hecho al hombre de atrás, dado que esto permitirá distinguir cuándo se está ante un supuesto de autoría mediata o ante un supuesto de instigación; supuesto en el que también se recurre a este medio para lograr que otro individuo cometa el delito²⁰⁷.

Esta discusión surge porque, al analizar este supuesto, si bien el intermediario actúa presionado por la coacción que emplearon contra él, sigue siendo éste quien tiene la última palabra sobre si realiza o no la conducta querida por el autor mediato, por lo que el hombre de atrás depende finalmente de la decisión del ejecutor.

Así, en el ejemplo anterior, si bien Braulio golpea a Calixto para no recibir el disparo de Amador, sigue siendo Braulio quien decide si elige golpear a Calixto o si prefiere recibir el disparo, por lo que si bien hay una coacción contra él, sigue siendo el intermediario quien decide realizar o no la acción de la cual se quiere servir el autor mediato.

Como indicamos anteriormente, la distinción entre la autoría mediata y la inducción es el dominio del hecho, y se considera al supuesto de empleo de la coacción como un caso de autoría mediata porque a través de este medio el autor inmediato obra con un mínimo de libertad; configurándose como un simple intermediario y no respondiendo por el hecho delictivo²⁰⁸. Por ello resulta importante determinar cuándo la coacción logra otorgar dominio del hecho al hombre de atrás, es decir, cuando éste ostenta el dominio de la voluntad del ejecutor.

²⁰⁷ BOLEA BARDÓN, Carolina. Op. Cit. p. 255.

²⁰⁸ DONNA, Edgardo Alberto. El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin. En: Dogmática actual de la autoría y la participación criminal, Idemsa, Lima, 2007, p. 262.

Para determinar el contenido del dominio de voluntad, Roxin señala que no se puede recurrir únicamente a lo psicológico, ya que el significado jurídico de un suceso no puede obtenerse del mero dato psíquico, sino sólo por la referencia a los contextos de sentido legales. Por ello, considera que deberá analizarse la experiencia sobre la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura rectora de la ley. Así, si se parte de que la norma penal considera al autor como la figura central del suceso, quien a su vez supone que es aquél que tiene en sus manos el mismo, deberá buscarse en la propia ley si hay una referencia sobre cuándo se cumplen esos requisitos (para configurar un dominio de la voluntad), siendo esta, en su opinión, cuando la ley exime de responsabilidad al ejecutor directo, permitiéndole sustraerse de la pena por la vía de la resistencia mínima, de lo que se entiende que considera que el suceso se encuentra en las manos del sujeto de detrás, y por ello está en la posición central del curso de la acción²⁰⁹.

Concluye Roxin que el concepto de dominio de la voluntad no está orientado a la situación psíquica, sino a la responsabilidad, por lo que la decisión determinante reside en el sujeto de atrás, no sólo cuando al agente ya no le es posible una decisión autónoma, sino cuando el Derecho penal ya no la exige de él²¹⁰.

Si nos basáramos únicamente en un análisis psicológico habría una contradicción inexplicable, ya que al mantener el ejecutor un mínimo de libertad (puesto que aún tiene la opción de elegir entre hacer lo querido por el hombre de atrás o soportar el daño al que está amenazado), sería

²⁰⁹ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 170 y 171.

²¹⁰ Ibid. p. 171.

difícil afirmar que en relación a un solo hecho el ejecutor haya actuado “libremente” y “no libremente”²¹¹.

Coincidimos con esta idea sobre cuándo se tiene el dominio de la voluntad, puesto que si tuviera que determinarse esto desde el plano psicológico, se convertiría en un análisis que correspondería únicamente a psicólogos. En cambio, al tener la referencia de la ley sobre la eximente de responsabilidad para el supuesto de estado de necesidad, según la cual se considera que en dicha circunstancia los actos del individuo no son merecedores de pena, debido a que realiza una conducta que, en base a la experiencia, es razonablemente aceptable para un ser humano en dicha circunstancia; se tiene una forma más clara de determinar el dominio de la voluntad, puesto que aquél que coloca a un individuo en esa posición se constituye como la figura central del suceso; al ser que gracias a ello puede servirse de su acción, teniendo en sus manos el hombre de atrás el desarrollo del suceso.

De esta forma, en el ejemplo antes comentado, cuando Braulio ataca a Calixto para no ser disparado por Amador, Braulio actúa en un estado de necesidad (tuvo que elegir entre su vida o causarle las lesiones a Calixto), siendo eximido de responsabilidad por nuestro ordenamiento. Al hacer esto, se le da a Amador el papel central del suceso, ya que al ser quien coloca a Braulio en esa circunstancia, para que de esta forma acceda a realizar la acción que necesita, ostenta el dominio de la voluntad de Braulio, gozando por ello del dominio del hecho.

No es entonces el grado de coacción en sí mismo, ni la influencia que éste pueda llegar a tener en la voluntad del intermediario, lo que permite determinar cuándo el hombre de atrás tiene el dominio de la voluntad del

²¹¹ Ibid. p. 173.

ejecutor; sino que es la propia ley la que proporciona este criterio, al excluir la responsabilidad del ejecutor debido a la situación creada por el hombre de atrás, otorgando así a este último el dominio del hecho²¹².

No obstante lo expuesto, Bolea Bardón, considerando insuficiente la solución de Roxin o la determinación del grado de coacción, propone un criterio distinto, que es el denominado “dominio del riesgo”, señalando que obtiene el dominio el hombre de atrás cuando fuerza, bajo determinados presupuestos, la decisión del ejecutor, el cual por más que sea exonerado de responsabilidad penal, sigue siendo autor de un hecho antijurídico²¹³. Consideramos que esta autora no proporciona un criterio para determinar cuándo el hombre de atrás obtiene el dominio del riesgo, puesto que si bien indica que se considera autor a este último si el déficit de libertad provocado con su actuación es lo suficientemente relevante como para permitirle contar con la lesión del bien jurídico, no logra aclarar cuándo se puede saber que se ha provocado en el ejecutor ese déficit de libertad exigido y, si bien señala posteriormente que la provocación de situaciones de estado de necesidad coactivo en sentido estricto (donde es exculpado el autor inmediato), otorga el dominio del riesgo al hombre de atrás²¹⁴, no vemos entonces cuál sea la diferencia con el criterio expuesto por Roxin.

a) **Otros supuestos de Autoría mediata por Coacción:**

Como hemos señalado, el uso de la coacción por parte del hombre de atrás coloca al intermediario en un estado de necesidad, adquiriendo así el primero el dominio del hecho al poder dominar la voluntad del ejecutor. Sin embargo, hay otros casos particulares de estado de

²¹² BOLEA BARDÓN, Carolina. Op. Cit. p. 256 y 257.

²¹³ Ibid. p. 289 a 290.

²¹⁴ Ibid. p. 291.

necesidad en los que también se configura autoría mediata, los cuales desarrollaremos continuación.

a.1.) Modificación de una situación de estado de necesidad

Nos referimos aquí al supuesto en el que no es el hombre de atrás quien coloca a un individuo en un estado de necesidad, sino que ya encontrándose dos personas en esa situación, el hombre de atrás interviene para que uno de ellos pueda ponerse a salvo a costa de otro, pudiendo cometer así el delito que antes no hubiera podido; es decir, crea para la víctima un peligro que, sin su intervención, no hubiera existido²¹⁵.

En otras palabras, el hombre de atrás interviene para conducir a un sujeto según sus intereses, para que así se cometa el delito que desea.

Un ejemplo de este supuesto se produce cuando, estando dos hombres flotando en el agua, uno de ellos se encuentra a salvo por haberse sostenido de una tabla, mientras que el otro está a punto de ahogarse por no tener la posibilidad de arrebatarse la tabla al otro sujeto. Si, en esta situación, un tercero le alcanzara un arma de fuego al sujeto que se está ahogando, proporcionándole las condiciones para poder arrebatarse la tabla al otro sujeto, a efectos de salvar su vida²¹⁶; estaría creando un peligro que, sin su intervención, no hubiera existido.

Así, si bien no fue el hombre de atrás quién generó el estado de necesidad, al intervenir y modificar las circunstancias, permitió

²¹⁵ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tätherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 175 y 176.

²¹⁶ *Ibíd.* p. 175.

que el sujeto pueda cometer el homicidio que antes no podía cometer para salvar su vida; de manera que, a pesar de que está en manos del sujeto auxiliado la decisión de usar el arma o no, es el tercero quien tiene el dominio de la voluntad del ejecutor, puesto que generó que aquel pueda tener la opción de poder salvar su vida. Aquí, el sujeto que se está ahogando no actúa con una libertad plena, por lo que es exonerado de responsabilidad por la ley²¹⁷. Pero, al realizar aquél la acción querida por el hombre de atrás, es este último quien se convierte en la figura central del suceso, pues aprovechó las circunstancias para usar a la persona que se estaba ahogando para conseguir su objetivo; por lo que su intervención es más determinante que la de simplemente promover al intermediario, por medio de la indicación sobre la posible forma de evitar el daño, o lo auxilie de otro modo, siendo en estos últimos casos en realidad un instigador o un cómplice²¹⁸.

a.2.) Coacción para la autolesión de la víctima

Generalmente, en los casos de autoría mediata por coacción, se trata de obligar al intermediario a realizar una acción para evitar un daño contra su persona o contra un allegado. Lo que se discute es si es posible que se utilice la coacción para que el propio intermediario se lesione o incluso se suicide y, de ser esto posible, cómo distinguirlo de los casos de instigación al suicidio.

Como se sabe, en la instigación, el tercero deja al ejecutor la decisión de realizar o no el delito; mientras que en la autoría

²¹⁷ Ibid. p. 176.

²¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. Op. Cit. p. 720 y 721.

mediata por coacción, el hombre de atrás ejerce una presión que puede hacer actuar al ejecutor contra su voluntad, siendo éste exonerado de responsabilidad penal debido a que ya no le es exigible una autodeterminación.

Entonces, si el hombre de atrás llega a colocar al intermediario, con su coacción, en un estado de necesidad coactivo, para que de esta forma se autolesione o suicide; será posible un caso de autoría mediata con un ejecutor que, al mismo tiempo, sea la víctima.

Así, por ejemplo, puede ocurrir que el hombre de atrás amenace al intermediario con matar a su hijo (a quien tiene secuestrado), si éste no se suicida. Aquí, el hombre de atrás no es un instigador, sino autor mediato; puesto que al colocar a la víctima en un estado de necesidad, la coloca en una situación donde es probable que acceda a realizar la acción pedida, ostentando el dominio de la voluntad del ejecutor, y siendo por ello considerado autor mediato del homicidio del intermediario.

Respecto a este caso, puede parecer contradictorio un supuesto de autoría mediata por coacción en el que el intermediario acceda a lesionarse o suicidarse para, a su vez, evitar otro daño o su muerte, es decir, que se cause un mal a sí mismo para poder evitar sufrir el mismo mal.

Ante esto, Roxin señala que puede ocurrir que alguien prefiera suicidarse a que lo maten, y que le hubiera sido posible psíquicamente la decisión contraria y que quizá éticamente incluso cabría habérsela exigido; sin embargo, tiene pleno sentido que el ordenamiento jurídico ahorre al juez la tarea,

apenas resoluble, de desglosar en el caso concreto lo que hay en la decisión del coaccionado de compulsión no libre y lo que hay de resolución propia libre, ajustada a su personalidad; ya que el Derecho no espera heroísmos, por lo que imputa la decisión de suicidarse al hombre de atrás. Se pone así de manifiesto, nuevamente, que el concepto de dominio del hecho no puede entenderse de manera puramente psicológica, siendo lo determinante las decisiones valorativas jurídicas.²¹⁹

Conforme con lo anterior, Roxin es de la idea de que lo determinante es si el hombre de atrás colocó al intermediario en un estado de necesidad coactivo, donde ya no le es exigible una autodeterminación; si, debido a ello, éste decide autolesionarse o suicidarse, entonces el hombre de atrás será autor mediato del homicidio del intermediario, puesto que dominó su voluntad y así dominó el hecho, idea que compartimos.

a.3.) Provocación intencional de una legítima defensa de tercero

El supuesto planteado es aquel en el cual el hombre de atrás se sirve del intermediario para atacar a otro individuo, con la intención de que el atacado se defienda y, de esta forma, reaccione contra el intermediario, que es la finalidad perseguida.

Ejemplo: Pedro, buscando matar a Felipe, coloca una bomba en el colegio de los hijos de este último, y lo amenaza con hacerla explotar si no mata a Carlos, con la intención de que en Carlos, quien es un hombre corpulento, mate a Felipe en legítima

²¹⁹ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 187.

defensa. Felipe accede a su petición, por lo que toma un cuchillo y acude en ese momento a buscar a Carlos al gimnasio donde trabaja, para darle muerte. Al llegar, ataca directamente a Carlos con el cuchillo, quien logra evitarlo, y lo golpea en la cabeza con una vara para salvar su vida; producto del golpe, Felipe muere, logrando Pedro su verdadero objetivo.

La pregunta a este supuesto es si es posible hacer responsable al hombre de atrás de la muerte del intermediario, puesto que si bien él realizó el ataque contra su posterior homicida, debido a la presión ejercida por el hombre de atrás, quien produjo la muerte fue el agraviado al actuar en legítima defensa (no encontrándose este último bajo la influencia de nadie).

Para Jescheck esto es posible cuando el hombre de atrás tiene control tanto del agresor, cuanto del que actuó en legítima defensa; ya que al ser colocado el defensor en una situación en la que sólo le queda atacar a su agresor para salvarse, es dominado por el autor mediato, siéndole imputable a este último el resultado²²⁰.

Esta opinión también es compartida por Roxin, quien, al explicar la posición de Schroeder (la cual también suscribe), señala que el hombre de atrás domina el hecho cuando crea la situación de defensa mediante un instrumento; de lo contrario, si el agresor no actúa bajo el dominio de la voluntad del hombre de atrás, este último no puede ser considerado señor del hecho²²¹; debiendo, para ser considerado como tal, haber conducido al

²²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. Op. Cit. p. 719.

²²¹ SCHÖNKE-SCHROEDER, décima edición, observación previa IV, 2, a, p. 23, ante § 47. Citado por: ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 190 y 191.

atacante a una situación de estado de necesidad, que le permita ostentar el dominio del hecho²²².

En resumen, sí es posible imputar la muerte o lesión del agresor (en una legítima defensa) al hombre de atrás como autor mediato, siempre y cuando haya colocado previamente a éste en un estado de necesidad a efectos de obligarlo a realizar la primera agresión; ya que, de esta forma, al tener el dominio de su voluntad, es él quien provocó la situación que obligó al tercero a atacar a su agresor en legítima defensa, controlando entonces también la voluntad de este último; siéndole entonces imputable la muerte o lesión del agresor, habiendo utilizado a dos instrumentos para alcanzar su objetivo.

5.2. Autoría mediata por error:

La segunda modalidad de autoría mediata se presenta cuando el hombre de atrás aprovecha o crea un error en el intermediario para que realice la acción querida por éste; en estos casos, el intermediario actúa desconociendo algunos elementos que componen una realidad dada, por lo que no hay una coincidencia entre la realidad y la conciencia de dicha realidad²²³.

Ejemplo: Augusto, necesitado de dinero, decide matar a su padre para recibir su herencia lo más pronto posible, quien, por encontrarse enfermo, tiene como enfermero a Benjamín, para que lo atienda todo el día. Augusto planea envenenar a su padre, por lo que cambia las pastillas que toma diariamente por otras que contienen un veneno que le causará la muerte;

²²² ROXIN, Claus. Täterschaft und Tätherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 191.

²²³ BOLEA BARDON, Carolina. Op. Cit. p. 175.

estas pastillas son muy similares en apariencia al verdadero medicamento, por lo que al día siguiente Benjamín saca las pastillas de su frasco sin percatarse del cambio, dándoselas de tomar al padre de Augusto, quien muere a los pocos minutos.

En el caso analizado, sin duda, a pesar de que es Benjamín quien le da de tomar el veneno a la víctima, al desconocer que con su acto iba a producirle la muerte, no le es imputable el homicidio. Así, Benjamin no actuó en ningún momento con el dolo de matar, por haber sido imposible conocer el contenido de las pastillas (ni aunque hubiera tomado las medidas de precaución hubiera notado la diferencia, dada la similitud de las pastillas), por lo que actuó a ciegas. Es precisamente el desconocimiento de tener en sus manos la producción de la muerte lo que hace que le falte el aspecto subjetivo del dominio del hecho y no pueda imputársele la conducta; habiendo sido en realidad usado por Augusto para lograr su objetivo, puesto que fue él quien con su engaño logró el envenenamiento de su padre, sin participar directamente en los hechos. Así, es Augusto el verdadero responsable de la muerte de su padre y, por tanto, autor mediato del delito de parricidio.

En otras palabras, en este caso, se utiliza para la ejecución del plan delictivo a un hombre que actúa por error, quien al desconocer que está cometiendo un delito permite que sea el hombre de atrás quien controle totalmente el desarrollo del hecho²²⁴.

Para algunos autores, en este supuesto de autoría mediata, el hombre de atrás tiene el dominio del hecho, puesto que domina la voluntad del

²²⁴ HURTADO POZO, José. Manual de derecho penal, parte general I, tercera edición, Grijley, Lima, 2005, p. 866.

ejecutor gracias a su mayor conocimiento de las circunstancias del tipo con respecto a éste²²⁵.

No obstante lo expuesto, Roxin indica que el conocimiento superior del hombre de atrás no puede fundamentar por sí solo el dominio del hecho, pero sí posibilitar una dirección del suceso, cuya esencia, en la utilización de un instrumento que yerra, reside en la “finalidad” del actuar humano²²⁶. En estos casos, el hombre de atrás es el único que dirige finalmente el acontecer hacia el resultado, ya que con su intervención final es quien vincula los factores que producen el tipo, para que con su efecto conjunto se produzca el resultado; en otras palabras, es quien tiene la supradeterminación final del curso causal, que es donde reside la capacidad de configurar modificaciones de la realidad, y es el titular del dominio de la voluntad; por consiguiente, es la figura central del suceso de acción, por tener en sus manos el acontecer delictivo²²⁷.

Roxin precisa, además, que en el caso del intermediario que se encuentra en un error que excluye el dolo, no puede afirmarse que el hombre de atrás domine la voluntad del ejecutor, puesto que en este supuesto el intermediario no aparece en el acontecer en su calidad específicamente humana de ser que actúa finalmente, sino más bien como un factor condicionante ciego, equiparable a las concausas no humanas; así, no se necesita forzar su voluntad, pues ésta reside fuera del resultado²²⁸.

Debido al razonamiento anterior, considera que es dudoso considerar este supuesto como uno de autoría mediata, ya que en realidad el hombre de atrás tiene un dominio “directo” del hecho, el cual no se excluye porque el que lo ocasiona ponga en movimiento un curso causal que continúe su

²²⁵ Véase: DONNA, Edgardo Alberto. Op. Cit. p. 370; y BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Op. Cit. p. 370.

²²⁶ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tätherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 196.

²²⁷ Ibid. p. 197.

²²⁸ Ibídem.

desarrollo autónomamente. Así, Roxin manifiesta que hablar de autoría mediata sólo porque entre el impulso del sujeto de detrás y el resultado se encuentre un factor causal basado en un comportamiento humano, resulta dudoso; no obstante ello, dado que es una cuestión terminológica, no tiene mucho sentido cambiar de nombre a este supuesto conocido mayoritariamente por la doctrina como de autoría mediata²²⁹.

Discrepamos con Roxin respecto a concebir en estos casos al intermediario como una concausa no humana, puesto que consideramos que no es simplemente una herramienta, como lo podría ser un objeto, un animal amaestrado o un robot; así, el humano sólo sería usado de esa forma si el intermediario no tuviera control sobre sus acciones, lo cual no acontece; ya que, si bien, debido al error en que se encuentran pueden servirse de su acción, es posible que no llegue a realizar la conducta esperada. Lo expuesto constituye solo una expectativa, pues el intermediario sigue manteniendo dominio sobre sus acciones, a diferencia de una herramienta (animal amaestrado o robot) que solo hace lo querido por quien la usa; así, en el primer caso, el intermediario sí puede abstenerse de realizar esa acción o realizar una distinta. Aquí no hay un defecto sobre la posibilidad física del sujeto, sino que el intermediario no decidió hacer lo esperado por el hombre de atrás, por lo que su decisión sí sigue siendo determinante, no pudiendo equipararse su acción a una concausa no humana.

En este supuesto, el intermediario, al no tener conciencia de las reales circunstancias del hecho y, por ende, de lo que generará su acción en caso realice la conducta esperada, no puede oponer resistencia a colaborar con el hombre de atrás, puesto que no tiene en ningún momento la opción de elegir; por ello, es parte del plan del hombre de atrás involuntariamente, en tanto es este último quien tiene realmente el dominio del hecho, siendo

²²⁹ Ibid. p. 197 y 198.

que gracias a ese error se puede servir de su acción, aunque no se pueda asegurar que la realice.

Es precisamente por esta mayor libertad de actuación que tiene el intermediario y que no se da en los supuestos de coacción, que para algunos autores no es posible señalar que el hombre de atrás domine su voluntad y que, gracias a ello domine el hecho. Así, por ejemplo, Mir Puig, al analizar el caso de aquel que envenena una bebida que es servida por el mozo (desconociendo este último tal circunstancia), señala que el mozo no actúa dominado por el hombre de atrás, ya que nada impediría por ejemplo que deje de servir la bebida; por lo que, la responsabilidad penal del ejecutor en calidad de autor, no se excluye por el mero hecho de estar dominado por el hombre de atrás, sino por su falta de conocimiento; lo que hace que el autor mediato no tenga un control efectivo del hecho²³⁰.

Sin embargo, respecto de la opinión de Mir Puig y Roxin, consideramos que no sólo se entiende dominio de la voluntad cuando se fuerza la voluntad de un ejecutor, sino cuando el hombre de atrás logra que el intermediario participe en su plan para cometer el delito deseado, sin su consentimiento (casos de error), o con un consentimiento viciado (casos de coacción o uso de inimputables). Esto ocurre en el caso analizado, puesto que el hombre de atrás, al crear o aprovechar el error en el intermediario, logra que éste contribuya con su acción en la comisión del delito sin la necesidad de que se encuentre de acuerdo, ya que, al desconocer que su acción iba a producir ese resultado, no tuvo en ningún momento la posibilidad de elegir si participaba o no en el delito, logrando así el hombre de atrás que se realice el ilícito querido, sirviéndose de la acción de un tercero sin su consentimiento, es decir, dominando su voluntad.

²³⁰ MIR PUIG, Santiago. Op. Cit. p. 374 y 375.

Es verdad que en estos casos el intermediario tiene una libertad de decisión mayor que en los casos de coacción, puesto que en los supuestos de vis compulsiva existe sólo cierto grado de probabilidad de que el individuo escoja realizar la acción querida por el hombre de atrás; mientras que, en los supuestos de error, el individuo sólo decide según lo que cree que está sucediendo. Ahora bien, no obstante las diferencias expuestas, resulta necesario precisar que cuando se habla de dominio de la voluntad no se hace referencia a un dominio pleno de la voluntad del sujeto, sobre todo cuando en los supuestos de coacción es el individuo quien sigue teniendo la última palabra sobre si realiza o no la acción querida por el hombre de atrás (a pesar de la coacción, puede negarse a hacerlo). Así, por ejemplo, un hombre puede preferir que lo maten a que él mate a otro, por lo que el margen de decisión de actuar sigue existiendo, aunque de forma más limitada.

Precisamente, Hruschka indica que, en la autoría mediata, el hombre de atrás “suelta de la mano” el proceso. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso del médico que engaña al enfermero para que le ponga la inyección letal al paciente o del gángster que amenaza a otra persona para que apuñale a un tercero; en estos casos, el hombre de atrás, en algún momento, renuncia a una influencia ulterior, no ostentando la última decisión sobre el hecho del otro, es decir del intermediario, debiendo esperar el autor mediato a que el otro cometa el hecho²³¹.

Como se señaló anteriormente, el dominio de la voluntad implica que el hombre de atrás logre que el intermediario contribuya con su acción en la comisión del delito sin su consentimiento, es decir sin una decisión plenamente libre; sea ya porque la decisión de contribuir con el delito se

²³¹ HRUSCHKA, Joachim. Imputación y Derecho penal: Estudios sobre la teoría de la imputación, B de F, Argentina, 2009, Op. Cit. p. 202 y 210.

encuentra viciada (uso de coacción o de inimputable) sea ya porque no exista decisión válida alguna (supuestos de error); esto es lo que convierte al hombre de atrás en la figura central del suceso, por ser él quien realmente controla el mismo.

Ahora bien, en los supuestos de coacción, el intermediario decide realizar la conducta esperada por el hombre de atrás, debido a que este último la coloca en una situación en la cual resulta probable que acceda a hacerlo; así, la responsabilidad del hecho recae en aquel que provocó la acción del intermediario, por ser quien realmente controló los hechos y logró que el intermediario participara en su plan sin un consentimiento válido, es decir, quien dominó su voluntad. Esta misma lógica se aplica en los supuestos de error, en los que se llega a realizar la conducta querida por el hombre de atrás gracias al error que provocó o aprovechó del intermediario, siendo así quien detenta la responsabilidad, por haber sido quien logró, con su engaño, que el intermediario realizara la conducta necesaria para la comisión del delito, siendo así el que controla los hechos. En este caso, el hombre de atrás consigue también que el intermediario participe en su plan sin su consentimiento, ya que no pudo decidir si quería o no participar en el delito, puesto que en ningún momento supo éste que con su acción iba a permitirle al hombre de atrás que logre su cometido; por ello, en este caso también consideramos que hay un dominio de la voluntad del intermediario.

Además, como dice Roxin, en los supuestos de coacción, al hombre de atrás le es importante dominar al intermediario, ya que este último tiene el dominio del hecho, pues tiene el aspecto objetivo del hecho (depende de su acción la realización del hecho) y también el aspecto subjetivo (conoce que tiene esa capacidad de control del suceso y decide servirse de ese poder), siendo así autor (aunque inculpable), y al poder dominar su

voluntad el hombre de atrás, éste también tendrá el dominio del hecho y será también autor, aunque - en este caso - mediato y sí será responsable; esto también es importante para que el hombre de atrás pueda tener el dominio del hecho en el supuesto de error, a pesar de que en este caso el intermediario no tenga el dominio del hecho y, por tanto, no sea autor.

Efectivamente, en los casos de error, el intermediario no tiene el dominio del hecho para ser considerado autor, ya que, al no tener conciencia real de los hechos y, por tanto, desconocer que comete un delito, no podría disponer de su capacidad de dirigir el suceso, por lo que no tiene el segundo requisito del dominio del hecho (el aspecto subjetivo). No obstante lo expuesto, al analizar el aspecto objetivo del dominio del hecho, vemos que sí cumple con este requisito, porque para el plan del hombre de atrás es necesaria la acción del intermediario para la comisión del delito, dependiendo de su acción la realización o no del mismo.

Esto también es reconocido por Díaz y García Conlledo, quien al citar el caso del sujeto A que le pide a B que encienda la luz de una habitación, lo cual produce una explosión en otro lugar que mata a otra persona como tenía planeado A (hecho que era desconocido por B); establece que la acción de B no puede ser igual que cualquier otro factor causal en la cadena; y señala que esto se ve claramente cuando, variando un poco el ejemplo, el sujeto A manda al botones C a encender la luz de una habitación, pero manda al sujeto B a tomar las llaves y abrir la puerta de la habitación para que pueda entrar C; en este caso, tanto B cuanto C son factores causales en la cadena que conduce a la muerte de un tercero con la explosión producida al encender la luz; y, en este caso, A es autor mediato de la muerte por utilizar como instrumento a C y no a B, porque es éste quien determina objetiva y positivamente el hecho al ser quien activa la llave de luz²³²; esto es

²³² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. Op. Cit. p. 650 y 651.

precisamente el aspecto objetivo del dominio del hecho (con la diferencia de que para la teoría del dominio del hecho también se incluye el poder interrumpir el delito), por lo que depende de la acción del intermediario que el delito se cometa o no, aunque desconoce que tiene esa capacidad, como ya explicamos anteriormente.

Esto es importante, puesto que para el hombre de atrás lo que le es útil no es que el intermediario tenga tanto el aspecto subjetivo como el objetivo del dominio del hecho, sino únicamente el aspecto objetivo; ya que lo que necesita para cometer el delito es que el intermediario tenga el control objetivo del suceso, para que con su acción pueda lograr su objetivo. No le es necesario que tenga también el aspecto subjetivo, puesto que, al conocer el hombre de atrás ese poder del intermediario en el suceso, si domina su voluntad, él puede servirse de esa posición que tiene el intermediario para poder controlar el suceso; en otras palabras, para que el hombre de atrás tenga el dominio del hecho, necesita al intermediario para dominar objetivamente el suceso, y al conocer él esa capacidad del intermediario, puede servirse de ella para cometer el delito, teniendo así también el aspecto subjetivo, siendo por ello considerado el autor.

Por ello, no es determinante en la autoría mediata que el intermediario sea también autor, es decir, que tenga el dominio del hecho, sino que sólo le es útil que el intermediario tenga el aspecto objetivo del dominio del hecho, ya que de esta manera él tendrá lo que necesita para tener el dominio del suceso.

Siendo esto así, si bien en el supuesto de autoría mediata por error del intermediario, este último no tiene el dominio del hecho, de todas formas le es importante al hombre de atrás dominar su voluntad, porque el intermediario tiene lo que necesita para dominar el hecho, por lo que sí se

trata éste de un supuesto de autoría mediata, ya que es necesario el dominio de la voluntad para lograr la comisión del delito.

Discrepamos por ello de la posición de Roxin sobre considerar el supuesto de error que excluye el dolo como un supuesto de autoría directa y no como de autoría mediata, pues en todos los supuestos de error sí se presenta un dominio de la voluntad al lograr que el intermediario participe sin su consentimiento en su plan, y es necesario para la comisión del delito, ya que el intermediario le proporciona el aspecto objetivo del dominio del hecho, mientras que él tiene el elemento subjetivo.

Sin embargo, sí coincidimos con la precisión de Roxin de que el mayor conocimiento del hombre de atrás no permite fundamentar por sí sólo que éste tenga el dominio del hecho, sino que consideramos que este mayor conocimiento de la realidad le permite elaborar su plan para la comisión del delito, donde la acción del intermediario es la pieza clave para lograr su objetivo, y que gracias al error en que se encuentra, el hombre de atrás puede servirse de ella para alcanzarlo, siendo así quien dirige el suceso, es decir la figura central, pues al dominar la voluntad del intermediario, es quien tiene el último poder de decisión sobre la realización del delito, es decir, la dirección final o supradeterminación del suceso; pero no porque lo haga directamente como si se tratara de un supuesto de autoría directa.

Si bien en este caso, el intermediario *“(...) ha dirigido el curso causal a donde quería (puesto que nadie lo ha obligado a actuar de esa manera) (...) no ha obrado finalmente, (...) Por eso dice Welzel: No hay... acciones finales “en sí” ..., sino sólo referidas a las consecuencias señaladas por la voluntad de realización”²³³*; es decir, el intermediario no dirigió el suceso para obtener las consecuencias que se generaron realmente; por ejemplo, quien

²³³ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 222.

crea dispararle a un animal cuando se trata de una persona, nunca actuó sabiendo que con su acción iba a matar a otra persona, por lo que nunca dirigió sus actos con esa finalidad (teniendo una libertad limitada debido a esa falta de conocimiento), pero como el hombre de atrás sí conoce por completo la realidad del suceso, y quiere obtener la muerte de esa persona, elabora un plan para que por medio de la acción del intermediario pueda alcanzar su objetivo.

a) Supuestos de Autoría mediata por error:

Son distintos los supuestos de error del intermediario, a continuación analizaremos los casos en los cuales producto del error no responde el intermediario, ya que en esta sección sólo veremos los casos tradicionales o clásicos donde sólo responde el autor mediato.

a.1.) Error que excluye el dolo:

En este supuesto, el intermediario se encuentra en una situación de error respecto al resultado de su conducta, por lo que actúa sin dolo, es decir sin la intención de provocar el delito, configurándose un error de tipo, sirviéndose el hombre de atrás de ese error para que el intermediario realice la conducta esperada y así se cometa el delito²³⁴.

Este es el caso en el que un cartero, cumpliendo con su trabajo, lleva a una casa un paquete, el cual contiene explosivos que no pudieron ser detectados por la empresa de correo, por lo que desconoce su contenido, explotando éste a los pocos minutos de entregarlo, provocando la muerte de tres personas que se encontraban en el interior de la casa. Aquí el cartero, si bien al

²³⁴ CALDERÓN CEREZO, Angel y José Antonio CHOCLÁN MONTALVO. Op. Cit. p. 367

llevar la bomba a la casa generó que ésta al explotar mate a las personas, al desconocer que esto se iba a producir en ningún momento tuvo la intención de matar a alguien al hacer la entrega del paquete, no teniendo a su vez el dominio del hecho, pues éste lo tiene aquel que conoce estas circunstancias y busca la comisión del delito por medio del intermediario, ya que es él quien realmente dirige los factores para la producción del resultado.

Este supuesto se trata de un error de tipo, es decir de un error sobre el conocimiento de uno de los elementos del tipo penal, donde el error del intermediario puede ser, por ejemplo, respecto a la cualidad letal del medio empleado o sobre el objeto material del delito, por lo que actúa creyendo que se trata de un hecho lícito, pero en realidad realiza objetivamente el delito. Pero, ya que nos encontramos dentro de los supuestos tradicionales o clásicos de autoría mediata, en los cuales el intermediario no responde por la comisión del delito, el error de tipo al que nos referimos aquí es el invencible, en el cual, por más que el sujeto hubiera tomado todas las medidas de precaución necesarias no hubiera podido salir de ese error, siendo atípica la conducta del ejecutor y, por ende, no punible, dejando el supuesto de error de tipo vencible para más adelante²³⁵.

Como se explicó al principio, el error puede ser creado por el hombre de atrás o puede ser que el intermediario ya se encuentre en el supuesto de error y esto lo aproveche el hombre de atrás para la comisión del delito.

²³⁵ Ver sobre las modalidades de error de tipo: BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op. Cit. p. 209 a 214.

Un ejemplo del primer supuesto se da en el caso del cartero antes mencionado, puesto que allí el intermediario desconoce que entrega una bomba debido a que quien manda el paquete logra que ésta no pueda ser detectada por el control de la empresa de mensajería, por lo que no sospecha el cartero sobre el verdadero contenido del paquete, logrando así el hombre de atrás que el cartero realice la acción necesaria para poder cometer su delito gracias a que creó el error, siendo entonces el verdadero autor del homicidio, ya que gracias a su mayor conocimiento de las circunstancias dirige el suceso para que se realice su plan con la acción del intermediario.

Respecto al segundo supuesto, esto ocurre por ejemplo en el caso en que Alicia, queriendo asustar a su hermano, quiere utilizar un arma de juguete que al apretar el gatillo funciona como un encendedor, el cual vio hace un momento, explicándole su idea a Beatriz, a quien le pide que le alcance el juguete que está a su lado, sin embargo la pistola a la que se refiere Alicia no es la de juguete, sino un arma real que dejó Beatriz en ese lugar, aunque no con la intención de provocar esta confusión (sino estaría creando ella el error); sin embargo, al percatarse del error de Alicia, le alcanza el arma, puesto que ve una oportunidad para deshacerse del hermano de ella, a quien odia. Luego de un momento, Alicia mata a su hermano al apretar el gatillo del arma, consiguiendo Beatriz su objetivo conforme con su plan.

Aquí, el hombre de atrás, gracias al error en que se encuentra el intermediario, logra utilizar su acción para cometer el delito, por lo que de todas formas tiene influjo sobre el intermediario,

dirigiendo el acontecer el hombre de atrás, ya que el intermediario actúa ciegamente.

En estos casos, el hombre de atrás utiliza al intermediario bajo error para que éste cometa el delito, por lo que es necesario establecer la relevancia del aporte del hombre de atrás, es decir, si debe tratarse de un aporte esencial o no para que éste pueda obtener el dominio del hecho.

Sobre este punto, Roxin comenta el caso de que una inquilina miope que, queriendo administrar a su hijo un analgésico, le pide al casero que le regale un vaso de agua, quien efectivamente se lo da, a pesar de haberse percatado de que la mujer confundió la medicina con un veneno letal, el cual va a disolver en el vaso de agua. Considerando que aquí el casero es quien ha conducido el curso causal hacia su fin, ya que él fue únicamente el que advirtió la situación, Roxin concluye que todo aquel que, ante un sujeto que actúe sin dolo e inculpable, conociendo esta circunstancia, aporta conscientemente una condición al resultado, es titular del dominio del hecho y, por ende, autor mediato²³⁶; conclusión que compartimos, ya que gracias a su mayor conocimiento del hecho, con su aporte, esencial o no, logra dirigir los factores necesarios para la producción del delito, por lo que es la figura central del suceso, y por ello es autor mediato.

a.2.) Error sobre la antijuricidad de la conducta:

Se analizará aquí dos supuestos: El primero, respecto al intermediario que actúa desconociendo la antijuricidad de su

²³⁶ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 199, 200 y 202.

conducta; y el segundo, en el que el intermediario actúa creyendo que se encuentra en una circunstancia de justificación, realizándose en ambos casos la comisión del delito querido por el hombre de atrás²³⁷, quien sí conoce la antijuricidad del suceso, y que gracias a su mayor conocimiento lo dirige.

En ambos casos, el intermediario realiza una conducta desconociendo que es antijurídica, ya sea por desconocer que se trata de una conducta desaprobada o porque cree estar en una situación que es justificada por el ordenamiento, por lo que nos encontramos en el supuesto de error de prohibición; aunque, al igual que en el supuesto anterior de error de tipo, aquí nos referiremos al error de prohibición invencible por ser el supuesto en que no responde el intermediario, estando dentro de los casos clásicos de autoría mediata, dejando también el error de prohibición vencible para más adelante.²³⁸

Si partiésemos del supuesto de que en el Perú estuviese legalizada la eutanasia, un ejemplo de esto se daría si Andrés (médico que está cuidando a un paciente extranjero que se encuentra en coma, y que odia a los turistas), utilizara al hijo de este paciente para matarlo y aprovechara que al hijo no le agradara la situación en que se encuentra su padre, para engañarlo y hacer que lo desconecte de la maquina mantenía vivo, indicándole que la eutanasia estaba permitida y que su padre quería morir. Si el hijo lo desconectara por el engaño del

²³⁷ HERNANDEZ PLASENCIA, José Ulises. La Autoría mediata en derecho penal, Comares, Granada, 1996, p.192.

²³⁸ Sobre el error de prohibición ver: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 616 a 622.

médico y el padre muriese, se configuraría el delito de parricidio²³⁹.

En este supuesto, como señala Roxin, el intermediario actúa dolosamente, pero desconoce que dicha conducta está prohibida, por lo que le está oculto el sentido de su conducta, de esta manera, si bien el intermediario ha dirigido la ejecución de la acción en su curso exterior, sólo puede decirse que hay una dirección con sentido de forma limitada, ya que tiene un conocimiento sobre las circunstancias objetivas del hecho (dominio del hecho de primer grado), mientras que el hombre de atrás tiene además el conocimiento sobre el sentido del tipo, es decir, la dañosidad social o la antijuricidad material de su hacer (dominio del hecho de segundo grado), siendo en realidad él quien tiene la posibilidad de configurar el hecho con pleno sentido, por lo que tiene el dominio del hecho, puesto que el intermediario actuó a ciegas y fue el hombre de atrás quien dirigió el acontecer causal (por medio de la acción del intermediario) hacia el resultado, configurándose la autoría mediata²⁴⁰.

Precisa este autor que, el intermediario debe desconocer la dañosidad social de su conducta, es decir la antijuricidad material, no importando si sólo desconoce la antijuricidad formal, es decir una norma que prohíba que esa conducta, ya que si conoce la antijuricidad material sabe todo lo que el

²³⁹ No es aplicable el delito de homicidio piadoso, porque según el art. 112 del código penal peruano, que regula ese delito, señala que: *El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años*; y en este caso la víctima no le manifiesta que desea poner fin a su vida ya que se encuentra en coma, por lo que debe imputársele el únicamente el delito de parricidio (artículo 107 del código penal peruano).

²⁴⁰ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 223 a 225.

legislador requiere para atribuirle el dominio del hecho. Y si, tanto el hombre de atrás cuanto el intermediario tienen ese conocimiento, sólo se da participación en el primero y autoría en el segundo²⁴¹.

El supuesto de autoría mediata basado en el error de prohibición del instrumento, también es aceptado por Hernández Plasencia, quien señala que en este supuesto también el hombre de atrás es quien domina el hecho, puesto que gracias al desconocimiento del intermediario sobre la ilicitud de su acción, logra el hombre de atrás que éste contribuya en la comisión del delito deseado, ya que está dominando la “cualidad lesiva de la acción”, obteniendo así la dirección de su conducta hacia el resultado, y el superior control del suceso; ya que no habría una distinción cualitativa - en los supuestos de autoría mediata - entre servirse del intermediario para que realice una conducta contraria a la norma mediante una amenaza o un error de prohibición, puesto que ambos son medios idóneos para servirse de la acción del intermediario²⁴².

De esta forma, en el ejemplo analizado, el verdadero autor del delito es Andrés, ya que gracias al engaño en que hizo caer al turista, éste mató a su padre, por lo que es él en realidad el responsable del homicidio de la víctima como autor mediato, no respondiendo el hijo por desconocer la dañosidad social de su conducta, ya que se trata de un error de prohibición invencible, al haberle informado un médico que la eutanasia estaba

²⁴¹ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tätherrschaft, séptima edición,(...), Op. Cit. p. 224 y 225.

²⁴²HERNANDEZ PLASENCIA, José Ulises. Op. Cit. p. 192 y 193.

permitida, información en la que él confió dado los conocimientos que la profesión de médico implicaban.

Respecto al segundo caso, en el cual el intermediario cree encontrarse dentro de uno de los supuestos de causas de justificación, un ejemplo de esto se presenta cuando Aurelio, queriendo que detengan a Bernardo, se dirige ante la policía a fin de hacer una falsa denuncia, engañando a la policía, quien actuando en cumplimiento de un deber detiene a Bernardo.

Al igual que para el supuesto anterior, el intermediario no se ha representado la dañosidad social de su conducta, puesto que cree que se encuentra dentro de un supuesto que justifica su actuar o que lo permite; por lo que dado el conocimiento que ostenta el hombre de atrás, es quien dirige el suceso, y quien logra así que el intermediario participe en su plan para cometer el delito, siendo por ello considerado autor mediato.

Por lo que en el ejemplo anterior, si bien es el policía quien indebidamente priva de la libertad a Bernardo (pues se trata de una detención basada en una denuncia falsa, dado que la policía actúa cumpliendo su deber creyendo que efectivamente se trata un hecho cierto); es Aurelio el responsable de esta privación ilegal de la libertad, pues debido al error que generó se realizó la detención de Bernardo, por lo que es él quien dirigía el suceso, siendo por ello considerado autor mediato; sin embargo ya que nuestro código penal tipifica la falsa denuncia

en el artículo 402, se le imputará este delito pero como autor directo²⁴³.

En este caso, tampoco responde el intermediario, debido al error de prohibición invencible en que se encontraba, ya que en este caso, el mandato que dispone el juez tiene la presunción de ser conforme a derecho, por lo que el policía confía en eso.

a.3.) Error sobre los presupuestos de exclusión de la culpabilidad

En este supuesto, el sujeto sabe que realiza una conducta típica y que ésta es antijurídica, sin embargo cree encontrarse dentro de uno de los supuestos de exclusión de la culpabilidad debido a un error, el cual es creado o aprovechado por el hombre de atrás para que el intermediario realice la conducta querida y así se cometa el delito; es decir, en estos casos, el intermediario cree encontrarse en un supuesto en el cual no le es exigible actuar conforme a Derecho, como en un estado de necesidad o de miedo insuperable²⁴⁴.

Un ejemplo de este caso se presenta cuando Alonso, quien tiene un arma de juguete muy similar a un arma real, se acerca donde Bernardino y Cirilo, quienes se encuentran conversando en un parque, y los amenaza con matarlos con el arma falsa, pero les da la posibilidad de que si pelean a muerte entre ellos

²⁴³ Artículo 402 del código penal peruano: *"El que denuncia a la autoridad un hecho punible, a sabiendas que no se ha cometido, o el que simula pruebas o indicios de su comisión que puedan servir de motivo para un proceso penal o el que falsamente se atribuye delito no cometido o que ha sido cometido por otro, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.*

"Cuando la simulación directa o indirecta de pruebas o indicios de su comisión sea efectuada por miembros de la Policía Nacional u otro funcionario o servidor público encargado de la prevención del delito, y que puedan servir de sustento para un proceso penal por tráfico ilícito de drogas, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de seis años".

²⁴⁴ HERNANDEZ PLASENCIA, José Ulises. Op. Cit. p. 194.

perdonará la vida al que sobreviva, por lo que Bernardino y Cirilo, quienes - debido a la oscuridad de la noche - creen que se trata de un arma real, comienzan a darse golpes para salvar su vida, terminando muerto Cirilo al final de la pelea.

Para Hernández Plasencia, el hombre de atrás sería el autor del delito, puesto que debido al error provocado al intermediario éste actúa como si se encontrara realmente en una situación de estado de necesidad, por lo que no debe medirse la clase de error para fundamentar el dominio del hecho, sino la intensidad de la presión motivacional con la que actúa el sujeto de delante, debiendo encuadrarse el examen de este supuesto en el dominio a través de la coacción²⁴⁵.

Contra esto, Roxin señala que no es posible tratarse estos casos como los de dominio de la voluntad a través de la coacción, debido a que, faltando un estado de necesidad real, es discutible y dudoso si la suposición errónea del intermediario de encontrarse en esa situación lo exime de responsabilidad y en qué medida²⁴⁶.

Agrega además que, de considerar este supuesto como un error de prohibición, si el error era evitable, el intermediario sería castigado como autor doloso, por lo que quedarían privadas de valor las consideraciones con las que se fundamentaba la autoría mediata en un real estado de necesidad, según el cual sólo responde el autor mediato; e incluso en el caso de que el error de prohibición sea inevitable, la exención de pena del

²⁴⁵ *Ibíd.*

²⁴⁶ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tätherrschaft*, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 234 y 235.

intermediario no se da por la presión coactiva, sino por haber sido inculpable la representación equivocada.

Siendo más convincentes los argumentos de Roxin, seguimos su posición, ya que es la creencia de encontrarse en el estado de necesidad lo que lo hace actuar, por lo que se le aplican las reglas del error y no las de coacción, pues ésta no existe; siendo entonces el hombre de atrás autor mediato debido a que tiene el *tercer grado del dominio del hecho*, el cual consiste en que, utilizando el caso arriba mencionado, si bien el intermediario en este caso tiene los dos primeros grados del dominio del hecho, es decir, ha dirigido la ejecución de la acción en su curso exterior teniendo conocimiento sobre las circunstancias objetivas del hecho (sabe que está matando a una persona), y además tiene conocimiento sobre la dañosidad social de su conducta (sabe que mata a un inocente), por lo que conoce su antijuricidad material; sin embargo, al creer que se encuentra en una causal de exculpación está convencido que su acción no es reprochable jurídicamente, es decir no conoce el “sentido social de su conducta”, que es el tercer grado del dominio del hecho, conocimiento que sí tiene el hombre de atrás, ya que no es lo mismo ser culpable de asesinato o de homicidio que matar por necesidad a otro para conservar la propia vida, y sólo aquel que tiene dicho conocimiento comprende el verdadero significado de su actuación y puede dirigir el suceso, por lo que es el hombre de atrás quien tiene el dominio del hecho²⁴⁷.

En este caso, el hombre de atrás puede utilizar al intermediario para la comisión del delito planeado gracias al conocimiento

²⁴⁷ Ibid. p. 235 y 236.

que ostenta y que le permite dirigir el suceso; por lo que en el caso examinado, es Alonso el autor mediato del homicidio de Cirilo, ya que debido a que Bernardino realizó este acto creyendo que se encontraba en un estado de necesidad exculpante; y que, por lo tanto, no le era reprochable jurídicamente, fue utilizado por Alonso para cometer el homicidio de Cirilo, ya que de conocer que el arma era falsa y que su vida no estaba en riesgo no habría matado a nadie.

Precisa Roxin que, en el caso en que tanto el hombre de atrás como el intermediario tengan el tercer grado del dominio del hecho, el hombre de atrás únicamente podrá ser un partícipe si colabora con la producción del hecho, ya que no tendría la supradeterminación, o si realmente se trata de un estado de necesidad y alienta al intermediario a atacar, se tratará de una instigación²⁴⁸.

El error que se presenta en estos casos, sobre la exclusión de la culpabilidad, es asimilable a los supuestos de error de prohibición, por lo que ésta sería la figura aplicable para los intermediarios²⁴⁹.

Aprovechando esta afirmación, queremos referirnos al supuesto de Obediencia debida, el cual consiste, conforme con el inciso 9 del artículo 20 Código Penal, en que un subordinado comete un delito al cumplir con la orden de un superior, pero actúa con la creencia de que se trata de un acto conforme a Derecho, es decir, la orden se presenta con apariencia de legalidad y por ello

²⁴⁸ Ibid. p. 236.

²⁴⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 641 y 646.

crea que sí es de obligatorio cumplimiento, cuando en realidad no lo era²⁵⁰.

Se discute en la doctrina sobre si en realidad se trata de un supuesto de causa de justificación o de una causa de no exigibilidad de otra conducta²⁵¹, pero independientemente de que consideramos que podría tratarse de la segunda alternativa (ya que si se tratara de un acto justificado no podría admitirse la legítima defensa, puesto que no habría una agresión ilegítima en primer lugar), somos de la opinión de que la regulación de esta figura es innecesaria, debido a que se trata en realidad de un supuesto de autoría mediata en el que el intermediario actúa bajo error de prohibición, puesto que aquí se exime de responsabilidad al subordinado debido a que actúa bajo error sobre la legalidad de la orden, lo que permite al superior servirse de él para cometer el delito; por ello, la solución a este supuesto ya se obtiene por medio de la autoría mediata, por lo que la ausencia de esta figura no impediría concluir la responsabilidad del superior al ser la figura central y la no responsabilidad del subordinado al actuar bajo error.

Siendo esto así, somos de la opinión de que debe ser derogada esta figura, ya que sólo está regulando un supuesto de autoría mediata, acabando además así con una discusión innecesaria sobre su naturaleza jurídica.

²⁵⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. Op. Cit. p. 502 y 503.

²⁵¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 644.

a.4.) El que yerra actúa atípicamente

Este supuesto se refiere a los casos en los que el intermediario que yerra actúa atípicamente. Así, tenemos como tenemos como ejemplo el caso del suicidio, donde el que induce en error al suicida sobre las circunstancias que pueden hacerlo llevar al suicidio, tendría el dominio del hecho; ya que si bien el suicidio es una decisión personal, si los presupuestos que llevaron a tomar esa decisión son falsos, la decisión aparecerá como absolutamente sin sentido, por lo que si bien el intermediario tiene el conocimiento del resultado externo, aquí el hombre de atrás es quien tiene el dominio de la voluntad, debido a que él tiene la supradeterminación dirigida a la configuración del sentido concreto de la acción, logrando así deshacerse de su víctima, siendo por ello autor mediato²⁵².

Esta posición es compartida por Bramont Arias y García Cantizano, quienes al analizar el caso donde un tercero hace creer a una persona depresiva que tiene sida y que morirá en un par de meses con muchos dolores (conociendo que esta persona podría quitarse la vida), establecen la posible existencia de responsabilidad del hombre de atrás, por ser él quien dirigió el suceso debido al engaño que realizó, presentándose en este caso la autoría mediata de un homicidio²⁵³.

Coincidimos con esta posición, puesto que, gracias al error inducido al intermediario, éste toma esa decisión, por lo que es el hombre de atrás quien dirigió el suceso hacia ese resultado.

²⁵² ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 252 a 254.

²⁵³ BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen GARCÍA CANTIZANO. Manual de derecho penal: Parte especial, San Marcos, cuarta edición, Lima, 1998. Pág. 76.

5.3. Autoría mediata a través de inimputables

La tercera modalidad clásica de autoría mediata se trata del supuesto en el que, el hombre de atrás se sirve de un inimputable para la comisión del delito, por ejemplo, de un menor de edad, una persona embriagada o un enfermo mental; donde si bien aquí el intermediario realiza una conducta típica y antijurídica, ésta no es culpable, por lo que no puede aplicársele una pena, respondiendo únicamente el hombre de atrás, el cual responde como autor debido a que domina la voluntad del inimputable²⁵⁴.

Un ejemplo de este supuesto se presenta cuando Antonio le entrega un arma real a un niño de 5 años y le dice que su papá, Bartolomé, le ha dicho que quiere jugar con él a los vaqueros, así que debe encontrarlo y dispararle con la pistola, lo cual hace el niño, disparándole y causándole la muerte, logrando así Antonio el delito deseado por medio del menor.

En este caso, debido a que el intermediario es un inimputable, no tiene el discernimiento o la capacidad mental para entender las consecuencias jurídicas de sus actos, sirviéndose el hombre de atrás de esto para que el inimputable realice la acción necesaria para la comisión del delito, por lo que domina su voluntad gracias al mayor conocimiento sobre el significado de las acciones realizadas por el intermediario, logrando así que participe en su plan un tercero sin su consentimiento, ya que incluso si lo diera, por su condición de inimputable, no sería un consentimiento válido.

La autoría mediata se da tanto en el caso en el que el hombre de atrás provoca la situación de inimputabilidad del intermediario, por ejemplo emborrachando a otra persona hasta que llega a una embriaguez absoluta, o si no habiendo provocado esa condición, la conoce y se sirve de ella para

²⁵⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. Cit. p. 381.

que el intermediario cometa el delito, por ejemplo, sirviéndose de un menor de edad²⁵⁵.

Bolea Bardón, al analizar este supuesto, considera que sólo se puede dar autoría mediata por intermediario inimputable, si el hombre de atrás es quien coloca al intermediario en la condición de la inimputabilidad, más no si ya encontrándose el ejecutor en esa situación, aprovecha esta circunstancia para servirse de él, puesto que sólo en el primer caso hay una manipulación de la situación por parte del hombre de atrás, lo cual le otorga el dominio del hecho²⁵⁶.

Sin embargo, ante ese argumento, consideramos que lo importante para el hombre de atrás en estos casos es que el intermediario se encuentre en una condición en la cual pueda manipularlo, ya que la condición de inimputabilidad hará que éste sea fácil de convencer para que participe en el delito; siendo esto así, no es relevante si el hombre de atrás fue o no quien provocó la situación de inimputabilidad en el intermediario, ya que lo que le interesa al hombre de atrás es que el intermediario se encuentra en esa condición para poder servirse de él, por lo que, tanto cuando provoca la situación, como cuando la aprovecha, el hombre de atrás tiene la posibilidad de dominar la voluntad del intermediario, siendo así la figura central.

Como señala Roxin, en los casos de autoría mediata por medio de intermediario inimputable, el defecto puede residir en el ámbito intelectual, es decir, hay una falta de capacidad de “comprender el carácter no permitido del hecho” en el instante del hecho, por lo que desconoce la desvaloración social de su conducta, lo cual sí es conocido por el hombre de atrás, pudiendo así servirse de la acción del tercero para la comisión del

²⁵⁵ CALDERÓN CEREZO, Angel y José Antonio CHOCLÁN MONTALVO. Op. Cit. p. 368.

²⁵⁶ BOLEA BARDÓN, Carolina. Op. Cit. p. 332 y 333.

delito, siendo asimilable este supuesto al de autoría mediata a través de un intermediario que se encuentra en error de prohibición, donde el intermediario tiene el conocimiento del primer grado del dominio del hecho, mientras que el hombre de atrás tiene el conocimiento del segundo grado del dominio del hecho²⁵⁷.

Pero también puede residir el defecto en el ámbito volitivo, es decir, el intermediario tiene claro lo no permitido de su conducta pero no tiene la capacidad de “obrar con arreglo a esa comprensión”, debido a ello el hombre de atrás es autor mediato al sugerir el plan del delito al autor directo, como si estuviera instigando, ya que en estos casos al intermediario le falta toda capacidad de inhibición, por lo que no se le puede imputar la decisión del hecho como obra suya, por más que pueda conducirse muy final y resueltamente al realizar la decisión, siendo en realidad dominado en la formación de su voluntad por el hombre de atrás, siendo asimilable a los supuestos de autoría mediata por coacción; precisando que, si el inimputable ya había adoptado la decisión y el hombre de atrás simplemente lo auxilia, sólo se configurará autoría mediata si la cooperación era indispensable para la comisión del delito, ya que la realización del delito depende de él, de lo contrario, si se trata de una ayuda prescindible, será sólo un partícipe; puesto que ya no depende de su aporte la comisión del delito, ni forma la voluntad del agente, por lo que no tiene el hecho en sus manos²⁵⁸.

Distinción que consideramos adecuada, puesto que en esos casos el fundamento del dominio no puede ser el mismo, ya que en uno es el mayor conocimiento y en el otro es la formación de la decisión, figuras que también consideramos que son asimilables a los supuestos de autoría

²⁵⁷ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 261.

²⁵⁸ Ibid. p. 262 y 263.

mediata por error de prohibición y por coacción, respectivamente, por lo que coincidimos con Roxin en este punto.

Sobre el supuesto de utilización de un imputable de forma disminuida, Stratenwerth opina que en estos casos podrá configurarse autoría mediata, pero analizando caso por caso, según la naturaleza y medida del dominio del hombre de atrás sobre el agente directo, lo cual no ocurre cuando se induce a un autor psíquicamente perturbado de modo no totalmente grave, sino sólo cuando su debilidad roza con el límite de la idiotez, por lo que concluye que la imputabilidad disminuida no fundamenta por sí sola la autoría mediata de otros intervinientes en el hecho²⁵⁹.

Roxin comenta este supuesto, y también señala la distinción sobre si la disminución de la imputabilidad es sobre la capacidad de la comprensión del carácter no permitido del hecho o sobre la capacidad de obrar con arreglo a esa comprensión, precisando que sólo es posible la autoría mediata en el primer supuesto donde el sujeto de atrás es autor mediato por tener conocimiento sobre el injusto material del hecho y por ello tiene la supradeterminación final, pero no ocurre así en el segundo caso, ya que de comprender el intermediario el carácter no permitido del hecho, ya el ordenamiento da por supuesto que el autor puede determinar su voluntad, podrá serle más difícil, importando para la medida de su culpabilidad, pero nada cambia en la estructura del dominio del suceso, por lo que aquí el hombre de atrás sólo puede ser un partícipe²⁶⁰.

Estos dos autores son unos de los pocos que tratan este supuesto, y ambos consideran que, a diferencia de una inimputabilidad, aquí debe analizarse caso por caso el control que tiene el hombre de atrás para determinar su autoría, donde nos parece más precisa la fundamentación de Roxin de que

²⁵⁹ STRATENWERTH, Günther. Op. Cit. p. 326 y 327.

²⁶⁰ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 264 y 265.

se presenta la autoría mediata cuando sólo el hombre de atrás conoce el injusto material del suceso, puesto que sólo esto le otorgaría el poder dirigir la acción del intermediario para realizar su plan, ya que de lo contrario si entiende ese disvalor social y sólo se ha disminuido un poco su capacidad de decisión, sigue teniendo una capacidad suficiente para tomar una decisión válida, por lo que es el intermediario quien controla el suceso por completo, no pudiendo ya el hombre de atrás tener el delito en sus manos.

6. Autoría mediata con intermediarios responsables:

En este grupo de casos desarrollaremos la posibilidad de que se configure un supuesto de autoría mediata en el cual el intermediario también responda penalmente por el delito, los cuales son denominados como supuestos de “autor detrás del autor”, situación impensable en los supuestos tradicionales de autoría mediata, ya que estos consideran que sólo es posible la autoría mediata si se controla al intermediario, por lo que éste no respondería. Lo expuesto no sería un impedimento para que ésta se presente.

En la doctrina nacional muchos autores señalan que no es posible que se configure una autoría mediata si el ejecutor también es responsable del delito, como por ejemplo García Cavero, quien señala que si bien la regulación legal de autoría mediata no exige que el intermediario sea penalmente responsable; si se quiere hacer una distinción clara entre esta figura y la instigación debe recurrirse al criterio de responsabilidad penal del ejecutor para poder lograr esto²⁶¹; de forma similar opina Ezaine Chávez, quien indica que la posibilidad de autoría mediata termina cuando el instrumento es un autor responsable, puesto que el artículo 23

²⁶¹ GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho penal: Parte general, segunda edición, Jurista editores, Lima, 2012, Op. Cit. p. 686.

de nuestro código penal dispone que quien actúa inmediatamente debe responder por el hecho como autor²⁶².

Efectivamente, se denomina a estos casos “autor detrás del autor” porque tanto el hombre de atrás como el ejecutor poseen un dominio del hecho, pudiendo aún configurarse la autoría mediata a pesar de la punibilidad del ejecutor, debido a que el núcleo de la autoría mediata radica en el hombre de atrás, siendo lo decisivo el rol central que posee, es decir que tenga el dominio sobre la realización del delito; por lo que si se determina que el hombre de atrás utiliza a un ejecutor que tuvo dominio directo sobre el hecho, pero que él también tuvo el dominio del hecho, estaremos ante un supuesto de autoría mediata pero con un ejecutor que es autor inmediato²⁶³.

Los supuestos en los que se presenta esta modalidad de autoría mediata serán desarrollados a continuación:

6.1. Autoría mediata por aparato organizado de poder:

Esta forma de autoría mediata fue planteada por Roxin, donde se considera al líder de una organización como el autor mediato de los delitos cometidos por sus subordinados, a quienes dio la orden de realizarlos, los cuales también responden como autores inmediatos por haber actuado de forma consciente y voluntaria. Se formuló para casos como el régimen nacionalsocialista, luego fue aplicado para el juicio a miembros de la junta militar argentina y a los superiores que ordenaban disparar a quienes intentaban cruzar el muro en Alemania oriental, planteándose también en la actualidad su aplicación para la delincuencia organizada²⁶⁴.

²⁶² EZAINE CHÁVEZ, Amado. Op. Cit. p. 219.

²⁶³ PARIONA ARANA, Raúl. Autoría mediata por organización, Grijley, Lima, 2009, p. 24.

²⁶⁴ DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Op. Cit. p. 339 y 340.

Se ha aplicado esta figura para dos casos muy conocidos en la jurisprudencia peruana, nos referimos a Abimael Guzmán como líder de Sendero Luminoso, y a Alberto Fujimori por los crímenes cometidos por el grupo Colina durante su condición de presidente, siendo sentenciados en ambos casos como autores mediatos por dominio de aparato organizado de poder. Además de otros casos como el Exp. N° 5049-99-JULIACA, comentada en la sentencia de fecha 16/03/00²⁶⁵.

Para que se configure esta modalidad de autoría mediata propuesta por Roxin, señala Raúl Pariona Arana²⁶⁶ que se deben cumplir determinados requisitos, los cuales desarrollaremos a continuación:

1) **Poder de mando sobre la organización:** El agente debe tener la capacidad de dar órdenes que sean de obligatorio cumplimiento para que funcione la organización, sin importar que este agente tenga otros superiores dentro de la organización, puesto que lo determinante es que domine la parte de la organización que él tiene sometida.

2) **La organización debe encontrarse al margen del Derecho:** Dentro de esta calificación pueden señalarse, por ejemplo, los aparatos de poder estatales, organizaciones criminales comunes u organizaciones terroristas.

Roxin explica la necesidad de que se trate de una organización apartada del Derecho, señalando que: *“(...) en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes de cometer*

²⁶⁵ Autoría, autoría mediata y coautoría. Actualidad jurídica, N° 137, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 125.

²⁶⁶ PARIONA ARANA, Raúl. El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana: Análisis de la fundamentación efectuada en los casos Barrios Altos y La Cantuta. En: Gaceta Penal, N° 1, Lima, 2009, p. 64.

delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de órdenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás²⁶⁷”.

En otras palabras, si no se encontrara la organización al margen del Derecho, las órdenes del líder no serían obligatorias, debido al rango superior de las normas constitucionales, por lo que ya no tendría dominio alguno.

3) **Fungibilidad del ejecutor:** El ejecutor debe poder ser intercambiable, siendo así un engranaje reemplazable en la maquinaria del aparato de poder, lo cual asegurará al hombre de atrás la comisión del delito.

4) **Alta disposición al hecho del ejecutor:** Es el cuarto elemento desarrollado por Roxin, referido a que el subordinado debe estar dispuesto a realizar el hecho ordenado por el líder de la organización.

A diferencia de los casos anteriores de autoría mediata, aquí el hombre de atrás comete el delito gracias a la colaboración voluntaria del ejecutor, por lo que no necesita engañarlo u obligarlo.

Debido a ello, hay autores que consideran que en este caso el dominio de la voluntad del hombre de atrás no se fundamentaría en la fungibilidad del ejecutor; sino, como lo señala Schroeder, en que éste aprovecha y usa para sus objetivos la resolución al hecho del ejecutor inmediato, ya existente antes de la actuación criminal, en otras palabras, aprovecha la disposición

²⁶⁷ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 276 y 277.

del hecho del ejecutor, ya que de esta forma el ejecutor le transmite al hombre de atrás que quiere someterse a él²⁶⁸.

Esta posición es criticada debido a que no siempre en estos supuestos los ejecutores directos están predispuestos a cometer los delitos, ya que pueden haberlo hecho, por ejemplo, por evitar inconvenientes personales, por lo que la falta de disposición del ejecutor no impedía el cumplimiento de la orden; también se le critica que aquí se propone que lo determinante es la relación entre el hombre de atrás y el ejecutor, donde el primero conoce que el ejecutor está predispuesto al hecho y lo aprovecha para que realice el delito; sin embargo, este conocimiento no le da dominio sobre el ejecutor para que pueda ser autor mediato, además de no permitir una distinción clara con la instigación, entre otras críticas²⁶⁹.

Otra posición es la de Pariona Arana, según la cual, en este caso, la autoría mediata no se fundamenta entre una relación entre el hombre de atrás y el ejecutor, como en la mayoría de supuestos de autoría mediata, sino en el “dominio sobre la organización”, por lo que la estructura funcional y organizacional del aparato debe estar conformada de tal manera que se asegure que las órdenes de los mandos superiores sean ejecutadas “automáticamente”²⁷⁰; posición que consideramos más acertada, puesto que en muchos casos el líder de la organización no conoce al ejecutor que en concreto realizará lo ordenado, no existiendo necesariamente un vínculo entre ambos, por lo que es más el control sobre la organización lo que asegura la realización del delito.

²⁶⁸ SCHROEDER, Fr. – Chr., *Der Täter hinter dem Täter, ein Beitrag zur lehre von der mittelbaren Täterschaft*, 1965, p. 166. Citado por: PARIONA ARANA, Raúl. *Autoría mediata por organización: consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*, Grijley, Lima, 2009, p. 53 y 54.

²⁶⁹ PARIONA ARANA, Raúl. *Autoría mediata por organización, (...)*, Op. Cit. p. 62 a 71

²⁷⁰ PARIONA ARANA, Raúl. *El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización, (...)*, Op. Cit. p. 71.

Debido a este criterio, Pariona Arana considera que para que el líder de la organización pueda tener el control sobre ésta y con ello pueda asegurar la realización de los delitos ordenados, de los cuatro requisitos señalados por Roxin sólo dos lo fundamentan, los cuales son: a) El poder de mando, y b) El apartamiento del Derecho. Para este autor, estos dos elementos posibilitan el dominio del logro del resultado típico, donde el primero es el criterio rector y el apartamiento del derecho contribuye al dominio, pues sólo esto asegura que las órdenes ilícitas se cumplan automáticamente, por lo que la fungibilidad y la disposición al hecho del ejecutor son sólo características que suelen acompañar a este dominio, pero que no lo fundamentan, por lo que su ausencia no impediría el dominio del evento criminal por parte del líder de la organización²⁷¹.

Coincidimos con esta opinión, puesto que, como comentamos líneas atrás, no es necesaria la disposición al hecho del ejecutor para que se cumpla lo ordenado por el líder en estos casos, lo mismo respecto a la fungibilidad, pudiendo ser incluso mas bien un impedimento innecesario, puesto que puede haber casos en los cuales uno de los miembros tenga unos conocimientos o habilidades especiales útiles para la comisión de ciertos delitos, y al no poder ser reemplazable, fácilmente impediría la configuración de este supuesto de autoría mediata.

Muchos rechazan esta propuesta como la solución adecuada para este supuesto, debido a que consideran que no es posible una autoría mediata con un ejecutor responsable, puesto que este último ya dominaría el hecho, por lo que el hombre de atrás ya no podría ser autor: sin embargo esto no es correcto, ya que hay formas diferentes del dominio del hecho que pueden coexistir, como ocurre en este caso, puesto que el dominio que

²⁷¹ *Ibíd.*

tiene el ejecutor al actuar de propia mano no excluye el dominio otorgado por el control del aparato²⁷².

Otras posturas:

No hay unanimidad en la doctrina sobre si el uso de una organización criminal configura un supuesto de autoría mediata, ya que es descartada, por ejemplo, porque consideran que cuando el intermediario actúa dolosamente y es plenamente responsable, ya no puede darse la autoría mediata, puesto que en ese caso quien tiene el dominio del hecho es el intermediario, por lo que se proponen otras soluciones como la inducción o la coautoría²⁷³.

Dentro de los que consideran que se trata de un supuesto de coautoría, se encuentran Jescheck/Weigend, quienes señalan que la persona que ocupa la posición central de la organización es coautor debido a que domina la organización, y que el carácter común de la resolución delictiva se da cuando tanto el líder como los ejecutores saben que la realización del delito se llevará a cabo de la forma en que sean ordenados²⁷⁴.

Jakobs y Otto también consideran que este supuesto se trata de un caso de coautoría más que de autoría mediata. El primero señala que cuando el ejecutor actúa de forma plenamente responsable no hay ninguna superioridad jurídica del que imparte la orden²⁷⁵. El segundo

²⁷² ROXIN, Claus. Apuntes sobre la sentencia – Fujimori de la Corte Suprema del Perú. En: La Autoría mediata: el caso Fujimori, ARA editores, Lima, 2010, p. 97 y 98.

²⁷³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 480.

²⁷⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND. Op. Cit. p. 722.

²⁷⁵ JAKOBS, Günther. «Entscheidungen – Strafrecht: BGH», NStZ, 1995, p. 27. Citado por BOLEA BARDÓN, Carolina, op. cit. p. 359 y 360.

porque considera que lo que hace el ejecutor es apropiarse del plan delictivo, no existiendo un dominio del dirigente de la organización sobre el ejecutor²⁷⁶; posición también compartida por Bramont- Arias Torres²⁷⁷, al considerar que no puede configurarse autoría mediata ya que no actúa el ejecutor como un instrumento, por lo que considera más adecuado resolver este caso como un supuesto de coautoría.

Otra propuesta es la de considerar este supuesto como de inducción, siendo defendido por Gimbernat Ordeig, quien señala que en estos casos el que ejecuta la orden es un autor inmediato, mientras que el líder de la organización es un inductor, ya que éste convence a los ejecutores de cometer el delito por medio de los mandos intermedios, quienes responden como cómplices²⁷⁸.

Hernández Plasencia considera también que se trata de un supuesto de inducción, pero no del líder de la organización, sino del último que le comunica la orden al ejecutor; siendo en realidad el resto de mandos superiores y el líder de la organización cómplices necesarios del delito, ya que estos reclutan a las personas, indican la forma de cometer el delito o le facilitan los medios materiales, información, etc, y los ponen a disposición de los ejecutores²⁷⁹.

Estas dos propuestas son criticadas por Roxin, quien señala, en primer lugar, que no es una coautoría, primero porque no existe la resolución común, puesto que el hombre de atrás y el ejecutor mayormente ni se conocen, y no hay un acuerdo conjunto de personas con el mismo

²⁷⁶ OTTO, «Taterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Taterschaft», Jura, 1987, p. 255. Citado por BOLEA BARDÓN, Carolina, op. cit. p. 358.

²⁷⁷ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op. Cit. p. 409 y 410.

²⁷⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Autor y cómplice en Derecho penal, Madrid, 1966, p. 189 y ss., 331 y ss. Citado por: HERNANDEZ PLASENCIA, José Ulises. Op. Cit. p. 269 y 271.

²⁷⁹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. Op. Cit. p. 276.

rango, pues aquí la ejecución del requerimiento se basa en una orden y no en una decisión conjunta; y contra lo que señalan Jescheck/Weigend, sobre que el carácter conjunto de la resolución se produce con la consciencia del director y del ejecutante de que se realizará determinado hecho siguiendo las indicaciones de dirección, señala que la consciencia de ser destinatario de una orden no es una resolución conjunta del hecho, al igual que el “hacer suyo” del ejecutor, que señala Otto²⁸⁰.

Segundo, porque no hay una ejecución conjunta del hecho, ya que quien da la orden no participa en el estadio de ejecución e incluso desconoce el momento y el lugar en que se cometerá el delito, contribuyendo únicamente en planear y motivar el hecho²⁸¹.

Y, tercero, porque en la coautoría existe una estructura horizontal que implica una comisión conjunta del delito; mientras que, en la organización, existe – al igual que en la autoría mediata - una estructura vertical, que implica que la comisión del delito se haga a través de otro²⁸².

Luego, al analizar la posición de la instigación, critica que el instigador no domina la ejecución del hecho, no dependiendo, de esta manera, la comisión del delito de su voluntad; lo cual no se corresponde con el papel del líder de la organización en el suceso, quien es la figura central del delito que ordena que se cometa. Así, si bien los ejecutores son también autores por tener el dominio de la acción, no

²⁸⁰ ROXIN, Claus. Problemas actuales de dogmática penal, ..., Op. Cit. p. 233.

²⁸¹ Ibid. p. 234.

²⁸² Ibid. p. 235.

le pueden disputar su superior dominio de la voluntad, debido a su dirección de la organización²⁸³.

Bolea Bardón concuerda con esta crítica formulada a la postura de instigación, señalando que, en estos casos, los mandos superiores son en realidad autores, ya que ordenan la comisión de hechos punibles pudiendo contar con su efectiva realización, sin necesidad de convencer a cada persona individual, pues aquí el control fáctico de la organización permite a los mandos superiores servirse de los ejecutores sin necesidad de provocar en ellos un déficit de conocimiento ni de libertad²⁸⁴.

De acuerdo con ello, no es posible considerar únicamente a los líderes de de la organización y a los mandos intermedios como simples instigadores o cómplices primarios, ya que sí tienen un papel central en el suceso, por lo que son en realidad también autores.

En base a esas críticas, nos adherimos a la posición que considera los supuestos de utilización de aparatos organizados de poder como un supuesto de autoría mediata, pero con la nueva propuesta de Pariona Arana, según la cual, para que se configure esta forma de autoría es suficiente con el poder de mando y que la organización se encuentre apartada del Derecho.

6.2. Autoría mediata por error de tipo vencible:

Aquí, el hombre de atrás se sirve de un ejecutor que se encuentra en un error de tipo, pero en este caso se trata de un error vencible, es decir, de haber sido el ejecutor diligente pudo haber salido del error en que se

²⁸³ ROXIN, Claus. Problemas actuales de dogmática penal,(...), Op. Cit. p. 236.

²⁸⁴ BOLEA BARDON, Carolina. Op. Cit. p. 374.

encontraba, por lo que le será imputable el delito si se encuentra regulada su modalidad culposa²⁸⁵.

Un ejemplo de este supuesto se da cuando el jefe de una construcción (Adán) le ordena a un obrero (Benito) que arroje unas tablas desde el quinto al primer piso, donde se encuentra trabajando Cristian, con la finalidad de que este último muera como consecuencia de ese hecho; Benito, quien no se percató de la presencia de Cristian, al no verificar si había alguien en el primer piso antes de lanzar las tablas, cumple con lo ordenado, muriendo Cristian instantáneamente al ser golpeado por las tablas.

Aquí, le es imputable a Benito un homicidio culposo, debido a que si hubiera tomado las medidas de precaución, como revisar si alguien podría estar cerca del lugar a donde va a lanzar las tablas, hubiera evitado la muerte de Cristian, por lo que le es imputable el resultado producido por su falta de deber de cuidado.

En este caso, el intermediario se encuentra en un error sobre la realidad, al igual que en el supuesto analizado de autoría mediata por intermediario en error de tipo invencible, pero en este caso sí responderá por el delito si está tipificada su modalidad culposa. No obstante lo expuesto, esto no impide que se configure la autoría mediata, puesto que independientemente de que el intermediario puede ser merecedor de una sanción penal, gracias a que este se encuentra en la situación de error, el hombre de atrás puede servirse de él para lograr su objetivo, por lo que es él quien dirige el suceso, por lo que es sin duda autor mediato, pero de la modalidad dolosa del delito, en el ejemplo anterior será por un homicidio doloso.

²⁸⁵ Sobre el error de tipo vencible ver: HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Op. Cit. p. 460 y 461.

Concluimos de esta manera que, servirse de una persona que se encuentra en un error de tipo vencible configura una autoría mediata del delito cometido, ya que gracias al error en que se encuentra el intermediario puede servirse de su acción para alcanzar su objetivo, sin importar que en este caso también responda penalmente el intermediario.

Ya que en el ejemplo expuesto al principio, el intermediario desconoce la realidad del suceso, somos de la opinión de que en este caso la culpa del intermediario es de tipo inconsciente, donde precisamente el sujeto no se representa el peligro de su acción²⁸⁶.

La posibilidad de que se presente este supuesto de autoría mediata ha sido reconocido también en la doctrina nacional, puesto que al analizar el caso en que una mujer, que queriendo matar a su esposo, cambia las pastillas que le debe administrar su enfermera por una sustancia nociva, lo cual es desconocido por esta última, y que al día siguiente se produce la muerte de la víctima tal como planeó la esposa, se señala que habría una autoría mediata de parricidio por parte de la mujer, pero que el intermediario (en este caso la enfermera) podría responder además como autora directa de homicidio culposo en caso de que, de haber sido diligente, pudiera haberse dado cuenta del cambio de medicamentos²⁸⁷.

6.3. Autoría mediata por error de prohibición vencible:

Como vimos al desarrollar la autoría mediata por instrumento que actúa bajo error de prohibición invencible, ya sea que el error sea sobre la conciencia de la antijuricidad o sobre las causas de exclusión de la

²⁸⁶ RUSCONI, Maximiliano. Derecho penal: Parte general, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 387.

²⁸⁷ Parricidio en Autoría Mediata: Responsabilidad del ejecutor directo por culpa. En: Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, Tomo 134, Lima, enero, 2005. Pág. 93.

culpabilidad, en estos casos el hombre de atrás, debido a su mayor conocimiento sobre la dañosidad social o sentido social de su conducta, tiene el conocimiento sobre el segundo y tercer grado del dominio del hecho, pudiendo servirse del intermediario para cometer el delito querido; ya que gracias a ello puede hacerlo participar en su plan delictivo sin su consentimiento.

El supuesto que analizamos ahora es sobre un error de prohibición pero de tipo vencible, en el cual el sujeto, en caso de haber sido diligente, hubiera podido salir del error en que se encontraba; por lo que en estos casos se le sanciona por el delito cometido, pero con una pena atenuada conforme con el segundo párrafo del artículo 14 de nuestro código penal²⁸⁸.

Un ejemplo de esto se da cuando, al recordar el caso del turista engañado por Andrés sobre la licitud de la eutanasia en nuestro país, y desconecta a su padre del respirador artificial causándole la muerte. Si hubiera sido engañado en lugar del médico por una persona cualquiera que conoció en el hospital responderá por la comisión del delito, ya que debió tomar las medidas necesarias que le hubieran permitido salir de ese error, como consultar a un médico, un abogado, o investigar nuestras leyes, por lo que aquí responderá el hijo extranjero por un parricidio, aunque se le aplicará una atenuación de la pena como ya precisamos.

Sin embargo, por más que de haber sido diligente hubiera salido del error, en el caso concreto él se encontraba actuando bajo un error, por lo que de todas formas el hombre de atrás pudo servirse de su acción para cometer el delito gracias a que se encontraba en esa circunstancia el intermediario, ya que también aquí es sólo el hombre de atrás quien tiene los conocimientos

²⁸⁸ Artículo 14.- “(...) El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, excluye la responsabilidad. Si el error fuere vencible se atenuará la pena”.

del segundo o tercer grado del dominio del hecho, pudiendo así lograr que el intermediario participe en su plan sin su consentimiento, respondiendo por ello por un homicidio doloso.

Entonces, en este caso, el intermediario también será responsable a título de autor inmediato por su conducta, lo cual no elimina el dominio del hecho que de todas formas tuvo también el hombre de atrás, por lo que él será autor mediato de los hechos²⁸⁹.

6.4. Autoría mediata por error en la identidad de la víctima:

Este supuesto se presenta por ejemplo cuando Angel, enterado que su amigo Beto está esperando a que Claudio pase por un camino oscuro para matarlo de un disparo en la cabeza (el mismo que recorre todos los días a la misma hora cuando regresa de estudiar), aprovecha esto y engaña a su enemigo David, para que pase a esa hora por el camino donde está esperando Beto, quien al verlo pasar le dispara creyendo que se trataba de Claudio, debido a que por la oscuridad del lugar no pudo distinguir bien su rostro; logrando así Angel su objetivo de matar a David.

Este caso es analizado por Roxin, quien señala que se trata de un supuesto de error en la persona, donde el ejecutor (Beto) obra típica, antijurídica y culpablemente, siendo por ello considerado autor inmediato del delito; sin embargo, el hombre de atrás (Angel) tiene a pesar de ello una supradeterminación fundamentadora de dominio con respecto al resultado no querido por el ejecutor, ya que si bien éste conoce que estaba matando a una persona, al igual que el sentido del tipo y los elementos de la reprochabilidad y, por tanto, le es imputable el homicidio, respecto a la acción concreta desconocía el resultado que efectivamente se iba a producir (matar a David en lugar de Claudio), conocimiento que sin

²⁸⁹ PARIONA ARANA, Raúl. Autoría mediata por organización, (...), Op. Cit. p. 24 y 25.

embargo si tenía Angel, por lo que éste tiene el conocimiento del cuarto grado del dominio del hecho que es “el sentido concreto de la acción”, lo cual lo convierte en autor mediato del homicidio, puesto que la muerte de David ha sido obra de Angel, convirtiéndose así también en figura central del suceso, siendo Beto autor inmediato por matar a una persona y Angel autor mediato por tratarse de la muerte de David²⁹⁰.

Agrega además este autor que este supuesto se produce tanto si Angel produce directamente el error de Beto, es decir si habla con él para inducirlo a error; como si falta toda relación psíquica entre ambos, por ejemplo manipulando las circunstancias, como el caso que hemos planteado al inicio²⁹¹.

Es de la misma opinión Pariona Arana, quien al analizar este caso señala que el comportamiento del hombre de atrás debe ser calificado como de autoría mediata, pues ha logrado su objetivo criminal mediante una persona que se encontraba en error, siendo independiente de si el ejecutor es también autor; puesto que eso no hace desaparecer el dominio que el hombre de atrás tuvo sobre los hechos, no pudiendo tratarse esta conducta de instigación puesto que, por ejemplo, Angel no convenció a Beto de cometer el delito, ya que éste ya estaba decidido a realizarlo, y tampoco de complicidad, pues no ayudó a Beto a cometer el delito; sino que, por el contrario, realizó su propio plan criminal²⁹².

Coincidimos con las opiniones de ambos autores, pues si bien es cierto que el ejecutor es consciente del tipo penal que está cometiendo, y por ello es autor inmediato del delito, gracias al error que le provoca el hombre de atrás logra servirse de su acción para lograr su objetivo, que es, por

²⁹⁰ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 239 a 241.

²⁹¹ Ibid. Op. Cit. p. 237 y 238.

²⁹² PARIONA ARANA, Raúl. Autoría mediata por organización, (...), Op. Cit. p. 25 y 26.

ejemplo, matar a una persona distinta a la querida por el ejecutor, por lo que tiene también un dominio del hecho, puesto que de no ser por su intervención no se habría producido el resultado que se dio finalmente, pues, por ejemplo, de percatarse Beto que la persona que pasaba no era Claudio, no le hubiera disparado, por lo que es también figura central del suceso gracias a, como señala Roxin, su conocimiento sobre el sentido concreto de la acción, ya que así pudo llevar a cabo su plan delictivo.

Se ve aquí con más claridad como el hecho de que el intermediario responda por la comisión del delito no impide que el hombre de atrás pueda aún tener un dominio del suceso que lo convierta de esta forma en autor mediato, ya que lo determinante no es la responsabilidad del instrumento sino si el hombre de atrás tiene o no dominio del hecho.

Sin embargo hay autores que no consideran que se trate aquí de una autoría mediata, como por ejemplo Jakobs, quien señala que en los casos de error en el sentido concreto de la acción, el que engaña manipula en el suceso la incitación psíquica real al hecho, pero como no importa la intensidad de la compulsión hacia el hecho sino los ámbitos de responsabilidad, esto haría decaer la autoría mediata del que engaña al ejecutor, siendo únicamente una participación; o, si hay una configuración conjunta más amplia hasta una coautoría, puesto que el que la intervención del otro sujeto haga posible que el hecho se lleve a cabo no importa nada, ya que este hacer posible lo realiza todo interviniente que sea necesario²⁹³.

Contra esto compartimos los mismos argumentos que señala Pariona Arana para negar que este supuesto se trate de una complicidad, ya que no puede valorarse su intervención como una ayuda cuando en realidad está

²⁹³ JAKOBS, Günther. Derecho Penal: Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y José Luis, SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, segunda edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 782 y 783.

dirigiendo el suceso, ya que se está realizando en realidad el plan de Angel y no el del intermediario Beto. Así, no es posible hablar de una coautoría, pues no hay - por ejemplo - un acuerdo común, ya que sólo decidió matar el ejecutor y esto lo aprovechó Angel para alcanzar su objetivo.

Agrega Roxin que esta solución también es aplicable al supuesto de dolus generalis, por ejemplo cuando A cree haber matado a su víctima y el sujeto de detrás advierte que sólo está inconsciente y le aconseja que arroje el cadáver a un río, produciéndole así la muerte; en este caso también es el hombre de atrás quién dirige el suceso, ya que gracias a su conocimiento sobre el sentido concreto de la acción pudo dirigir al intermediario para producirle realmente la muerte, a pesar de que en este caso se considere igualmente responsable al intermediario por un homicidio consumado²⁹⁴.

6.5. Autoría mediata por error sobre presupuestos de la acción relevantes para el hecho:

Aquí Roxin analiza el caso en el cual otra persona engaña al ejecutor sobre una circunstancia donde es previsible su reacción para que así realice la acción querida por el hombre de atrás²⁹⁵.

Señala que esto ocurre tanto si Alberto, sabiendo que Baltazar es muy celoso, le dice que Celso ha cometido adulterio con su esposa, aconsejándole que le dé una buena paliza, lo cual ocurre; cuanto si busca que Celso, que es campeón de boxeo, sea quien le dé una paliza a Baltazar al defenderse del ataque; o cuando inventa pruebas para que Baltazar crea que su mujer le fue infiel con Celso, para que lo ataque²⁹⁶.

²⁹⁴ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 242.

²⁹⁵ Ibid. p. 238.

²⁹⁶ Ibídem.

Indica que aquí se da autoría mediata por parte del hombre de atrás, puesto que es él quien tiene el conocimiento del sentido concreto de la acción, siendo asimilable a los casos de error en la identidad de la víctima, puesto que aquí, por ejemplo, Baltazar ataca a Celso por el error que tiene sobre su condición de adúltero, castigando en realidad a una persona inocente, debido al error creado por Alberto, quien debido a que conoce que Baltazar es muy celoso prevé la agresión²⁹⁷.

Comenta que una de las principales críticas que se hace a este supuesto es que se considera que lo que aquí se presenta es en realidad un error en el motivo, por lo que se trataría de una instigación, pero contra esto señala que debe hacerse una distinción entre estos supuestos de error, donde los errores en el motivo se refieren a cualquier idea equivocada que no se refiera al sentido concreto de la acción, lo cual se presenta por ejemplo cuando se promete una recompensa a un sicario y luego de cometer el delito no se lo cumplen, donde de este error no cambia que el sujeto haya actuado por un móvil de lucro; de no hacerse esta distinción se desconocería el cuarto grado del dominio del hecho²⁹⁸.

Consideramos que en este caso, si el hombre de atrás conoce la alta probabilidad de la forma en que va a reaccionar el sujeto en determinada circunstancia, y le hace creer que esta se ha producido, también ha tenido dominio del hecho, puesto que gracias al error que provocó en el intermediario se produjo el hecho.

En estos casos, el intermediario es manipulado por el hombre de atrás gracias a ese error, puesto que provoca que éste reaccione y así realice la acción querida por él. Al ser una acción esperada no necesita convencer al sujeto sobre cómo debe actuar, por lo que en realidad dirige el suceso, por

²⁹⁷ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tätherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 243 y 244.

²⁹⁸ Ibid. p. 244.

lo tanto es también figura central del suceso, siendo así autor mediato. Por ello, coincidimos con la posición de Roxin, respecto de la precisión que realiza sobre que el error provocado debe ser aquel que genere que sea el hombre de atrás el único que conozca el sentido concreto de la acción, puesto que sólo de esta forma podrá tener el control del suceso.

Sin embargo, no consideramos que este supuesto se presente si, además del engaño, el hombre de atrás necesita convencerlo de cómo debe actuar el intermediario, como en el ejemplo en que Alberto, además de hacerle creer a Baltazar que su esposa le fue infiel, le sugiere que golpee a Celso, puesto que en este caso, si necesita convencerlo de cómo debe reaccionar, entonces no puede dirigir el suceso aprovechando su reacción; ya que tener que recurrir a convencerlo es muestra de que no tiene aún dominio, por lo que en este caso – en nuestra opinión - será un instigador.

6.6. Autoría mediata por error sobre la medida del injusto:

Este supuesto consiste en que el intermediario actúa creyendo que el bien jurídico que lesiona tiene una protección penal distinta a la real, debido al error en el que se encuentra, lo cual sí es conocido por el hombre de atrás que lo determinó a hacerlo.

Bolea Bardón da como ejemplo de este supuesto el caso planteado por Herzberg, donde la mujer A, movida por ansias de venganza, convence a la mujer B que un valioso cuadro de Kandinsky, propiedad de su esposo, no posee ningún valor, y que éste se alegraría si ella destruye el cuadro y lo sustituye por otro²⁹⁹.

Señala que para algunos autores se trata de un supuesto de instigación, y que el dolo trascendente del hombre de atrás únicamente deberá tomarse

²⁹⁹ HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, 1977, p. 27. Citado por: Bolea Bardón, Carolina. Op. Cit. p. 193.

en cuenta para la determinación de la pena; sin embargo, para otros, se trata de un supuesto de autoría mediata del hombre de atrás³⁰⁰.

Aquí también es el mayor conocimiento por parte del hombre de atrás el que le permite servirse del ejecutor para cometer el delito, en este caso es sobre la gravedad del daño; señala por ejemplo que para Roxin, aquí el hombre de atrás dirige el suceso gracias a que tiene el conocimiento del sentido concreto de la acción a diferencia del ejecutor, el cual debe consistir en la generación de un daño con una gravedad mayor en comparación de la estimada por el ejecutor, aunque en este último también responderá penalmente por el injusto de menor gravedad que cree estar cometiendo, lo cual no impide la configuración de la autoría mediata³⁰¹.

Al ser este supuesto similar a los dos anteriores, donde si bien el intermediario es consciente de que realiza una conducta típica, antijurídica y culpable, el hombre de atrás, al tener el conocimiento sobre las reales circunstancias del caso concreto, logra servirse del intermediario para cometer su objetivo, consideramos entonces que también es aplicable el mismo razonamiento, por lo que coincidimos con la argumentación de Roxin para calificar este supuesto como una autoría mediata con un intermediario responsable gracias a que tiene el conocimiento del sentido concreto de la acción.

No consideramos que se trate de un supuesto de instigación, debido a que aquí gracias, al engaño creado por hombre de atrás, éste puede dirigir el suceso y lograr su objetivo, por lo que la comisión del delito realmente cometido fue gracias a su intervención, teniendo por ello también un dominio del hecho, siendo así también figura central del suceso.

³⁰⁰ BOLEA BARDÓN, Carolina. Op. Cit. p. 193 a 196.

³⁰¹ ROXIN, Claus en: *LK-StGB*, 11.a ed., 1993, § 25, n. 99, p. 50, nota 145. Citado por: *Ibidem*. Pág. 194 y 195.

De esta forma, en el caso planteado, la mujer B será responsable de una falta contra el patrimonio, ya que si bien conoce que está destruyendo un bien ajeno, entendió que éste era de un bajo valor, lo cual era falso y sí era conocido por A, conocimiento que le otorgó el poder de dirección del suceso, pudiendo cometer el hecho por medio de la acción de B, siendo así autora mediata pero del delito de daños.

6.7. Autoría mediata por error sobre presupuestos de cualificaciones:

Se trata del caso en el que el intermediario actúa con la intención de cometer un delito, lo cual es aprovechado por el hombre de atrás para que, por medio del engaño, éste se cometa pero con una circunstancia agravante, pero que al ser desconocido por el intermediario no actúa con dolo respecto a ésta, por lo que sobre ese resultado adicional el control lo tiene el hombre de atrás, siendo por ello autor mediato del delito finalmente cometido³⁰².

Un ejemplo de esto se presenta cuando Antonio elabora un plan para robar en la casa Bonifacio, quien se iba a encontrar sólo esa noche, planeando dispararle un dardo tranquilizante para que pueda ingresar tranquilamente a sustraer las cosas sin problemas, solicitando ayuda a su amigo Cristóbal para que le consiga los dardos, pero como Cristóbal odia a muerte a Bonifacio, aprovecha la ocasión y le entrega a Antonio unos dardos con una sustancia que en realidad le iban a producir a Bonifacio la muerte de una forma muy dolorosa y lenta, lo cual llega a ocurrir.

La diferencia con el supuesto anterior es que, en el caso de error sobre la medida del injusto, el hombre de atrás convence al intermediario a realizar una conducta haciéndole creer que ésta tendría una reacción penal menor, cuando en realidad no es así y si es conocido por el hombre de atrás,

³⁰² BOLEA BARDÓN, Carolina. Op. Cit. p. 191.

serviéndose del intermediario para que realice la conducta que realmente se va producir, por lo que dirige el suceso hacia el resultado final, basándose en el engaño sobre la real valoración legal del hecho.

En cambio, en el supuesto de error sobre presupuestos de cualificaciones, el intermediario ya está decidido a cometer un delito, y el hombre de atrás aprovecha esto para que se produzca el delito; pero con una circunstancia agravante, de esta forma el hombre de atrás logra la comisión de un delito más grave, lo cual es desconocido por el intermediario, lo cual le permite dirigir el suceso para cometer el delito planeado, siendo el error en este caso sobre el resultado que realmente se va a producir.

Como vemos, en el caso analizado en este momento, también aquí el intermediario ha errado en el sentido concreto de la acción, conocimiento que sí tiene el hombre de atrás y que, por ello, puede dirigir el suceso, siendo así autor mediato del delito finalmente cometido³⁰³.

El intermediario, al no tener conocimiento del resultado que realmente se iba a producir, no tiene una decisión autónoma sobre esto, por lo que es utilizado por el hombre de atrás debido a ese engaño para cometer el delito que planeó³⁰⁴.

Posición que compartimos, puesto que el hombre de atrás fue quien dirigió el suceso hacia la producción del delito que realmente se cometió, ya que gracias al error del intermediario sobre el verdadero resultado se pudo servir de su acción para cometer el delito que quería, por lo que es también figura central del suceso.

³⁰³ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tätherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 245 y 246.

³⁰⁴ BOLEA BARDÓN, Carolina. Op. Cit. p. 192.

Así, en el ejemplo señalado al inicio, el hombre de atrás será autor mediato del homicidio calificado por muerte por envenenamiento y con crueldad, debido a la forma en que la sustancia le produjo la muerte a Bonifacio, mientras que Antonio también responderá penalmente, pero únicamente por el robo que pensaba cometer, puesto que éste en ningún momento supo que iba a matar a Bonifacio con su acción.

6.8. Autoría mediata por error sobre el riesgo:

Este caso es analizado por Roxin, y se presenta cuando el ejecutor actúa con culpa consciente sobre el resultado que generará su acción, equivocándose sobre la probabilidad de que este ocurra, pues cree que esta es menor que la real, siendo determinado por el hombre de atrás que sí conoce la gran probabilidad de la producción del hecho por la acción del ejecutor, actuando de esta manera dolosamente³⁰⁵.

Señala como ejemplo de este caso cuando A y B encuentran una granada sin estallar en el techo de un edificio y, para no poner en peligro la vivienda del último piso, A piensa lanzarla al jardín, pero teme que al caer ésta estalle y salga herido el sujeto C, quien se encuentra trabajando en el primer piso; pero B, quien es experto en explosivos, le dice que no es muy probable que eso pase, sin embargo él sabe que sí es muy probable que explote y que esto puede herir o incluso matar a C, que es lo que él desea. Producto del engaño, A lanza la granada creyendo en la lejana probabilidad del resultado, sin embargo ésta explota y le produce la muerte a C, tal como había planeado B³⁰⁶.

Señala que si el ejecutor persigue el mismo resultado delictivo del hombre de atrás no podría tener este último la dirección del suceso, puesto que de

³⁰⁵ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 247.

³⁰⁶ *Ibidem*.

ser así el hombre de atrás no tendría como influir en la conformación del mismo, ya que de todas formas el ejecutor va a realizar la acción destinada a conseguir ese resultado, por lo que no tendría cómo dirigir el suceso³⁰⁷, razonamiento que compartimos, por lo que no puede actuar el ejecutor con dolo, sino que éste debería haber desistido de realizar su acción en caso hubiera conocido la alta probabilidad del resultado.

Si el ejecutor actúa debido al error generado por el hombre de atrás sobre la probabilidad de la producción del resultado, por ejemplo, en lugar de conocer que existe un 90% de probabilidad, cree que sólo existe 10%, de darse el resultado obra menos culpablemente que si hubiera conocido realmente la situación, es decir, su conducta es final, antijurídica y culpable, pero tendrá una menor reprochabilidad³⁰⁸.

Por ello, si el hombre de atrás provoca o aprovecha ese error sobre el riesgo, capta el sentido jurídico del hecho mejor que el ejecutor, y de esta forma tiene la supradeterminación del suceso gracias a que tiene el conocimiento sobre el sentido concreto de la acción³⁰⁹.

Coincidimos con esa conclusión, puesto que, en este caso, gracias al error que produce el hombre de atrás sobre el ejecutor, logra que éste realice la conducta querida para conseguir su objetivo; ya que si, el intermediario hubiera conocido la verdadera probabilidad sobre la producción del resultado, no habría actuado, por lo que el conocimiento del hombre de atrás sobre las reales circunstancias del hecho permite que éste tenga también el dominio del hecho; y, por tanto, sea considerado autor mediato; aunque él sí respondería por la modalidad dolosa puesto que dirigió el suceso con la intención de producir ese resultado.

³⁰⁷ Ibid. p. 248.

³⁰⁸ Ibid. p. 251.

³⁰⁹ Ibídem.

7. Supuestos discutidos de autoría mediata:

A continuación analizaremos otros casos, en los cuales hay discusión sobre si se trata o no de un supuesto de autoría mediata, pero que, como demostraremos a continuación, no cumplen con los requisitos exigidos para que se configure este supuesto.

7.1. Autoría mediata por Instrumento doloso sin intención:

Este caso se presenta cuando un tipo penal exige un elemento subjetivo especial, así por ejemplo, según el artículo 185 del Código Penal, en el delito hurto se exige que la sustracción del bien mueble se realice con la “finalidad de obtener un provecho”, convirtiendo en atípica aquella sustracción que no se realice con esa finalidad, como por ejemplo esconder la laptop de una persona con la intención de asustarla.

Se discute si podría darse una figura de autoría mediata cuando la persona que quiere cometer un delito, y que cumple con el elemento subjetivo especial del delito, lo hace a través de otra persona, la cual conoce que la conducta que realiza es un delito, sin embargo no actúa con la finalidad exigida por el delito.

Este supuesto es analizado por Roxin, quien señala como ejemplo de este caso cuando un Labrador, con ánimo de apropiación, hace que un peón suyo conduzca pollos ajenos a su establo, quien cumple con la orden pero conociendo cuál es la intención de su patrón, aunque él no tiene un móvil de lucro, pues solo cumple con lo encargado³¹⁰.

Roxin explica que en estos casos el Labrador no tendría un dominio del hecho, ya que: “(...) *La mera intención de apropiarse (...) no puede*

³¹⁰ Ibid. p. 286.

*procurarle a quién da las órdenes el dominio sobre el curso de la acción*³¹¹, por lo que en su opinión, no podría configurarse aquí un supuesto de autoría mediata, en base a la teoría del dominio del hecho, si el ejecutor no se encuentra coaccionado³¹².

Coincidimos con la idea de este autor, puesto que, si el ejecutor actúa libremente, conociendo y queriendo actuar de esa manera, en caso de haber un “hombre de atrás”, éste no tendría el dominio del hecho para ser considerado autor, ya que no podría controlar al intermediario y, por ende, el suceso; por lo que no sería un supuesto de autoría mediata.

Nos parece una solución más adecuada considerar al labrador como un instigador, puesto que el peón sabe que si cumple con lo ordenado recibirá una recompensa de éste, y al ser este último quien realiza la sustracción de los animales para obtener un provecho sería autor del hurto, pues lo que hace es apoderarse de ellos para sí y luego se los entrega al labrador, aunque reconocemos que no hay una solución clara a este supuesto.

Esta solución es considerada también admisible por otros autores, como por ejemplo Bacigalupo³¹³, Moreno y Bravo³¹⁴ y Mayer³¹⁵.

7.2. Autoría mediata por Instrumento no cualificado:

Bacigalupo explica que se ha discutido si, en aquellos delitos en los que se exige una cualificación especial en el autor, cuando la persona que cumple con esta cualificación (*intrañeus*), recurre a otra persona que no cumple con

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ibid.* p. 287.

³¹³ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de derecho penal, (...), Op. Cit. p. 377.

³¹⁴ MORENO Y BRAVO, Emilio. *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 104.

³¹⁵ MAYER, Max Ernst. *Derecho penal: Parte general*, B de F, Argentina, 2007, p. 466 y 467.

esta cualificación (*extraneus*), para cometer el delito, se trataría de un supuesto de autoría mediata³¹⁶.

Se señala que si el intraneus se vale del extraneus para cometer el delito, el cual actúa libremente, al no poder ser autor este último por no cumplir con la cualificación exigida por el tipo penal, el único que puede ser el autor es el intraneus, pero al no actuar directamente sino por medio de otro, sería autor mediato³¹⁷.

Sin embargo, como señalamos anteriormente, para los delitos especiales no es adecuada la teoría del dominio del hecho para determinar la autoría y participación, puesto que en este caso lo determinante es el deber especial del sujeto, por lo que se propone para solucionar estos casos el criterio de infracción de deber.

Como ya hemos señalado, en los delitos de infracción de deber, para ser considerado autor: *“(...) lo determinante es la condición especial del agente del delito, el hecho de ser **sujeto del deber**, y precisamente el título de imputación se establece a partir de la infracción de este deber, independientemente de si el agente tiene o no el dominio del hecho (...)”*³¹⁸.

Entonces, en estos casos, por más que el intraneus recurra al extraneus para cometer el delito, es innecesario recurrir a la figura de autoría mediata, puesto que basta que el intraneus incumpla su deber especial intencionalmente para ser considerado autor, no importando si lo hace directamente él o a través del intraneus.

³¹⁶ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de derecho penal, (...), Op. Cit. p. 375.

³¹⁷ *Ibídem*.

³¹⁸ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y Ricardo César, ROJAS LEÓN. Derecho penal, parte especial, tomo I, Jurista editores, Lima, 2012, p. 238.

De esta forma, para el delito de peculado³¹⁹, el funcionario encargado de custodiar el patrimonio del Estado, por más que facilite que un particular lo sustraiga para repartirse el dinero, será el autor directo del delito de peculado aunque no haya realizado directamente el apoderamiento, ya que incumplió su deber de custodia del patrimonio del estado.

7.3. Otros supuestos de autor detrás del autor:

Además de los supuestos antes comentados de “autor detrás del autor”, en doctrina algunos consideran que hay otros casos que también pueden encuadrarse dentro de esta figura. Así Jacobo López Barja de Quiroga, al comentar la posibilidad de la autoría mediata con instrumento responsable, señala que esta solución : *“(...) se basa en aceptar la posibilidad de la prevalencia del dominio de la decisión sobre el dominio de la acción, en aquellos casos en los que existe una influencia determinante de la persona que obra detrás sobre el autor dependiente, aunque este, estos es, el autor,*

³¹⁹ Artículo 387 del código penal peruano: Peculado doloso y culposo.- *“El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años.*

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años”.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

*sea plenamente responsable*³²⁰. Señala que comparten esta opinión por ejemplo *Cramer*³²¹ y *Benfer*³²².

Esta posición también es compartida por Maurach/Gössel/Zipf, quienes explican que: *“Un caso semejante del autor tras el autor punible (...) se da en el dominio psíquico del intermediario punible, por parte de un hombre de atrás (...)”*³²³.

Lopez Barja de Quiroga da como ejemplo de este supuesto de autor detrás del autor, cuando un alcalde lanza proclamas a la muchedumbre en los que se aprobaba la acción contra determinados vecinos, argumentando que el primero ostenta un dominio del hecho sobre los autores inmediatos en base a su posición de autoridad del alcalde, debiendo ser considerado autor mediato de los daños³²⁴.

Luego Maurach/Gössel/Zipf ponen como ejemplo de este supuesto cuando una persona (A) determina a una mujer, fácilmente influenciable o sometida a aquél, a dar muerte a su marido, bajo la amenaza de abandonarla, por lo que la mujer mata al marido, siendo A autor mediato del homicidio al ser quien tiene el dominio final del hecho³²⁵.

Sin embargo, para otros autores estos supuestos se tratarían en realidad de un caso de instigación, puesto que no habría un verdadero

³²⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho penal: Parte general, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 293 a 294.

³²¹ CRAMER, en Schöncke – Schroeder, StGB. Kommentar, § 25, 13. Citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho penal: Parte general, Op. Cit. p. 294.

³²² BENFER, Allgemeines Strafrecht, Köln, Berlín, Bonn, München, 1984, § 7, 326, p. 96. Citado por: Ibídem.

³²³ MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF. *Derecho penal: Parte general*, Tomo II, traducción de la séptima edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 354.

³²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho penal: Parte general, (...), Op. Cit. p. 294.

³²⁵ MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF. Op. cit. p. 354.

dominio del hecho por parte del hombre de atrás, posición que nosotros también compartimos.

Es de esta opinión por ejemplo Roxin, quien al analizar el caso de la mujer fácilmente influenciable, que es amenazada de ser abandonada por su novio si no realiza lo que él le pide, señala que en este caso, si bien es cierto que el hombre de atrás puede tener una equivalencia referida a la gravedad de la culpa criminal con relación a la homicida, esto no puede convertirse en dominio del hecho; puesto que esto generaría un normativismo desligado de la consideración concreta y una criminologización del concepto de autoría, donde no se da cuenta del sentido de las formas de participación, por lo que en este supuesto, al que califica como situación análoga al estado de necesidad, si se deja al agente la responsabilidad por su hacer, sólo permitiría al hombre de atrás llegar a ser inductor³²⁶.

Efectivamente, tanto en el ejemplo del alcalde que lanza proclamas a la muchedumbre como del hombre que determina a una mujer fácilmente influenciable, el hombre de atrás, que serían el alcalde y el novio de la muchacha, necesitan convencer al ejecutor del delito para que éste se lleve a cabo, por lo que siguen dependiendo de la decisión del ejecutor; y, al no dominar la voluntad del intermediario para así dirigir el suceso, no es un supuesto de autoría mediata, sino en realidad una instigación.

7.4. Autoría mediata por omisión:

Por último, también se ha discutido la posibilidad de una autoría mediata por omisión, es decir por no impedir el resultado.

³²⁶ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 182.

Para autores como Frister es posible una autoría mediata por omisión, lo cual se presenta, por ejemplo, cuando una persona está a punto de cometer un delito encontrándose en una circunstancia de defecto de voluntad, como en el caso de error, y un garante no le impide cometer el hecho³²⁷.

Nosotros nos adherimos a la posición de Roxin, respecto a que no es posible una autoría mediata por omisión, ya que en la autoría mediata el hombre de atrás “impulsa” la comisión del delito, es decir, que con un hacer activo se sirve de una persona para cometerlo, y en los casos de omisión, por el contrario, hay una ausencia de intervención en un suceso que se desenvuelve con independencia del autor, por lo que resalta que: ¿Cómo se puede producir mediante una omisión el hecho de otro?³²⁸.

Luego comenta el ejemplo planteado por Maurach, del enfermero que encargado de la vigilancia, permite que un enfermo mental ataque a otro, considerándolo este autor como un supuesto de autoría mediata por omisión³²⁹; sin embargo, señala Roxin que este ataque pudo haber ocurrido con independencia del cuidador, por lo que este no habría provocado el hecho, respondiendo únicamente por su deber de garante, aunque como autor directo; pero de haber determinado el cuidador al enfermo a realizar su hecho, será sin duda autor mediato, pero no por una omisión sino por comisión, ya que fue necesario que realice una acción para provocar el resultado³³⁰.

³²⁷ FRISTER, Helmut. *Derecho penal: Parte general*, traducción de la cuarta edición alemana de SANCINETTI, Marcelo, revisión de la traducción de GALLI, María de las Mercedes, Hammurabi, Argentina, 2011, p. 605.

³²⁸ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tätherrschaft*, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 511.

³²⁹ MAURACH, AT, primera edición, § 48, III, 1, P. 517. Citado por: *Ibídem*.

³³⁰ ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tätherrschaft*, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 511.

De igual manera critica el caso en que, un sujeto impide que un tercero auxilie a otra persona que está en riesgo, para que debido a esa falta de ayuda se produzca el resultado; indicando que, debido a que aquí tiene que atacar el sujeto a un tercero para impedir la ayuda, ya no se trata entonces de una omisión, sino también de una comisión, y es él quien tiene realmente en sus manos el dominio del hecho, puesto que su hacer positivo lleva a que se produzca el resultado³³¹.

Sobre este segundo supuesto consideramos que sería de igual manera una autoría directa, ya que aquí no es la acción de un intermediario lo que provoca el resultado, sino la del propio autor; posición que también es compartida por Bacigalupo³³².

Por ello, tampoco consideramos que se pueda producir una autoría mediata por omisión, ya que siempre el hombre de atrás tiene que realizar una acción para poder dirigir el suceso por medio de otro; de lo contrario, si tenía un deber de garante y no actúa, produciéndose así el resultado, responderá por éste, pero como autor directo.

7.5. Autoría mediata por medio de menores de edad responsables:

Hay una polémica respecto al uso de menores de edad que ya tienen una edad en la cual se considera que sí es consciente de sus actos, como por ejemplo a los 16 años, pero la acción del menor no es punible, puesto que según nuestro ordenamiento sólo son responsables penalmente los mayores de 18 años, por lo que hay un debate sobre si en estos casos el hombre de atrás que convence al menor sobre cometer el delito es autor mediato o un instigador.

³³¹ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tätherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 511 y 512.

³³² BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *La renovación de la dogmática penal: Análisis y revisión de los conceptos de culpabilidad, dolo, autoría, participación, tipo y error y delitos de omisión*, Hammurabi, Argentina, 2011, p. 355 y 356.

Se podría argumentar que estamos ante un supuesto de autoría mediata debido a que, si las normas penales señalan que solo puede ser responsable por la comisión de un delito una persona mayor de 18 años, es porque se considera que antes de esa edad una persona no tiene la capacidad suficiente para comprender que se trata de una conducta prohibida y de las consecuencias de ese acto, siendo incluso una presunción iure et de iure; y si para instigar a una persona, el instigado debe ser capaz de poder tomar una decisión válida sobre los actos que realiza, ya que precisamente el fundamento del reproche penal del inductor es que haya podido convencer al autor sobre la comisión del delito, no podría configurarse en este caso una instigación puesto que sería una contradicción que se considere que el menor aún no puede tener la conciencia suficiente para responder penalmente, pero que sí la tenga para poder ser convencido como otra persona mayor de edad para la comisión del delito, por lo que debe ser tratado como un supuesto de autoría mediata al servirse de un intermediario que es inimputable³³³.

Sin embargo, hay autores que consideran que sí es posible la autoría mediata a través de menor de edad, como en los supuestos de uso de inimputables, pero que, si el menor de edad comprende la conducta que realiza se trata de un supuesto de instigación, ya que si el inimputable dirige el suceso conscientemente es quien tiene el dominio del hecho, siendo el hombre de atrás un instigador si lo animó a realizar el hecho, o un cómplice si lo ayudó a cometerlo³³⁴.

Roxin, al tratar este supuesto, coincide con la segunda posición, haciendo la precisión de que podrá darse la autoría mediata a través de menor de edad

³³³ También considera autoría mediata a través de menor de edad consicente: WEIGEND, Thomas y Hans – Heinrich JESCHECK. Op. Cit. p. 719.

³³⁴ Comparten esta posición: BERDUGO GÓMEZ LA TORRE, Ignacio y otros. Op. Cit. p. 381 y 382; CALDERÓN CEREZO, Angel y José Antonio CHOCLÁN MONTALVO. Op. Cit. p. 368; GÓMEZ BENITES, José Manuel. Op. Cit. p. 143.

incluso entre 14 y 18 años, pero siempre y cuando no pueda ser sujeto a responsabilidad para la ley de menor, siendo éste el marco de referencia, puesto que en este caso ya el menor puede comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión, y puede así tener el dominio del acontecer³³⁵.

Al respecto, Rojas Vargas comenta la Ejecutoria Suprema de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, (Recurso de nulidad N° 3840-97), de fecha nueve de octubre de mil novecientos noventa y siete, en la cual condenan a dos personas como instigadores de dos menores de edad para la comisión de un delito de homicidio, los cuales fueron sancionados en el ámbito del derecho penal de menores, señalando que la Sala Suprema tenía el dilema de determinar si se trataba de un supuesto de autoría mediata, debido a la consideración de los menores de edad como inimputables por nuestro Código penal, o si se trataría de un supuesto de instigación, ya que los menores sí pudieron comprender la ilicitud del comportamiento que realizaban; coincidiendo este autor con la decisión de la Sala Suprema, al considerar este caso como un supuesto de instigación, ya que si estos entendían la ilicitud del comportamiento no fueron utilizados como instrumentos, lo cual se refuerza al haber sido sentenciados estos por el derecho penal de menores, por lo que estos actuaron con dolo y dominio del hecho, utilizando, de esta manera, la Sala Suprema un concepto amplio de imputabilidad, concluyendo así que, el servirse de un menor de edad para la comisión de un delito no implica necesariamente un supuesto de autoría mediata, si es que éste comprende la ilicitud de su comportamiento³³⁶.

³³⁵ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 266

³³⁶ ROJAS VARGAS, Fidel. Estudios de derecho penal – doctrina y jurisprudencia, Jurista Editores, Lima, 2004, p. 183 y 185.

Coincidimos también con la posición de este autor, pero no por el argumento de que, como los menores de edad pueden recibir en estos casos una sanción por el derecho penal de menores, esto excluya que pueda darse una autoría mediata, pues, como ya hemos demostrado, puede configurarse una autoría mediata con un ejecutor responsable.

Pensamos que se puede llegar a esa misma conclusión debido a que, al revisar el artículo 184 del Código del niño y el adolescente³³⁷, vemos que hay una distinción entre la medida a adoptar para un menor infractor de la ley penal que es menor de 14 años, y el que es mayor de 14 pero menor de 18 años, puesto que, para el primer caso se aplican medidas de protección, mientras que para el segundo se tratan de medidas socio-educativas, las cuales, según el artículo 229 de dicho código³³⁸, tienen como objetivo “la rehabilitación del agente infractor” (que es el mismo fin que persigue la pena cuando se aplica a los mayores de edad que delinquen), pudiendo incluso llegarles a imponer una medida de internación, por lo que entendemos que, en estos casos, se considera que los menores entre 14 a 18 años de edad sí pueden llegar a comprender la ilicitud de su comportamiento, por lo que, cuando estos cometen un delito se busca que tomen conciencia sobre el respeto del ordenamiento jurídico y a los bienes jurídicos, para poder vivir en armonía.

Siendo esto así, consideramos que, si un menor de edad entre 14 y 18 años llega a comprender la ilicitud de su comportamiento, y un tercero lo convence de cometer el delito, actuando el menor de manera libre y

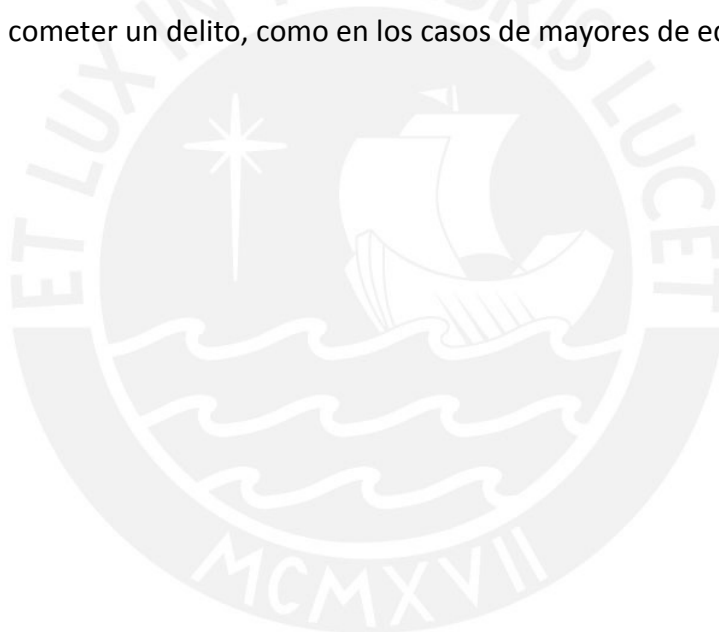
³³⁷ Artículo 184 del Código del niño y el adolescente.- *“El adolescente infractor mayor de catorce (14) años, será pasible de medidas socio-educativas previstas en el presente código.*

El niño o adolescente infractor menor de catorce (14) años, será pasible de medidas de protección previstas en el presente código.”

(Artículo modificado por el art. 3 del D.Leg. N° 990, publicado el 22 de julio del 2007)

³³⁸ Artículo 229 del Código del niño y el adolescente.- *“Las medidas socio-educativas tienen por objeto la rehabilitación del adolescente infractor”.*

consciente, ya no se trata de un supuesto de autoría mediata, sino de instigación, puesto que, en los casos de autoría mediata a través de inimputables, lo que permite que el hombre de atrás tenga el dominio de la voluntad del sujeto es su conocimiento sobre la ilicitud del comportamiento, pero en este caso el menor también lo tiene, por lo que ya no puede aquél dirigir el suceso, ya que es el menor quien lo dirige conscientemente, teniendo todo el conocimiento real del suceso y de sus consecuencias, por lo que es él quien tiene el dominio del hecho, siendo por ello la figura central y no el hombre de atrás, configurándose así un caso de instigación, ya que sólo se limitó a hacer nacer en otro la intención de cometer un delito, como en los casos de mayores de edad.





CAPÍTULO IV

**LA PÉRDIDA DEL DOMINIO DE LA VOLUNTAD AL INICIO DE LA
EJECUCIÓN DEL DELITO**

En el último capítulo del presente trabajo analizaremos el caso de los ejecutores que, previo a la realización del delito, recuperaron su libertad de decisión (ejemplo: el ejecutor sale de su error o desaparece la coacción que recae sobre él); a efectos de determinar si al hombre de atrás se le debe sancionar a título de autoría mediata o a título de alguna otra forma de autoría. De esta manera, se abordará la hipótesis que sustenta el presente trabajo, y se analizarán cuáles serían las calificaciones más adecuadas a estas formas de intervención en el delito.

Así, en el supuesto bajo análisis ocurre lo siguiente: inicialmente, el hombre de atrás ostenta el dominio de la voluntad del intermediario o del ejecutor, el que comienza a iniciar los actos de ejecución del delito, haciendo que el hombre de atrás pierda el dominio de su voluntad; sea ya porque el intermediario sale del error o porque desaparece la coacción.

Al ocurrir esto pueden darse dos situaciones: 1) Que el ejecutor ya no realice el acto que quería el hombre de atrás, o 2) Que, a pesar de ya no estar bajo el dominio del hombre de atrás, el ejecutor decida continuar con la acción querida por este último. Pasaremos a analizar la responsabilidad o no del hombre de atrás y del ejecutor en ambos supuestos, y la calificación jurídica por la que tendría que sancionarse al mismo.

Analizaremos este supuesto desde el momento en que se ha comenzado a dar inicio a la ejecución del delito, es decir, desde la tentativa; puesto que debe ponerse por lo menos en peligro un bien jurídico (Expediente N° 133-98-Camaná, 24/04/98 y Expediente N° 3061-96-Callao, 09/05/97)³³⁹, ya que de lo contrario todo acto que no cumpla con este requisito, conforme con el artículo IV³⁴⁰ del Título Preliminar del Código penal que regula el principio de lesividad, no será punible, salvo las excepciones de los delitos que

³³⁹ *Tentativa delictiva*, Actualidad Jurídica, N° 138, Gaceta jurídica, Lima, mayo, 2005, p. 110

³⁴⁰ Artículo IV del Título Preliminar del Código penal peruano: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

sancionan actos preparatorios, como por ejemplo la posesión de insumos químicos para la elaboración de droga³⁴¹.

Nos centraremos en los supuestos de autoría mediata por error o coacción, puesto que en el caso de autoría mediata en aparato organizado de poder los ejecutores actúan siempre libremente, es decir no se encuentran directamente bajo el dominio de la voluntad del líder de la organización, como se explicó anteriormente, no dándose aquí la discusión bajo análisis.

1. EJECUTOR DESISTE DE CONTINUAR EL ACTO DELICTIVO:

Primero nos centraremos en el supuesto en que el intermediario, al salir del error o desaparecer la coacción, deja de realizar la conducta querida por el hombre de atrás.

Como explicamos al fundamentar la autoría mediata, aquí responde el hombre de atrás puesto que al dominar la voluntad del ejecutor, es el hombre de atrás quien tiene el verdadero dominio del hecho, pues es en realidad él quien tiene el control de la situación, ya que el ejecutor no sabe que comete un delito, o sabiendo esto es obligado hacerlo, no actuando en ambos supuestos el ejecutor libremente, respondiendo por ello únicamente el hombre de atrás, salvo las excepciones ya señaladas de autor detrás del autor.

³⁴¹ Artículo 296-B del Código penal peruano.- *“El que importa, exporta, fabrica, produce, prepara, elabora, transforma, almacena, posee, transporta, adquiere, vende o de cualquier modo transfiere insumos químicos o productos, sin contar con las autorizaciones o certificaciones respectivas, o contando con ellas hace uso indebido de las mismas, con el objeto de destinarlos a la producción, extracción o preparación ilícita de drogas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años y con sesenta a ciento veinte días multa.”*

En el supuesto que analizamos, cuando el ejecutor comienza a realizar los actos de ejecución, es decir ya ha puesto en riesgo el bien jurídico, por ejemplo, cuando apunta a otra persona con una pistola real creyendo que es de juguete y que disparará agua, ocurre algo que interrumpe el dominio de la voluntad del hombre de atrás; tal vez porque, siguiendo el ejemplo anterior, el ejecutor logra identificar antes de disparar que se trata de un arma real, por lo que el ejecutor desiste de continuar realizando el acto querido por el hombre de atrás, puesto que él no tiene la intención de matar a nadie .

Analizando primero el caso del ejecutor, si éste se encuentra bajo error o coacción, y llega a cometer el delito querido por el hombre de atrás, el ejecutor no responde puesto que no actuaba libremente o se encontraba en error, es decir, se encontraba bajo el dominio de la voluntad del hombre de atrás. Entonces, si cuando el ejecutor está por iniciar el acto querido por el autor mediato, recupera su libertad de decisión y desiste de realizar el acto, no tendría tampoco que responder, ya que hasta antes de ese momento actuó sin voluntad propia, no pudiendo reprocharle los actos realizados hasta que se detuvo por su libre decisión.

Para los casos de autor detrás del autor es distinto, por ejemplo, en el caso del error en la identidad de la víctima, si el ejecutor desiste de matar al darse cuenta que no se trata de su objetivo, no cambia el hecho de que con conocimiento y voluntariamente estaba poniendo en peligro la vida de un ser humano, por lo que en nuestra opinión debe responder por una tentativa de homicidio, puesto que sí actuó libremente respecto al peligro que creó contra la vida de una persona.

Se trata de una tentativa puesto que, conforme con el artículo 16 del Código penal³⁴², se inició la ejecución del delito que decidió cometer, sin llegar a consumarse.

Sin embargo, esto no es así para los casos de autoría mediata por error de tipo vencible, puesto que en estos casos, al sancionarse al intermediario por la consumación del delito pero en su modalidad culposa, tal como señala el primer párrafo del artículo 14 del Código penal, no es posible una tentativa de un delito culposo, puesto que la tentativa sólo es posible para los delitos dolosos³⁴³.

Con relación al hombre de atrás, éste tuvo el dominio de la voluntad del ejecutor hasta la puesta en peligro del bien jurídico, pero debido a que pierde ese dominio sobre el intermediario, el delito no se llega a consumar, por lo que se trataría de una tentativa.

Respecto a esta situación hay distintas posiciones. Roxin, utilizando como ejemplo el caso del médico que envenena una inyección para que una enfermera se la aplique a un paciente, señala que si el autor mediato ha hecho todo lo necesario de su parte para dar rienda suelta a los acontecimientos, de modo que estos continúan según su propio curso sin depender de él, habría una tentativa acabada, que en el ejemplo señalado sería cuando el médico envía a la enfermera con la inyección venenosa; pero, si sólo ha colocado la inyección en la oficina para que más tarde lo recoja la enfermera, sólo habría un acto preparatorio, ya que el médico seguiría teniendo control sobre los acontecimientos, pudiendo desaparecer la inyección en cualquier momento³⁴⁴. De lo expuesto podemos concluir que, según su opinión, el inicio de la tentativa dependerá del momento en

³⁴² Artículo 16 del Código penal peruano.- *“En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.*

El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”.

³⁴³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 421.

³⁴⁴ ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual, traducción de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Grijley, Lima, 2013, p. 407 y 408.

que el autor mediato pierda el control sobre el suceso, contando con la producción del resultado si los demás actos siguen el curso que espera, según su plan.

De opinión similar es León Alva, quien señala que para realizar la distinción entre actos preparatorios y tentativa debe tomarse en cuenta el plan del autor y, utilizando el ejemplo de la mujer que quiere matar a su esposo envenenando la sopa, señala que si según su plan ella debe servir la comida cuando el esposo llegue de trabajar, entonces recién habrá tentativa cuando realice esa acción puesto que es el acto productor de la finalidad, antes de eso sólo serán actos preparatorios; en cambio, si según su plan, luego de envenenar la comida ella se va de la casa para que cuando llegue el marido del trabajo se la sirva él mismo, como es de costumbre, la tentativa se dará desde que ella envenena la comida, puesto que es el acto que necesita realizar la esposa para posibilitar el acto productor de la finalidad³⁴⁵.

Luego, García Caveró señala que la tentativa comienza cuando el autor mediato: *“(...) pone en marcha el proceso que incide o ha de incidir definitivamente en el ejecutor (darle la sopa, dejarla servida, etc)”*³⁴⁶.

Sobre este punto también se pronuncia Bramont-Arias, señalando que en su opinión la tentativa por autoría mediata comienza cuando el instrumento comienza a realizar los actos destinados a la consumación del tipo penal, puesto que allí ya se estaría poniendo en peligro objetivo al bien jurídico³⁴⁷.

Se une a esta posición Velásquez, quien considera que se da la tentativa cuando el instrumento se pone a realizar el tipo penal respectivo³⁴⁸; asimismo, Rojas Vargas señalando que el inicio de la ejecución del delito por parte del instrumento se

³⁴⁵ LEÓN ALVA, Eduardo. *La diferenciación entre actos preparatorios y ejecutivos del delito*, Actualidad Jurídica, N° 152, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 119.

³⁴⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal*, (...), Op. Cit. p. 573.

³⁴⁷ BRAMONT - ARIAS TORRES, Luis Miguel. Op. Cit. p. 410

³⁴⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. p. 898 y 899.

corresponde más con la aproximación al peligro real de lesión al bien jurídico, y permite graduar las intensidades del peligro³⁴⁹.

Pues bien, como se explicó, conforme con el principio de lesividad, una conducta sólo merece un reproche penal cuando por lo menos haya puesto en peligro a un bien jurídico, por lo que recién es punible la tentativa de un delito doloso y, como establece el artículo 16 del Código penal, debe iniciarse la ejecución del delito, sin llegar a consumarse.

Sin embargo, existen la tentativa inacabada y la acabada. En ambas ya hay un peligro creado contra el bien jurídico, diferenciándose en que, en la primera, el sujeto aún no ha realizado todos los actos necesarios para alcanzar el resultado propuesto y es allí cuando las acciones se interrumpen; mientras que, en la segunda, el sujeto realiza todos los actos necesarios para la producción del hecho, sin embargo éste no se llega a producir³⁵⁰.

Podemos apreciar esta diferencia con este ejemplo, si un sicario está en el techo de una casa esperando que salga una persona de un hotel para dispararle y así matarlo, cuando la víctima sale del hotel y el sicario empieza a apuntarle con el arma, pero ésta se atasca y no puede dispararle se tratará de una tentativa inacabada, puesto que ya tenía la posibilidad de matar al sujeto cuando empezó a apuntarle con el arma, pero al no poder disparar falta un último acto necesario para producir el resultado, por lo que en este caso se trata de una tentativa inacabada de homicidio; mientras que, si efectivamente el sicario llega a disparar el arma y hiere a la víctima en el pecho, pero gracias a que es auxiliado por un transeúnte, quien lo lleva de inmediato al hospital donde es operado y le salvan la vida, aquí habrá una tentativa acabada, puesto que el sujeto realizó todos los actos necesarios para producir la muerte de su víctima, que es dispararle; sin embargo

³⁴⁹ ROJAS VARGAS, Fidel. *El Delito: Preparación, tentativa y consumación*, Idemsa, Lima, 2009, p. 329 a 331.

³⁵⁰ Villavicencio Terreros, Felipe. Op. Cit. p. 436.

no se produjo el resultado esperado, por lo que será de todas formas una tentativa de homicidio, pero en este caso será una tentativa acabada.

Vemos entonces que el criterio para determinar la tentativa es identificar desde qué momento se empieza a crear un peligro para un bien jurídico, por lo que utilizaremos esta referencia para determinar cuándo ocurre esto en la autoría mediata.

Conforme con ello, somos de la opinión de que la distinción que señala Roxin y también León Alva, sobre el momento del inicio de la tentativa (la cual dependería de las acciones que realiza el autor mediato), es inadecuada, debido a que no es posible que en un suceso, donde se necesita que se realicen los mismos actos (por ejemplo, envenenar la comida, servirla en un plato y que la coma la víctima), cambie el momento de la tentativa dependiendo de los actos que realice el autor mediato.

En el hecho puede ocurrir que, el autor mediato realice una parte pequeña de las acciones necesarias y que el intermediario realice la mayoría de ellos, o a la inversa, pero en ambos casos es necesario que se realicen todas esas acciones, y lo que determina el inicio de la tentativa no es quien realice la acción, sino desde qué momento se pone en peligro el bien jurídico.

Consideramos que, en la tentativa por autoría mediata deben distinguirse efectivamente dos casos, pero de forma diferente: 1) Cuando la víctima es un tercero, y 2) Cuando la víctima es el propio instrumento.

Respecto al primer caso, cuando el hombre de atrás comienza a dirigir la voluntad del intermediario, será el momento en que se configure una autoría mediata, pero aún no puede sancionarse al autor mediato mientras no haga que el ejecutor realice una conducta que ponga por lo menos en peligro un bien jurídico, y ésta se

dará cuando el instrumento comience a realizar los actos ejecutivos del delito, por lo que aquí comienza la tentativa para este caso.

De esta forma, cuando un médico le entrega a una enfermera un veneno para que se lo suministre a un paciente, haciéndolo creer que es su medicamento, y ella se lo lleva, ya se pone en peligro la vida del paciente, puesto que ya se iniciaron los actos que van producirle la muerte, que es hacer que tome el veneno, que son los actos ejecutivos del delito. Sin embargo, si en el trayecto a la enfermera se le cae el medicamento y éste se pierde, habrá una tentativa de homicidio pero inacabada, puesto que faltó que la enfermera le suministre el veneno para realizar todos los actos para producir la muerte de la víctima, por lo que se interrumpió la última etapa del proceso; en cambio, cuando la enfermera le suministra el veneno al paciente, pero este se salva porque es atendido rápidamente a los pocos minutos de sentir los efectos, el hombre de atrás responderá en este caso también por una tentativa de homicidio, pero en este caso será acabada, al haberse realizado todos los actos necesarios para producir la muerte del sujeto, pero este resultado no se produjo.

Por ello, sólo cuando el intermediario comience a realizar los actos ejecutivos del delito comenzará la tentativa del delito por autoría mediata, puesto que recién con ese acto se habrá creado un peligro contra un bien jurídico.

En cambio, en el segundo supuesto, cuando la víctima es el propio intermediario, la situación cambia, puesto que aquí el intermediario no necesita actuar para crear el peligro, ya que en estos no hay un peligro que trasladar a un tercero; sino que, generalmente, el hombre de atrás se encarga de dejar la fuente de peligro al alcance del intermediario, para que sea el mismo quien termine de producirse el daño.

Esto se aprecia en el ejemplo señalado de la esposa que envenena la comida para que, cuando llegue su esposo, se sirva y al comerla éste muera producto del consumo de la sustancia tóxica. Aquí, cuando el intermediario tiene la sopa a su

alcance, incluso cuando ésta aún no sea servida en un plato sino que se encuentra en la olla (ya que puede servirse en cualquier momento), el peligro ya se ha creado para el intermediario, aunque éste aún no haya realizado algún acto ejecutivo, pues aquí el hombre de atrás ya se encargó de crearlo, pero necesita de los actos del propio intermediario para lograr su objetivo; en este caso, que el esposo coma la sopa y así ingiera el veneno.

Por ello, en estos casos no será necesario para que se presente la tentativa del delito, que el intermediario inicie algún acto de ejecución del delito, sino que ésta se dará desde que el hombre de atrás pone a su disposición una fuente de peligro, ya que desde ese momento éste ya se encuentra en peligro.

En resumen, entonces, cuando la víctima es un tercero, lo que hace el intermediario es crear o trasladar la fuente de peligro hacia la víctima, por ello aquí sí es necesario que empiece a realizar actos ejecutivos para realizar ese traslado y se inicie la tentativa, por lo menos inacabada; de lo contrario, el tercero nunca estará en peligro; en cambio, cuando el intermediario es la propia víctima, el peligro se crea desde que el hombre de atrás pone a disposición del intermediario la fuente de peligro, por lo que no necesita que este realice los actos ejecutivos para que se inicie la tentativa, pues no hay un peligro que trasladar, sin embargo, en estos casos ya no se tratará de una tentativa en autoría mediata sino por autoría directa, ya que es la acción del hombre de atrás la que pone en peligro al bien jurídico, necesitando la acción del instrumento pero para intentar consumar el delito (de realizarse esto sí se cometería por autoría mediata), salvo que el hombre de atrás haga que el intermediario también cree la fuente de peligro, por ejemplo, mediante error le haga preparar un veneno para que luego se lo tome, pues aquí sí se sirvió de la acción del intermediario para crear un peligro a un bien jurídico, pues desde que el veneno preparado está a su alcance ya se creó el peligro contra su vida, siendo así una tentativa inacabada de asesinato por autoría mediata.

Gomez Benitez señala también que en la autoría mediata la tentativa se da en dos posibilidades: a) cuando el ejecutor empiece a realizar actos íntimamente vinculados a la acción típica, y b) cuando el hombre de atrás ha empezado a realizar valorativamente el dominio del hecho³⁵¹.

Pone como ejemplo de este segundo caso, cuando el hombre de atrás es quien envenena el café que debe servir el ejecutor, y puesto que valorativamente su acto ya supone un principio del dominio del hecho, ya que ha puesto en marcha un curso causal que se sabe definitivo, ya respondería por una tentativa del delito³⁵².

Sin embargo, conforme con nuestra posición, consideramos que en este segundo caso no habría aún una tentativa por autoría mediata, puesto que, si es necesario que el intermediario le lleve el café a la víctima, entonces, cuando recién comiencen a servirle este café para llevárselo y así la víctima la tenga a su alcance habrá un inicio de los ejecutivos, y por lo menos una tentativa inacabada de homicidio, puesto que sólo cuando el café el envenenado esté a su alcance habrá un peligro para su vida, antes de eso no hay más que actos preparatorios, por lo que en este caso, sólo con agregar el veneno aún no se presenta una tentativa de ningún delito, por lo que si antes de llevarse el mozo la bebida, él se percatara que esta tiene algo extraño y no la sirve, la acción del hombre de atrás no sería punible aún.

2. EJECUTOR CONTINUA LA REALIZACIÓN DEL ACTO DELICTIVO:

En este supuesto, el ejecutor, quien se encuentra bajo el dominio de la voluntad del hombre de atrás, comenzando a iniciar la ejecución del delito sale del estado de error o coacción en el que se encontraba y logra, por ejemplo, darse cuenta de las circunstancias reales del hecho o puede decidir libremente; pero, a pesar de ya no encontrarse bajo el dominio de voluntad del hombre de atrás, el ejecutor

³⁵¹ GOMEZ BENITEZ, José Manuel. Op. Cit. p. 151 y 152.

³⁵² GOMEZ BENITEZ, José Manuel. Op. Cit. p. 152.

decide continuar con la acción querida de este último, por lo que de todas maneras se llega a cometer el delito querido por el hombre de atrás, pero en esta ocasión con la colaboración voluntaria del ejecutor.

Un ejemplo de este caso se presentaría cuando, un mesero se da cuenta que el cocinero ha puesto unos hongos envenenados en el plato del cliente y que este puede morir de comerlos, pero aun así se los sirve; o cuando un hombre que quiere matar a su enemigo, se da cuenta que a la persona que va a disparar, supuestamente identificada por el hombre de atrás como su objetivo, no es en realidad la persona que él quiere matar, pero de todas maneras dispara el arma, causándole así la muerte a la persona que en realidad quería matar el hombre de atrás, ayudándolo de esta manera a lograr su objetivo de forma voluntaria

Este supuesto no es analizado mucho por la doctrina nacional y extranjera. Dentro de los pocos autores que se han pronunciado sobre este caso se encuentra García Caveró, quien señala que en estos supuestos no se configura una autoría mediata; sin embargo, no establece bajo qué calificación deberían responder los intervinientes, ni tampoco aclara si sólo debe responder uno o ambos³⁵³.

Otros autores sí opinan sobre cuál sería la solución para este caso. Así, Villavicencio, al analizar el caso de la obediencia jerárquica, señala que si el subordinado conoce la ilegalidad del acto, es decir no se encuentra bajo error de la legalidad de la orden, deberá responder en concurso con el superior; este autor sin embargo no precisa de qué forma³⁵⁴.

Un autor que es más preciso al señalar las posiciones sobre la forma en que deben responder los intervinientes es Hurtado Pozo, indicando que si el ejecutor sale del error durante el inicio de la ejecución del delito querido por el hombre de atrás (por ejemplo, la enfermera se da cuenta que el médico la utiliza para envenenar a

³⁵³ Ver: GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de derecho penal, primera edición, (...), Op. Cit. p. 573.

³⁵⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Op. Cit. p. 646.

un paciente), y a pesar de ello continua con la ejecución del delito, comenta que para algunos autores habrá una tentativa de homicidio mediante autoría mediata y para otros un caso de instigación; sin embargo, no señala la argumentación por la cual se llega a esa conclusión, ni cuál es su opinión personal³⁵⁵.

Por ello, pasaremos a determinar la forma de responsabilidad de ambos sujetos, es decir, si aún se da autoría mediata y responde el ejecutor como un intermediario doloso, siendo ambos autores (mediato y directo respectivamente), o si ya no hay autoría mediata, sino que se trata de una coautoría, o si el hombre de atrás es autor y el ejecutor un cómplice, o viceversa, etc.

2.1. Autoría mediata con instrumento doloso:

Pues bien, primero pasaremos a analizar si aún se puede configurar una autoría mediata con un intermediario doloso, ya que en este caso el ejecutor, al salir del error o coacción en la que se encontraba, actúa con conocimiento y voluntad de realización del delito, es decir, decide realizar la conducta querida por el hombre de atrás y así lograr la comisión del delito conforme a su plan.

Este supuesto se diferencia de los casos que hemos definido como “autor detrás del autor”. Aquí, el intermediario se entera del plan del hombre de atrás y decide colaborar con éste, realizando la acción que espera que realice, cometiéndose así ese delito; mientras que en los casos de autor detrás del autor, el intermediario desconoce el plan del hombre de atrás, sin embargo responde a título de autor debido a que actuó culposamente o desconocía el sentido concreto de la acción, como se presentaba por

³⁵⁵ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Op. Cit. p. 152.

ejemplo cuando actuaban creyendo que cometían un delito distinto al que en realidad se estaba produciendo.

Pues bien, este supuesto es analizado por Roxin, quien señala que aquí: *“(...) si el agente se decide al hecho de manera no coaccionada (aunque sea mediando recompensa), es una decisión suya la que se manifiesta en el acontecer externo. Aun cuando hace suya la voluntad de otro, sigue siendo señor de sus resoluciones y de las acciones llevadas a cabo para materializarlas, pudiendo, a su albedrío, ejecutarlas o abandonarlas. Y en tanto esto es posible, el agente no se encuentra bajo dominio ajeno”*³⁵⁶.

Por lo dicho anteriormente el autor concluye que: *“Así pues, con arreglo a la teoría del dominio del hecho, estos casos han de quedar absolutamente descartados del ámbito de la autoría mediata”*³⁵⁷.

Coincidimos con la idea de este autor, puesto que si el fundamento para considerar al hombre de atrás como autor es por el hecho de tener el dominio de la voluntad del ejecutor, teniendo así el dominio del hecho en la comisión del delito; si ese dominio de la voluntad se pierde ya no puede configurarse la autoría mediata, pues el hombre de atrás ya no tendría el dominio del curso de los hechos.

Si bien como se señaló hay autores como Maurach/Gössel/Zipf, quienes consideran que sí es posible un supuesto de autoría con instrumento doloso en los casos de una dependencia psicológica del ejecutor, en aquellos supuestos el hombre de atrás debe convencer al ejecutor a cometer el delito, por lo que se trata en realidad, como explicamos anteriormente, de un supuesto de instigación y no de autoría mediata.

³⁵⁶ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 288.

³⁵⁷ *Ibíd.*

Por ello, descartamos que aún pueda configurarse en estos casos un supuesto de autoría mediata, puesto que si el ejecutor con conocimiento y voluntad desea realizar el delito querido por el hombre de atrás, al perderse el dominio de la voluntad del ejecutor no habría como fundamentarse una autoría del hombre de atrás, ya que es ahora el ejecutor quien tiene el dominio del hecho al actuar con libertad en la decisión de cometer de todas maneras el delito, teniendo únicamente él el control del curso de los hechos.

Sin embargo, este caso puede parecer similar al supuesto de autoría mediata por dominio sobre organización criminal, donde los subordinados también conocen el delito que quiere cometer el líder de la organización, y colaboran voluntariamente para que éste se produzca. Como señalamos al desarrollar esta modalidad de autoría mediata, aquí el líder de la organización tiene el dominio del hecho gracias a su dominio sobre la organización, lo cual no ocurre en el caso analizamos en este punto, ya que actúa el intermediario libremente, por lo que es únicamente él quien tiene en sus manos la decisión sobre la comisión del delito, es decir es la única figura central del suceso.

2.2. Coautoría:

Ahora pasaremos a analizar si se trata de un supuesto de coautoría. Como se explicó, esta forma de autoría se da cuando hay una “división del trabajo”, teniendo el conjunto de intervinientes el co-dominio funcional del hecho.

Para que se tenga este co-dominio del hecho deben cumplirse ciertos requisitos, los cuales como ya señalamos son: a) Decisión común del Hecho y b) Realizar un aporte esencial durante los actos ejecutivos.

Vemos en primer lugar que, en el supuesto bajo estudio, no se produce un concierto de voluntades, puesto que el hombre de atrás tenía el dominio de la voluntad del ejecutor, no necesitando ponerse de acuerdo con él para cometer el delito, ya que era él solo quien decidía sobre la decisión del delito.

Sin embargo, puede pensarse que cuando el intermediario recupera su libertad de decisión y continua ejecutando el delito muestra un acuerdo posterior en cometer el delito, pero el acuerdo debe darse entre ambos, y aquí el hombre de atrás no se puso de acuerdo con el intermediario para cometer el delito.

Sumado a ello, al ver el segundo requisito sobre realizar aportes esenciales durante los actos de ejecución, se observa que en el caso de la autoría mediata, el hombre de atrás no participa en la ejecución del delito puesto que para ello utiliza la acción del ejecutor, y es el dominio de voluntad que tiene sobre este lo que le da el dominio del hecho, pero si ese control de la voluntad del ejecutor la pierde, ya no tendría como dominar el hecho, dejando de ser el hombre de atrás una “figura central” del delito, no pudiendo por ello configurarse una coautoría en el supuesto bajo análisis.

2.3. Instigación

Otros autores opinan en cambio que en este caso el hombre de atrás sería un instigador. Así, Berdugo señala que si el intermediario actúa libremente y conociendo la situación, entonces es un instrumento doloso, donde si no se encuentra en los supuestos de falta de libertad o de conocimiento, recaerá en él directamente la condición de autor del hecho delictivo, ya que sólo él tendrá el dominio del hecho, mientras que el hombre de atrás no

será más que un inductor³⁵⁸, sin embargo no explica cómo llega a esta conclusión. Esto mismo ocurre con Hurtado Pozo como comentamos anteriormente, y Rebollo Vargas³⁵⁹.

Ante esta posición, como explicamos al diferenciar la instigación de la autoría mediata, para que se configure una instigación un sujeto debe convencer a otro para que cometa el delito, hacer nacer en el tercero la intención de cometerlo, aunque la decisión final sobre la comisión o no del delito sigue estando en manos del ejecutor.

Al confrontar esta idea con la propuesta analizada, no puede decirse que el hombre de atrás se convierte en un instigador si el intermediario, al recuperar su libertad de decisión, decide continuar con el plan, puesto que aquí no necesita convencerlo de cometer libremente el delito, sino que él busca impulsar la comisión del delito sin tener la necesidad de tener la colaboración voluntaria del intermediario, buscando asegurar su intervención en el delito dominando su voluntad, recurriendo por ello a la coacción o al engaño para así poder manipularlo y haga lo que necesita; y si el intermediario recupera su libertad, ya no tendría ninguna influencia por parte del hombre de atrás para cometer el delito, pero si aún así lo realiza es él quien ahora, por su propia cuenta, toma la decisión de hacerlo, sin que el hombre de atrás le de algún motivo para hacerlo, por lo que no podría ser calificado como un instigador.

Así, por ejemplo, en el caso de la enfermera que se da cuenta que le va a inyectar un veneno al paciente, y que el médico la estaba engañando para hacer esto, si a pesar de ello lo hace, cuando la enfermera sale del error lo único que conoce ahora es que el objetivo del médico es matar al paciente,

³⁵⁸ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Op. Cit. p. 382.

³⁵⁹ REBOLLO VARGAS, Rafael. Algunas consideraciones sobre autoría y participación, en: Revista Peruana de Ciencias Penales, Tomo 13, Idemsa, Lima, junio, 2003, p. 227.

pero no le ha dado él ningún motivo para que ella lo haga, ya que no tenía necesidad de hacerlo, puesto que estaba manipulando su libertad por medio del error, y tampoco le da después de esto un motivo para que continúe con ese plan, por lo que es sólo la enfermera quien decide cometerlo sin su injerencia, por lo que el hombre de atrás, en este caso el médico, no podría ser calificado de instigador, puesto que en ningún momento buscó convencer a la enfermera para que decidiera libremente cometer el delito.

2.4. Toma de Posición:

Luego de analizar las distintas posturas sobre este supuesto, compartimos la posición de Roxin, quien considera que aquí se daría una “participación consumada” por parte del hombre de atrás, respondiendo el ejecutor como autor directo, puesto que habría una “cooperación sin dominio del hecho”³⁶⁰.

El autor explica esta idea señalando que: *“(…) Quien coopera conscientemente en la realización de un resultado, cuando otro ejecuta el hecho libremente y dándose cuenta de todo, queda desplazado a la zona periférica del acontecer, quiéralo o no. Que se imagine ser la figura central nada importa. Tal es la consecuencia necesaria de la delimitación objetiva propia de la esencia de la teoría del dominio del hecho aquí desarrollada”*³⁶¹.

En efecto, como se explicó al desarrollar la teoría del dominio del hecho, esta teoría toma en cuenta un factor objetivo y un factor subjetivo, consistiendo el primero en un control efectivo del desarrollo de los hechos, y el segundo el conocer esta situación y querer aprovecharse de ella.

³⁶⁰ ROXIN, Claus. Täterschaft und Tatherrschaft, séptima edición, (...), Op. Cit. p. 300.

³⁶¹ Ibid. p. 301.

En el supuesto bajo análisis, el hombre de atrás cree tener un control de los hechos al suponer que el ejecutor sigue bajo su dominio por error o coacción, a pesar que esto ya no es así, por lo que si bien subjetivamente actúa creyendo tener un control de los hechos, objetivamente no lo tiene, puesto que el ejecutor actúa ahora libremente, por lo que no se cumplen con los dos requisitos para que se pueda imputar autoría al hombre de atrás.

Al actuar libremente el ejecutor, puesto que conoce las reales circunstancias de los hechos y decide continuar con la ejecución del delito, es él ahora quien cumple con los requisitos objetivos y subjetivos para ser considerado autor según la teoría del dominio del hecho, por lo que es ahora el ejecutor quien será autor, pero directo, en caso decida ejecutar el delito a pesar de ya no estar bajo el dominio de la voluntad del hombre de atrás.

Por lo anterior, cuando el ejecutor deja de estar bajo el dominio del hombre de atrás al iniciar la ejecución del delito, y a pesar de ello continua con la ejecución del delito, será entonces el ejecutor el autor del delito que cometa, y el hombre de atrás será cómplice de este delito, dependiendo el tipo de complicidad de la relevancia del aporte que realice para la ejecución del delito.

Así, por ejemplo, si el hombre de atrás le da un veneno al ejecutor para que se lo de a otra persona, pero antes de que el ejecutor le llegue a dar el veneno a la víctima se da cuenta de esto, pero a pesar de ello se lo llega a dar, el ejecutor será autor directo de homicidio calificado, y al haber entregado el veneno el hombre de atrás, facilitó el medio con el que se produjo la muerte de la víctima, por lo que deberá responder como

cómplice primario, al ser en este caso un aporte imprescindible para la comisión del delito en el caso concreto.

En cambio, si tiene el hombre de atrás una participación menor, por ejemplo, vigilando que nadie se acerque para dar aviso al ejecutor que va a matar a su víctima, quien actúa por un error en la identidad de la víctima, si el ejecutor se da cuenta de ello y aún así mata a esta otra persona, el hombre de atrás, conforme con la relevancia de su aporte, sólo responderá como cómplice secundario del homicidio, puesto que al perder su dominio del hecho su único aporte en el delito fue vigilar que nadie se acerque para dar aviso al ejecutor.

De esta manera, entonces, demostramos la hipótesis planteada para este trabajo, pues, como se postulaba, si bien es posible un supuesto de autoría mediata con un ejecutor responsable como autor directo, en casos como estos ya no nos encontramos frente a un supuesto de autoría medita, respondiendo el ejecutor, de igual manera, como autor directo del delito, y generando que el hombre de atrás ya no responda como autor mediato, sino como otra forma de intervención.

Sin embargo, hay casos en los que el hombre de atrás tenía el dominio de la voluntad del ejecutor para cometer un delito, pero el hombre de atrás no lo ayudó de otra manera en la comisión del mismo, por lo que si el ejecutor recupera su libertad de decisión y aún así comete el delito, no habría un aporte por parte del hombre de atrás para responder como cómplice del delito cometido por el ejecutor.

Esta se da, por ejemplo, cuando el hombre de atrás se limitó a engañar al ejecutor sobre la identidad de la víctima que este último quiere matar, por ejemplo, cuando pasa una persona diferente a la que quiere matar pero le hace creer que se trata de su enemigo, y si llega a matar el ejecutor a esta

otra persona voluntariamente habiendo salido previamente del error, no hubo ninguna ayuda del hombre de atrás para que el ejecutor cometa el delito, por lo que no se le podría considerar cómplice del delito cometido. ¿Debería responder en estos casos también el hombre de atrás por el delito cometido?.

Somos de la opinión de que en estos casos no puede responder el hombre de atrás por el delito cometido libremente por el ejecutor, puesto que al no tener el dominio de los hechos, ni ayudar el autor en la comisión del delito, no hay ninguna conexión entre su conducta y el delito cometido, no pudiendo hacer que responda por algo que no ha hecho, puesto que en nuestro sistema rige el “derecho penal de acto” conforme con el artículo VII del Título Preliminar del Código penal.

Sin embargo, con esto no queremos decir que quedará exento de responsabilidad el hombre de atrás en todos estos los casos, ya que en nuestra opinión, al estar analizando los casos en que por lo menos hay ya una tentativa, mientras el intermediario seguía bajo el dominio de la voluntad del hombre de atrás, teniendo por ello el control del desarrollo de los acontecimientos, el ejecutor llegó a poner en peligro el bien jurídico que quería afectar el hombre de atrás, por lo que deberá responder por lo que generó mientras tuvo el dominio de la voluntad del ejecutor, puesto que el controló esos actos.

Esto quiere decir que, si el hombre de atrás se limitó a engañar al ejecutor en la identidad de la víctima que este último quería matar, y al momento de apuntarle a esta persona con su arma de fuego se da cuenta que era otra persona, el hombre de atrás llegó a tener el control de los hechos hasta el momento en que se puso en peligro la vida de la víctima, puesto que este llegó a dar inicio a los actos ejecutivos del delito.

Luego de ello, las acciones están bajo el dominio exclusivo del ejecutor, sin embargo, el hombre de atrás al haber generado la puesta en peligro de la vida de la víctima con los actos de los que tenía control, deberá responder por el peligro generado al bien jurídico vida, por lo que en nuestra opinión deberá responder en todo caso por la tentativa, en este caso inacabada, de homicidio por autoría mediata, esto aunque el ejecutor llegue a matar a la víctima, puesto que el hombre de atrás sólo controló los actos hasta que estos llegaron a amenazar la vida de la víctima.

Si el hombre de atrás pierde el control sobre el intermediario antes de que este inicie la comisión del delito, es decir solo había actos preparatorios, no sería una conducta punible, como ya comentamos anteriormente.

El análisis de este último supuesto no cambia nuestra conclusión sobre la comprobación de la hipótesis, pues, el delito finalmente cometido ya no puede serle imputable al hombre de atrás a título de autor mediato, respondiendo ahora únicamente si sus propios actos llegaron a configurar un delito independiente.



CONCLUSIONES

Luego de haber desarrollado los temas señalados al inicio de este trabajo podemos concluir lo siguiente:

- 1) Cuando interviene más de un sujeto en la comisión de un delito surge como primera discusión, si todos ellos deben ser considerados autores o si debe considerarse sólo a alguno(s) como autor(es) y a los demás como partícipes; siendo importante dar solución a esta interrogante debido a que en función a quienes sean identificados como autores se determinará el delito a imputar y la pena a imponer.
- 2) Surgen así dos sistemas que buscan dar respuesta a este problema, que son: 1) El sistema unitario de autor y 2) El sistema diferenciador de autor. El primero señala que todos deben ser considerados autores debido a que el delito se produce gracias a que todos contribuyeron de alguna manera en éste; mientras que para el segundo, se debe diferenciar entre autores y partícipes, puesto que no todos cometen el delito sino sólo algunos, los que deberán ser considerados autores, mientras que otros simplemente colaboran con éste, quienes serán considerados partícipes.
- 3) Consideramos inadecuado el sistema unitario de autor, debido a que no puede considerarse a todos los intervinientes en el delito como autores, pues esto no es una solución admisible para los delitos especiales o los de propia mano. Así, para los delitos especiales sólo puede ser autor quien tenga la cualificación exigida por el tipo penal; y, en los delitos de propia mano sólo pueden ser autores aquellos que realicen directamente la acción descrita en la misma. Por ello, creemos que la solución más apropiada es la de diferenciar entre autores y partícipes; ésta permite guardar un respeto al principio de legalidad, que, como límite del ius

punendi, exige que las personas puedan identificar claramente qué conductas de las realizadas en la comisión del delito son las que otorgan la autoría del mismo.

- 4) Dentro del sistema diferenciador de autor existen dos variantes. En primer lugar tenemos el concepto extensivo de autor, según el cual se debe recurrir a un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes, siendo considerado autor quien actúe con animus autoris, y partícipe al que actúe. Esta posición no es admisible, debido a que no es posible determinar con certeza si la persona actúa queriendo el delito cometido o si sólo quiso colaborar en éste, generando en realidad que se determine arbitrariamente quién es autor y quiénes partícipes.
- 5) La segunda variante, el concepto restrictivo de autor, señala que sólo el autor comete el delito, mientras que los demás intervinientes (partícipes) también responden, pero debido al principio de accesoriedad. Según este principio, estos responden por una norma que estipula la sanción de los que intervengan de una u otra manera en la tentativa o consumación del delito cometido por el autor, recurriendo a criterios objetivos y a criterios objetivos – subjetivos para distinguir entre ambas formas de intervención. Esta posición nos parece más acertada, debido a que permitiría distinguir de manera cierta entre autores y partícipes; reconociendo la dependencia del partícipe al autor, en la medida en que es el autor, quien realmente comete el delito (el partícipe se limita a colaborar con el mismo).
- 6) En esta línea, partiendo de la premisa que se debe distinguir autores y partícipes, se han postulado distintos criterios a fin de lograr ese objetivo de la manera más clara posible. Entre dichos criterios consideramos como el más acertada el de la teoría del dominio del hecho, que tiene como principal defensor a Roxin, y que establece que es autor aquel que tenga en sus manos la decisión sobre la comisión o no del delito, es decir el dominio del hecho, lo cual lo convierte en figura central del suceso. Para tener este dominio deben cumplirse dos requisitos: 1) El elemento

objetivo (de su acción dependa la realización del hecho) y, 2) El elemento subjetivo (tener conocimiento de su poder de control del hecho y querer hacer uso de éste).

- 7) Roxin señala que el dominio del hecho puede presentarse de tres formas:
 - 1) Dominio de la acción (ejecutar directamente el hecho – autoría directa),
 - 2) Dominio de la voluntad (se sirve la acción de otra persona, sometida a su voluntad, para cometer el delito – autoría mediata), y
 - 3) Codominio funcional del hecho (reparto de funciones en la ejecución hecho que hace que todos tengan una parte del dominio del hecho – coautoría).

- 8) Como señalamos en la autoría mediata, el hombre de atrás domina la voluntad de otra persona para poder servirse de su acción y así cometer el delito, siendo los supuestos tradicionales de esta forma de autoría cuando el hombre de atrás recurre a: 1) la coacción, 2) el error y, 3) inimputables. En estos casos, la doctrina mayoritaria considera que el ejecutor del delito no responde por la comisión del mismo, sino que únicamente responde el autor mediato; puesto que el hombre de atrás domina la voluntad del ejecutor. Ahora bien, lo expuesto sólo puede darse cuando el ejecutor se encuentra en una circunstancia en la que no se le puede imputar el delito, ya que de lo contrario se trataría de una instigación; siendo por ello la responsabilidad o no responsabilidad del ejecutor lo que diferencia a ambas figuras delictivas.

- 9) Un sector de la doctrina señala como excepción a esta regla el supuesto planteado por Roxin de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en los cuales, si bien el ejecutor del delito actúa voluntariamente, el líder de la organización responde como autor mediato del delito cometido por sus subordinados. Esto se explica en el hecho de que el ilícito se produzca por la orden que impartió el líder a estos últimos, lo que lo convierte en la figura central en el suceso. Para otro sector de la doctrina, en estos casos estamos en realidad ante una instigación o una coautoría.

- 10) Frente a estas opiniones, consideramos que es un error admitir una autoría mediata únicamente cuando el ejecutor del delito no es responsable por el mismo. A nuestro parecer, lo que debe de tomarse en cuenta es si el hombre de atrás ostenta o no el dominio de la voluntad del ejecutor; en tanto la capacidad que tenga para dirigir el suceso no es excluyente con el dominio de la acción que pueda tener el ejecutor.
- 11) Si bien no hay duda de que en los casos de coacción (donde el hombre de atrás coloca al ejecutor en una situación de estado de necesidad, dirigiendo así el suceso), error (en los que se aprovecha del desconocimiento del ejecutor sobre su capacidad de producir el delito con su acción) y uso de inimputables (en los que el ejecutor, al no poder comprender las consecuencias de su conducta, colabora con lo que le pide el hombre de atrás), el autor mediato ostenta el dominio de la voluntad del ejecutor; esto no significa que sólo se presenta éste si el ejecutor no responde por el delito; ya que dominar la voluntad no consiste en servirse de una persona como una herramienta, sino del servirse de su acción humana, haciendo que contribuya sin su consentimiento o con un consentimiento viciado en la comisión del delito planeado por el hombre de atrás: es éste último quien dirige el suceso y, por ende, la figura central del mismo (autor). Por ello, consideramos inadecuado utilizar el término “instrumento” para identificar a los ejecutores materiales del delito, pues ello puede llevar a entender que son usados como herramientas e incluso llevarnos a la confusión de que nos encontramos frente a un supuesto de autoría directa; por ello creemos más acertado calificarlos como “ejecutores” o “intermediarios”.
- 12) Conforme con lo anterior, es posible una autoría mediata incluso con un ejecutor responsable, si es que el hombre de atrás logra que este último (aún sin prestar su consentimiento) colabore con su plan delictivo. Como ejemplo del supuesto comentado tenemos el caso del error en la identidad de la víctima, el mismo que

se presenta cuando el intermediario comete el delito contra una persona diferente a la que él quería, debido al error que le produjo el hombre de atrás; en este caso, si se tratara de un homicidio, no hay duda de que el intermediario respondería como autor directo por haber sabido que mataba a un ser humano (aunque sea alguien distinto al que quiso matar); no obstante ello eso no impediría que el hombre de atrás sea considerado autor mediato, ya que gracias al error provocado en el intermediario logró que se cometiera el delito que él quería, es decir la muerte de esa otra persona; el hecho de que éste no diera su consentimiento de colaborar en su plan, haría que el hombre de atrás ostentara el dominio de su voluntad, dirigiendo el suceso hacia el resultado real.

- 13) De esta manera, no es la responsabilidad del ejecutor lo que diferencia a la autoría mediata de la instigación, dependiendo ello si el hombre de atrás tiene o no el dominio del hecho: sí lo tiene, será considerado autor mediato; si no lo tiene, será considerado instigador.
- 14) Respecto del caso de autoría mediata por aparato organizado de poder, consideramos que se trata efectivamente de un supuesto de autoría mediata, pero no en base a un dominio de la voluntad del sujeto, sino por un dominio de la organización basado principalmente en su poder de mando y en el hecho de que se trate de una organización apartada del Derecho (donde pueden ser obligatorias las órdenes de cometer actos ilícitos). Aquí, no puede establecerse una instigación debido a que el líder de la organización no tiene contacto directo con los subordinados; tampoco puede establecerse un supuesto de coautoría, en tanto no existe una relación horizontal, sino de una relación jerárquica que no implica un acuerdo de voluntades, sino simplemente el cumplimiento de una orden.
- 15) Ahora bien, respecto de la forma de calificar la intervención consciente del ejecutor en una autoría mediata (ejemplo: una enfermera se da cuenta que le va a suministrar a un paciente un veneno que el médico quiso hacer pasar como su

medicina para producirle la muerte), si el ejecutor, al recuperar su libertad de decisión, desistiera de continuar con el plan delictivo del autor mediato, no habría duda de que únicamente respondería penalmente el hombre de atrás por la tentativa del delito en autoría mediata (pues llegó a crear un peligro contra un bien jurídico). Este análisis variaría si la víctima es un tercero (supuesto en el que la tentativa se iniciaría cuando el intermediario empieza a realizar actos ejecutivos), o si la víctima es el propio intermediario (supuesto en el que la tentativa se contabilizaría desde que el intermediario tiene a su alcance la fuente de peligro).

16) En el caso en que el ejecutor recuperase su libertad de decisión y continuara colaborando voluntariamente con el plan del hombre de atrás, cometiendo el delito; ya no podría establecerse una autoría mediata, en tanto el hombre de atrás ya no tendría cómo dirigir el suceso, dependiendo únicamente de la decisión del ejecutor sobre la comisión o no del delito; en estos casos consideramos que es el ejecutor quien tiene el dominio del hecho y, por tanto, el que debe ser considerado autor; mientras que el hombre de atrás, al no haberle dado motivos al ejecutor para que por su propia cuenta decida cometer el delito no podrá ser considerado un instigador. Al respecto, debe precisarse que si el hombre de atrás realizara otra contribución en el delito, debería responder en todo caso como cómplice; así por ejemplo, si contribuye de forma indispensable en el delito que finalmente comete el ejecutor por su propia decisión, como facilitar el medio con el que se comete el delito, será cómplice primario, o si realiza otro tipo de aporte, será un cómplice secundario. Comprobando, de esta manera, la hipótesis planteada en el presente trabajo.

17) En el caso en que el hombre de atrás, además de perder el dominio de la voluntad del ejecutor, tampoco haya contribuido en forma alguna en la comisión del delito cometido finalmente por el ejecutor, pero sí lograra dominar temporalmente la voluntad del mismo; de todas formas podría ser responsable penalmente por la tentativa del delito que buscaba cometer por medio de la autoría mediata. Esto

siempre y cuando hubiera llegado a crear un peligro para el bien jurídico que quiso afectar, de lo contrario su conducta habría quedado en actos preparatorios, los cuales por regla general no son punibles.





BIBLIOGRAFÍA

- 1) Autoría, autoría mediata y coautoría, Actualidad Jurídica, N° 137, Gaceta Jurídica, Lima, abril, 2005.
- 2) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Derecho penal: Parte general, ARA Editores, Lima, 2004.
- 3) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. La renovación de la dogmática penal: Análisis y revisión de los conceptos de culpabilidad, dolo, autoría, participación, tipo y error y delitos de omisión, Hammurabi, Buenos Aires, septiembre, 2011.
- 4) BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de derecho penal: Parte general, Ediciones Akal, cuarta edición (Totalmente actualizado y basado en la nueva redacción del código penal, L.O. 10/95), Madrid, 1995.
- 5) BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Miguel. Manual de derecho penal: Parte general, cuarta edición, EDDILI, Lima, 2008.
- 6) BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto y María del Carmen, GARCÍA CANTIZANO, Manual de derecho penal: Parte especial, San Marcos, cuarta edición aumentada y actualizada, Lima, 1998.
- 7) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros. Curso de derecho penal: Parte general, Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004.
- 8) BOLEA BARDÓN, Carolina. Autoria mediata en derecho penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- 9) BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Obras Completas, tomo I, Derecho penal: Parte general, ARA Editores, Lima, 2004.

- 10) CALDERÓN CEREZO, Angel y José Antonio, CHOCLÁN MONTALVO. Derecho penal Tomo I: Parte general, Bosch, Barcelona, 1999.
- 11) CHANG KCOMT, Romy. Función de la pena en el ordenamiento peruano y anotaciones sobre el régimen penitenciario vigente en el Perú, material preparado para el curso Derecho Penal 1 dictado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, semestre 2012 – I.
- 12) Código del niño y adolescentes (ley N° 27337).
- 13) Código penal de Santa Cruz para la confederación Peruano – Boliviana de 1836.
- 14) Código penal de 1863.
- 15) Código penal de 1924.
- 16) Código penal de 1991 (Decreto legislativo N° 635).
- 17) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. La autoría en derecho penal, PPU, Barcelona, 1991.
- 18) DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. Derecho penal español: Parte general - en esquemas, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- 19) Dogmática actual de la autoría y la participación criminal, coordinador SALAZAR SANCHEZ, Nelson, autores varios, Idemsa, Lima, Junio, 2007.
- 20) DONNA, Edgardo Alberto. Derecho penal: Parte general, tomo V, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- 21) Enciclopedia penal básica, director: LUZÓN PEÑA, Diego – Manuel, Granada, 2002.

- 22) EZAINE CHÁVEZ, Amado. El proceso ejecutivo del delito - autoría y participación, Ediciones Jurídicas Lambayecanas, segunda edición, Lima, 1997.
- 23) FRISTER, Helmut. Derecho penal: Parte general, traducción de la cuarta edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, revisión de la traducción de María de las Mercedes Galli, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.
- 24) GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y Ricardo César, ROJAS LEÓN. Derecho penal, parte especial, tomo I, Jurista Editores, Lima, 2012.
- 25) GARCÍA CAVERO, Percy. Derecho Penal: Parte general, segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2012.
- 26) GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de derecho penal: Parte general, Grijley, Lima, 2008.
- 27) GÓMEZ BENITEZ, José Manuel. Teoría jurídica del delito – Derecho penal: Parte general, Civitas S.A., Madrid, 1984.
- 28) JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas, WEIGEND. Tratado de derecho penal: Parte general, traducción de OLMEDO CARDENETE, Miguel, Granada, 2002.
- 29) HERNÁN M. López. La autoría como dominio y la autoría como infracción de deber: perspectivas. En: Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad, Ad-Hoc, Lima – 2011.
- 30) HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. La autoría mediata en derecho penal, Comares, Granada, 1996.
- 31) HRUSCHKA, Joachim. Imputación y derecho penal: Estudios sobre la teoría de la imputación, B de F, Buenos Aires, 2009.

- 32) HUERTA BARRÓN, Rocío y otros. Autoría y participación, RAE Jurisprudencia, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010.
- 33) HURTADO POZO, José. Manual de derecho penal, parte general I, tercera edición, Grijley, Lima, 2005.
- 34) HURTADO POZO, José y Víctor, PRADO SALDARRIAGA. Manual de derecho penal: Parte general, tomo II, Idemsa, cuarta edición, Lima, 2011.
- 35) JAKOBS, Günther. Derecho penal: Parte general – Fundamentos y teoría de la imputación, traducción de CUELLO CONTRERAS, Joaquín y José Luis SERRANO GONZALEZ DE MURILLO, segunda edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- 36) JULIO FIERRO, Guillermo. Teoría de la participación criminal, segunda edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2004.
- 37) LEÓN ALVA, Eduardo. La diferenciación entre actos preparatorios y ejecutivos del delito, Actualidad Jurídica, N° 152, Gaceta Jurídica, Lima, julio, 2006.
- 38) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación, Akal, Madrid, 1996.
- 39) LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Derecho penal: Parte general, tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2004.
- 40) MAYER, Max Ernst. Derecho penal: Parte general, B de F, Buenos Aires, 2007.
- 41) MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: Parte general, cuarta edición corregida y puesta al día con arreglo al código penal de 1995, PPU, Barcelona, 1996.

- 42) MORENO Y BRAVO, Emilio. Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión), Dykinson, Madrid, 1997.
- 43) MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes, GARCÍA ARAN. Derecho penal: Parte general, séptima edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- 44) PARIONA ARANA, Raúl. Autoría mediata por organización, Grijley, Lima, 2009.
- 45) PARIONA ARANA, Raúl. El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana, Gaceta Penal, N° 1, Lima, 2009.
- 46) Parricidio en autoría mediata: Responsabilidad del ejecutor directo por culpa, en: Actualidad Jurídica, Gaceta Jurídica, tomo 134, Lima, enero, 2005.
- 47) PÉREZ ALONSO, Esteban Juan. La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Comares, Granada, 1998.
- 48) Proyecto de Código penal de Manuel Lorenzo de Vidaurre de 1828.
- 49) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Parte general del derecho penal, Aranzadi, Segunda edición, Navarra, 2007.
- 50) REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho penal: Parte general, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- 51) REBOLLO VARGAS, Rafael. Algunas consideraciones sobre autoría y participación...”, en: Revista Peruana de Ciencias Penales, tomo 13, Idemsa, Lima, 2003.

- 52) REINHART MAURACH, Karl/ GÖSSEL, Heinz y Heinz ZIPF. Derecho penal: Parte general, tomo II, Astrea, traducción de la séptima edición alemana por BOFILL GENZSCH, Jorge, Buenos Aires, 1995.
- 53) ROJAS VARGAS, Fidel. Estudios de derecho penal – doctrina y jurisprudencia, Jurista Editores, Lima, 2004.
- 54) ROXIN, Claus. Apuntes sobre la sentencia – Fujimori de la Corte Suprema del Perú, en: La autoría mediata: el caso Fujimori, ARA Editores, Lima, 2010.
- 55) ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, séptima edición, Madrid, 2000.
- 56) ROXIN, Claus. Problemas actuales de dogmática penal, traducción de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., ARA Editores, Lima, 2004.
- 57) ROXIN, Claus. La teoría del delito en la discusión actual, traducción de ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Grijley, Lima, 2013.
- 58) ROXIN, Claus. Sobre la autoría y participación en derecho penal, en: Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho, libro en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1979.
- 59) RUSCONI, Maximiliano. Derecho penal: Parte general, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- 60) SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría, tercera edición actualizada, Universidad Externado de Colombia, Lima, 2007.
- 61) SOTA SÁNCHEZ, André. La coautoría: Un análisis desde la teoría de dominio del hecho, Diálogo con la jurisprudencia, N° 155, Gaceta Jurídica, Año 17, Lima, agosto, 2011.

- 62) STRATENWERTH, Günter. Derecho penal: Parte general, tomo I: El hecho punible, traducción de CANCIO MELIÁ, Manuel y Marcelo A. SANCINETTI, Thomson, Navarra, 2005.
- 63) Tentativa delictiva, Extractos de Jurisprudencia penal, en: Actualidad jurídica, Gaceta jurídica, tomo 138, Lima, mayo, 2005.
- 64) TORRES GONZÁLES, Eduardo. Beneficios penitenciarios. Cómputos de reclusión, revocatorias, conversiones, sustituciones, refundiciones, concurso real retrospectivo y formas de cumplimiento de penas. Idemsa, Lima, 2012.
- 65) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Derecho Penal: Parte General, cuarta edición, completamente reelaborada y puesta al día, Librería Jurídica, COMLIMBROS, Medellín, 2009.
- 66) VILLA STEIN, Javier. Derecho penal – Parte general, tercera edición, aumentada y actualizada, Grijley, Lima, 2008.
- 67) VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho penal: Parte general, Grijley, Lima, Marzo, 2009.
- 68) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal: Parte general, segunda edición, EDIAR, Buenos Aires, 2006.
- 69) ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, Política criminal, Colex, Madrid, 2001.