



344
H96MA
TII

MANUAL DE DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

José Hurtado Pozo

- Introducción
- Ley penal
- Teoría del delito
- Tentativa, participación y concursos

Víctor Prado Saldarriaga

- Consecuencias jurídicas del delito

Tomo II

4ª edición





Primera edición: EDDILL. Lima-1978

MANUAL DE DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
TOMO II

Cuarta Edición: Lima - agosto de 2011.
Derechos reservados conforme a ley

© José Hurtado Pozo

© IDÉMSA

Importadora y Distribuidora
Editorial Moreno S.A.

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102

e-mail: editorialmoreno@yahoo.es
jml_idemsa@hotmail.com

Lima: Jr. Contumazá N° 975 Of. 102
Tel (01) 427-2128
Tel/fax: (01) 427-9760

Arequipa: Calle San José N° 311 Of. 106
Tel/fax: (054) 28-3366

Cusco: Maruri N° 228 Of. 201
Tel/fax: (084) 24-7575

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-09773
ISBN: 978-612-4037-41-2
Registro del Proyecto Editorial N° 31501000900408

Ejemplares: 1000

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier método o forma electrónica, incluyendo el sistema de fotocopia, sin autorización escrita del editor y el autor.

IMPRESO EN PERÚ
PRINTED IN PERU

§ 20 Participación delictiva

I. Introducción. II. Participación y sus formas. III. Participación necesaria. IV. Regulación legal. V. Autoría y participación: criterios diferenciadores. 1. Generalidades. 2. Criterio objetivo. a. Criterio formal objetivo. b. Criterio material objetivo. 3. Criterio subjetivo. 4. Teoría del dominio del hecho. 5. Criterio de la violación de deberes. VI. Autoría. 1. Introducción. 2. Autor incapaz de culpabilidad. VII. Autoría mediata. 1. Introducción. 2. Autoría mediata en virtud de coacción. 3. Autoría mediata en virtud de error. 4. Autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. 5. Error sobre el dominio del hecho. 6. Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza de la infracción. VIII. Coautoría. 1. Introducción. 2. Decisión común de cometer la infracción. 3. Dominio común del hecho. 4. Contribución propia. 5. Condiciones personales. 6. Imputación del hecho punible. 7. Circunstancias particulares. 8. Autoría causal o accesoria. 9. Circunstancias materiales y personales. 10. Jurisprudencia. 11. Tentativa e instigación en la coautoría. IX. Participación stricto sensu. 1. Instigación. a. Evolución legislativa. b. Nociones. c. Medios utilizados por el instigador. d. Intención del instigador. e. Instigación de una o más personas. f. Casos especiales. g. Límites de la responsabilidad del instigador. h. Tentativa y consumación en la instigación. i. Agente provocador. 2. Complicidad. a. Evolución legislativa. b. Diferencia entre coautores y cómplices. c. Hecho punible principal. d. Prestar auxilio o asistencia. e. Causalidad de la complicidad. f. Momento de la intervención del cómplice. g. Tentativa de complicidad. h. Complicidad por omisión. i. Complicidad en delitos especiales. j. Intención del cómplice. k. Represión de la complicidad: cómplice primario y secundario. l. Fijación de la pena para los cómplices. X. Técnica legislativa y distinción entre los partícipes. XI. Actuar en lugar de otro. 1. Introducción. 2. Ámbito de aplicación. 3. Actuación de derecho o de hecho. 4. Realización del tipo legal. 5. Participación en el actuar en lugar de otro.

I. Introducción

En el estudio de la participación delictiva, el problema central es el sujeto, 2204 puesto que se trata de determinar quién ha cometido culpablemente la acción típica e ilícita y, en caso de ser varios los participantes, qué papel ha desempeñado cada uno de éstos. Por razones de técnica legislativa en general, el legislador señala, al redactar los tipos legales, a un individuo como sujeto de las acciones incriminadas. Así, en la mayor parte de las disposiciones de la parte especial del Código, comienzan con la fórmula: "el que...". Por otra parte, aun en los casos en que recurre al plural ("los que"), estima suficiente que una persona realice la acción delictuosa.

En relación con algunos delitos y dada la manera como son definidos, el le- 2205 gislador prevé el concurso de dos o más personas. El delito de matrimonio ilegal o bigamia del art. 140, por ejemplo, consiste en que una persona soltera, a sabiendas, contrae matrimonio con una persona casada. Sin el concurso de ambas personas, el delito no puede ser ejecutado. Otro ejemplo se tiene en la forma tumultuaria como debe ser cometido el delito de motín previsto en el art. 348; aquí el tipo legal supone la participación de varias personas y, por lo tanto, este hecho punible no puede ser la obra de un sólo individuo, a pesar de que el texto de la disposición legal comienza diciendo: "el que". De igual manera, en el art. 68 CJMP, se reprime como delito de rebelión el acto de levantarse en armas de "forma colectiva" por parte del personal militar policial²⁷⁴. Pero fuera de estos casos peculiares, el resto de delitos previstos como ejecutables por una persona individual pueden ser y son, con frecuencia, cometidos por varias personas juntas.

²⁷⁴ Los arts. 70 y 71 del CJMP, que prevén los delitos de sedición y motín, también presuponen la participación de de varios integrantes del personal militar o policial.

- 2206 Las condiciones que caracterizan al autor de un delito, las distintas formas de intervención y la responsabilidad de cada uno de los participantes han sido reguladas en el Capítulo IV del Título II del Libro primero del Código, bajo la denominación: "Autoría y participación". El estudio y la sistematización de los criterios y principios relativos a la participación son denominados, en la dogmática penal, "teoría de la participación delictiva". Sobre esta parte de nuestra disciplina podemos afirmar que "es el capítulo más oscuro y complicado de la ciencia penal"²⁷⁵.

II. Participación y sus formas

- 2207 En el Código derogado, el término "participación" era empleado en el sentido amplio de tomar parte en un acto delictivo. Comprendía pues a la coautoría, pero no a la autoría propiamente dicha que trata de un concurso de personas en la comisión del delito. En el Código vigente, con mejor criterio, se hace referencia expresa a la autoría.
- 2208 En el CP de 1924, se regulaban expresamente cuatro formas de participación: la coautoría (los que tomaran parte en la ejecución), la instigación (los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo), la complicidad primaria (los que coadyuvaran intencionalmente, con auxilio o cooperación, y sin los cuales no habría podido perpetrarse el delito) y la complicidad secundaria (los que de cualquier otro modo, con intención, hubieran prestado asistencia para cometer el hecho punible).
- 2209 Por su parte, siguiendo el modelo alemán y recurriendo a diversas fuentes (p. ej., el CP portugués), el Código actual abandonó el sistema del CP de 1924. Las categorías de autor, coautor y autor mediato ahora son reguladas separadamente de las de cómplice e instigador. Estas dos últimas aún siguen la orientación española, es decir, la del CP de 1924. Así, se continúa diferenciando el cómplice primario del cómplice secundario. En fin, en los diversos proyectos de reforma, las disposiciones correspondientes no siempre han sido redactadas de la misma manera. En el Anteproyecto de CP de 2004, no se proponen cambios sustanciales a la regulación vigente, como tampoco han sido propuestos en el Anteproyecto de CP de 2009.

²⁷⁵ KANTOROWICZ, citado por ROXINI, 2000, p. 1.

III. Participación necesaria

No se trata de participación delictuosa cuando, según el tipo legal, es indispensable la intervención de dos o más personas para que se realice el delito. Por ejemplo, la conspiración supone la participación de varias personas (al menos dos) con la intención de cometer los delitos de rebelión, sedición o motín (art. 349). Cada uno de los conspiradores es autor, por lo que no son de aplicación las reglas de la participación delictuosa. Estos casos son agrupados bajo la denominación de participación necesaria propia.

Por el contrario, se habla de participación necesaria impropia cuando la ley no prevé penar a quien participa en la comisión del delito, a pesar que ésta implica la intervención de otra u otras personas. Así, no hay estafa sin que la víctima haga un acto de disposición de su patrimonio influenciada por el comportamiento fraudulento del agente (art. 196). Lo mismo acontece en el caso de violación sexual de menor de edad (presumido incapaz absoluto de consentir), cuando un menor de 15 años incita al autor a practicarle el acto de orden sexual (art. 173, n. 3). La persona estafada es impune por ser la víctima del delito y el menor no debe ser considerado instigador por que el fin mismo de la disposición legal es el de proteger su libertad sexual. Sin embargo, en ciertos casos el tercero (generalmente beneficiario de la infracción) puede ser reprimido si sobrepasa los límites del tipo legal. Por ejemplo, en el delito de colusión (art. 384), el interesado que se concierta con el funcionario (autor del delito) al suscribir un contrato por el que se defrauda al Estado, el primero puede ser sancionado como cómplice o instigador. A veces, la ley equipara el comportamiento del tercero con el del autor. Es el caso en que existe connivencia entre el acreedor beneficiado con el deudor en el marco de una insolvencia fraudulenta. Según el art. 209, n. 3, el acreedor o la persona que haya actuado en su nombre será reprimido con la misma pena que el deudor fraudulento.

IV. Regulación legal

Existe unanimidad sobre el hecho de que es necesaria y está justificada, desde un punto de vista de política criminal, la represión de todos aquellos que concurren en la comisión de un acto delictuoso, cualquiera que hubiera sido su intervención. Sin embargo, dos sistemas han sido concebidos para imputar la realización del delito a los diversos participantes.

- 2213 En primer lugar, el denominado sistema unitario de autoría (*Einheitstätersystem*), que se basa en una noción amplia del autor (*extensiver Täterbegriff*). Según esta teoría, son autores quienes, de una u otra manera, contribuyen a la realización del comportamiento delictuoso. Lo esencial es que cada una de las intervenciones sea una de las causas del resultado. Si uno de los que intervienen causalmente en el hecho, de manera excepcional, no debe ser considerado como autor, es indispensable entonces que esto sea establecido expresamente. Estas formas de participación causal no calificadas de autoría constituyen sin embargo circunstancias restrictivas de punibilidad (*Strafeinschränkungsgründe*).
- 2214 Esta concepción, fundada en la idea de la causalidad, rechazada casi por unanimidad²⁷⁶, ha sido criticada sobre todo porque no concuerda con la función de garantía de la ley penal, consagrada en el principio de la legalidad. En efecto, este principio no tendría sentido si se considerara como autor a todo aquel que contribuya causalmente a la producción del resultado delictuoso, para practicar sólo más tarde algunas distinciones²⁷⁷. Además, la aceptación del sistema unitario de autoría conduciría a una ampliación desmedida de la función represiva²⁷⁸.
- 2215 Sin embargo, Röder, Geerds y Kienapfel defienden modernamente este sistema²⁷⁹. Además, algunos códigos penales lo consagran, entre ellos el austriaco de 1974 (§ 12), continuando así la orientación ya adoptada por el Código derogado (§ 5) y el Proyecto de 1964²⁸⁰. En Italia, el legislador, abandonando el modelo del Código de Zanardelli de 1889, parte también de un criterio causal y reprime, en principio, con la misma pena a todos los partícipes²⁸¹. En efecto, en el art. 110 de su CP de 1930, dispone que, en caso de que varias personas concurren en la comisión del mismo hecho punible, "cada una de ellas será reprimida con la pena prevista para este delito". La doctrina italiana considera, sin embargo, que la aplicación de este sistema ha dado lugar a una excesiva ampliación de la responsabilidad a título de participación, causa de la tendencia de la jurisprudencia de tomar a la lige-

²⁷⁶ Cf. GARCÍA CAVERO, 2008, p. 554.; ROXIN, 2003, § 25 N° 2, 4; *idem*, 1976, p. 241 ss.; JAKOBS, 1991, 21/25.

²⁷⁷ Cf. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 47 I 1.

²⁷⁸ BOCKELMANN, 1979, p. 164 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 61 II 1.

²⁷⁹ RÖDER, 1957, p. 238; GEERDS, 1965, p. 218; KIENAPFEL, 1984, p. 86.

²⁸⁰ Cf. RÖDER, 1953, p. 56 ss.; RITTLER, 1964, p. 271; LEUKAUF-STEININGER, 1974, p. 115 ss.

²⁸¹ Ver: BETTIOL, 1969, p. 525; ANTOLISEI, 1964, p. 428; LATAGLIATA, 1961, p. 470; PAGLIARO, 2000, p. 534 ss.

ra los requisitos objetivos mínimos de la legítima responsabilidad por colaboración. Esta constatación permite subrayar el carácter anticonstitucional de las normas del Código referentes a la participación, por contradecir las exigencias del principio de legalidad²⁸². No obstante, este mismo criterio ha sido consagrado en el arts. 121-6 y 121-7 del CP francés²⁸³.

El segundo sistema, llamado sistema diferenciador, propone distinguir 2216 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 autores no son todos los que colaboran en el hecho. Se trata, en definitiva, de un concepto restrictivo de autor (*restriktiver Täterbegriff*). Desde esta perspectiva, las definiciones legales de las formas de participación constituyen circunstancias de ampliación de la punibilidad (tipos legales ampliados).

Este sistema constituye la orientación tradicional y preponderante tanto en 2217 la doctrina, como en la legislación. Sus defensores, si bien coinciden en la necesidad y posibilidad de distinguir entre los diferentes partícipes, disienten sin embargo en el criterio que ha de ser utilizado con este fin. La diversidad de teorías elaboradas y la pluralidad de matices que las caracterizan impiden, en la práctica, clasificarlas. Teniendo en consecuencia como base esta sistemática, así como el CP alemán, el legislador peruano estableció dos regulaciones básicas: por un lado, la referente a la autoría (*Täterschaftsystem*) y por otro, la relativa a la participación (*Teilnahmesystem*).

El criterio diferenciador es sin duda alguna el que más conviene para ase- 2218 gar las garantías del derecho penal liberal. El criterio opuesto nunca ha sido sostenido, en nuestro medio, en la doctrina. Por lo tanto, nuestro legislador hizo bien al mantener en el Código dicha orientación. Sin embargo, es deplorable que no haya conseguido superar la deficiencia del CP de 1924. La técnica empleada para practicar tal distinción será enjuiciada en el momento de analizar cada una de las formas de participación y de estudiar la potestad dada al juez para sancionar a ciertos cómplices con la misma pena que al autor, lo que aparentemente significa la admisión del tratamiento único de todos los partícipes y, por consiguiente, la inutilidad de distinguir entre éstos.

²⁸² FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 360.

²⁸³ Ver: MERLE/VITU, T. I, p. 389; BOUZAT/PINATEL, 1975, T. I, p. 751.

2219 Esta concepción concierne sólo los delitos dolosos, puesto que la ley exige que los coautores, autores principales, instigadores y cómplices actúen con dolo. De modo que, en caso de comportamientos culposos, el sistema admitido es el unitario de autoría. Si varios individuos realizan con culpa un comportamiento, reprimido expresamente (p. ej., matar a una persona) cada uno es considerado responsable de la totalidad a título de autor. Teniendo en cuenta la evolución de las condiciones en las cuales se desarrollan las actividades sociales, en particular las que implican importantes riesgos para terceros, y la frecuencia de los comportamientos imprudentes, se discute en el presente si esta es la solución correcta²⁸⁴.

V. Autoría y participación: criterios diferenciadores

1. Generalidades

2220 Dada la adopción de una noción restrictiva de autor, ésta constituye un elemento primario del sistema. Sirve, en efecto, de referencia central respecto al tratamiento de la participación. La condición de autor está muy relacionada con la tipicidad del acto ejecutado²⁸⁵: no hay acto sin autor. De esto se desprende tanto que quien es autor no puede ser partícipe y viceversa, como que no existe participación sin autor (carácter accesorio de la participación).

2221 En el caso de la intervención de varias personas en la comisión del hecho delictivo, resulta fundamental determinar con precisión quién es el autor, con el objeto de calificar, luego, al resto de los que intervinieron como partícipes. Así, por ejemplo, en del marido que convence a su mujer para que aborte y a su amigo enfermero para que practique las maniobras abortivas, quien sigue los consejos de un médico, deberá responderse a las preguntas si ¿sólo el enfermero es el autor? ¿el marido es un instigador? ¿la madre y el marido son coautores? ¿el médico, la madre y el marido son sólo cómplices?

2. Criterio objetivo

2222 Los partidarios de este criterio colocan la línea fronteriza entre autoría (autor individual, coautor y autor mediato) y participación (cómplice e instigador) en el plano objetivo. Distinguen las diferentes personas que inter-

²⁸⁴ SCHMIDHÄUSER, 1975, 14/94; JAKOBS, 1991, 22/12; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 25 N° 15, 32.

²⁸⁵ PEÑA CABRERA, 1995, p. 298.

vienen, determinando si sus contribuciones caen dentro de los alcances del tipo legal así como la importancia de éstas en el engranaje de la cadena causal. Ellos se dividen aún en dos grupos, los que defienden un criterio formal objetivo, y los que sustentan un criterio material objetivo²⁸⁶.

a. Criterio formal objetivo

Es considerado autor quien, por sí mismo, realiza total o parcialmente la acción descrita en el tipo legal. Poco importa el peso causal de su intervención. Los otros implicados que no llegan a intervenir de la misma manera, sólo pueden ser partícipes. La ventaja de este criterio consiste en que permite distinguir quién es autor y quien no lo es. Sin embargo, presenta la grave desventaja de las lagunas a las que da lugar; por ejemplo, no permite considerar la categoría del autor mediato. Así, no podría ser reprimido por hurto quien se apodera de un bien ajeno, haciendo que lo substraiga un tercero, a quien ha engañado diciéndole que el bien le pertenece. Como no ha sustraído él mismo el bien, no ha realizado parcial ni totalmente la acción descrita en el art. 185. Otro ejemplo, en el caso del aborto, antes citado, es que la madre y el marido no podrían jamás ser considerados coautores porque no han ejecutado, ni siquiera en parte, la acción delictuosa. 2223

b. Criterio material objetivo

En lugar de considerar la ejecución total o parcial de la acción descrita en el tipo legal, este criterio tiene en cuenta la peligrosidad del hecho ejecutado concretamente por quien participa, colmándose, de esta manera, las lagunas de la teoría formal objetiva. Así, la calificación de autor mediato está justificada, en el ejemplo del hurto, por la importancia del hecho de utilizar a una persona como instrumento mediante el engaño. Igualmente, en el ejemplo del aborto dado anteriormente, se podría calificar de coautores a la madre y al marido que se ponen de acuerdo sobre el aborto, obtienen la participación del enfermero e intervienen de manera decisiva en la realización de la acción delictuosa. 2224

3. Criterio subjetivo

Partiendo del concepto extensivo de autor (todo aquel que contribuye causalmente a la comisión de la infracción es autor), se recurre luego a un 2225

²⁸⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 385 ss.

criterio subjetivo. La calidad de autoría (autor, coautor, autor mediato) o de participación *stricto sensu* (instigación, complicidad) es determinada por el contenido de la voluntad con que actuó la persona en cuestión²⁸⁷.

2226 Si dicha persona tuvo un *animus auctoris*, será considerada como autor (*lato sensu*), aun cuando hubiera contribuido objetivamente de manera secundaria a la comisión de la infracción. Al contrario, será calificado de partícipe (*stricto sensu*) el que haya actuado con *animus socii*, a pesar de que su contribución hubiera sido importante o de que haya incluso realizado la acción típica.

2227 Este criterio fue aplicado en dos casos alemanes muy conocidos: el de la bañera y el de Staschinsky. En el primero, una mujer embarazada, a luz y convence a su hermana de que mate al recién nacido. La hermana mata al niño ahogándolo en la bañera de la casa. En el segundo, Staschinsky, por orden de Seguridad de Estado de la URSS, mató a dos emigrantes rusos. Las modalidades de los crímenes fueron establecidas en todos los detalles por la Seguridad de Estado soviética. Teniendo en cuenta que tanto la hermana como Staschinsky habían actuado sin querer como acto propio el delito cometido, que ambos se habían sometido a la voluntad de los verdaderos interesados y que ninguno de los dos había actuado por interés (la hermana lo hizo para ayudar a la madre del niño a ocultar su condición de madre soltera y Staschinsky no recibió ninguna recompensa material o política), se consideró que aun cuando habían ejecutado, total y personalmente, la acción típica, había que considerarlos sólo como participantes (en forma de complicidad).

2228 Sin embargo, esta concepción ha sido muy criticada por gran parte de la doctrina y, en el presente, ya no es aplicada por la jurisprudencia alemana. Se niega, primero, la pertinencia de su punto de partida; o sea, el criterio de la equivalencia de las condiciones²⁸⁸; luego, se afirma que los conceptos de *animus auctoris* y *animus socii* no tienen ni realidad psíquica, ni normativa²⁸⁹; por último, se sostiene que mediante la aplicación de tal criterio se hace depender el problema de la participación de consideraciones sobre la graduación de la pena, sin importar de algún modo saber si el agente ha realizado o no una acción típica²⁹⁰, lo que contradice el principio de legalidad²⁹¹.

²⁸⁷ - Concepción, elaborada por Kostlin y llevada a la práctica por von Buri, Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, 1989, § 47 II B 1a.

²⁸⁸ - GIMBERNAT, 1966, p. 45 ss.

²⁸⁹ - BOCKELMANN, 1979, p. 167.

²⁹⁰ - PEÑA CABRERA, 1995, p. 301.

²⁹¹ - JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 61 IV 2.

Según lo dispuesto en el art. 23 (semejante al § 25 I del CP alemán), esta 2229
 concepción resulta inaplicable. En efecto, se define como autor al que "realiza por sí o por medio de otro el hecho punible" y a los "que lo cometan conjuntamente". No depende pues de la voluntad con la que actúe el agente el hecho de saber si su participación constituye un caso de autoría o de participación. Por ejemplo, si el agente no reúne las condiciones particulares previstas por el tipo legal respecto al autor (delitos especiales), no será autor a pesar de que haya realizado la acción típica (abuso de autoridad, art. 376) con la voluntad de comportarse como tal.

Con el fin de atenuar la vaguedad del criterio subjetivo y de evitar esta clase 2230
 de críticas, quienes sostienen esta concepción han buscado elementos que sirvan para concretar el contenido de la voluntad del agente. Así, se ha recurrido con frecuencia al criterio del interés, en virtud del cual el saber si alguien actúa con *animus auctoris*, queriendo el acto como propio, depende de la intensidad de su interés en la producción del resultado²⁹². Baumann, por su parte, señala como otro indicio del contenido de la voluntad del agente, su tendencia a dominar el desarrollo del acto. Según este autor, quien desea dominar el "sí" y el "cómo" de la acción delictuosa, sobrepasa la simple fase que consiste en querer apoyar su comisión, y no podrá reconocérsele, a pesar de su eventual o aparente desinterés en el resultado, como un mero participante secundario²⁹³. También, se ha afirmado que el partícipe "somete" su voluntad a la del autor (agente principal), de quien depende que se consuma o no la infracción, de modo que el *animus socii* consistiría en "remitir al criterio del autor" la fase decisiva de la acción delictuosa²⁹⁴. Finalmente, estos intentos de limitar el criterio subjetivo no han desembocado en resultados satisfactorios y, por lo tanto, no han logrado la aceptación general.

4. Teoría del dominio del hecho

Esta teoría tiene como punto de partida, por un lado, la admisión del con- 2231
 cepto restrictivo de autor propio de la teoría formal objetiva y de la conexión implícita con el tipo legal y, por otro, la constatación de la ineficacia

²⁹² La jurisprudencia alemana ha llegado a negar la calidad de autor y a considerar como cómplice a quien con una pistola víctima a dos personas, por mandato de altas instancias gubernamentales extranjeras, debido a que "no lo quiso como propio [...] a que no tenía ningún interés en su comisión..." Bundesgerichtshof 18, 87 (caso Staschynskil). De la misma manera, se consideró como cómplice a la hermana de una mujer que mató al hijo recién nacido de ésta y se condenó a la madre como autora; Bundesgerichtshof 78, 84 (caso Bade-Wandlungen), p. 18.

²⁹³ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 29 N. 44 ss.

²⁹⁴ BUSCH, 1949, p. 18.

de recurrir, de manera unilateral, sea al criterio objetivo, sea al subjetivo. Su meta consiste en establecer el "dominio del hecho", propuesto en un principio por Welzel, como "principio material común a todas las formas de autoría dolosa". 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. Según Roxin, principal exponente de esta concepción, es autor respecto a una pluralidad de personas, quien, por el papel decisivo que representa, aparece como la figura "clave o central" del suceso²⁹⁵. Se trata de una síntesis de factores objetivos y subjetivos. Como lo explica Maurach²⁹⁶, por dominio del hecho debe entenderse el tener en las manos, de forma dolosa, el curso del suceso típico. También afirma que este requisito, a pesar de basarse asimismo en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple "voluntad del dominio del hecho", sino el "voluntario moldeado del hecho". Así, la comisión del delito depende del control que tenga el agente sobre el desarrollo de la acción y de su consumación.

2232 En algunas decisiones de la Corte Suprema, se recurre, aunque de manera un poco confusa, a este criterio, al que se le denomina "la moderna teoría del dominio del hecho". Así, en una de ellas se admite que el procesado es autor del robo agravado que se le imputa porque "ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, teniendo a la vez la posibilidad de evitar el resultado"²⁹⁷. También ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional, siguiendo de cerca criterios expuestos por Welzel y sus seguidores²⁹⁸.

2233 Este criterio, sin embargo, ha sido criticado por la vaguedad del significado de la expresión "dominio del hecho" y por considerársele como inaplicable al autor mediato y a la participación (*stricto sensu*). En el primer caso, no puede admitirse su existencia dada la independencia con que actúa el ejecutor directo y, en el segundo caso, puede sin embargo admitirse algunas veces porque, según las circunstancias, el que es calificado de cómplice, por ejemplo, tiene la posibilidad de evitar o de interrumpir la comisión del hecho punible²⁹⁹. Según

²⁹⁵ Cfr. ROXIN, 2003, § 25, N° 27 ss.; idem, 2000, p. 335 ss.; idem, en LK, 1993, § 25 N° 7 ss.

²⁹⁶ MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 47 III C.

²⁹⁷ ES del 02 de octubre de 1997, RN N° 4354-97 Callao, en ROJAS, 1999, p. 159.

²⁹⁸ Cfr. STC del 29 de abril de 2005, Exp. N° 1805-2005-HC/TC Lima, FJ. N° 34 ss. Cfr. GUILLERMO BRINGAS, 2008, 223 ss., 243 ss.

²⁹⁹ Ver: BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 29 N. 61 ss; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem §§ 25 N° 64 ss.

Gimbernat³⁰⁰, quien analiza esta doctrina en la perspectiva de la legislación española, parecida a la nuestra, el concepto de dominio del hecho "no constituye un aporte decisivo, ya que se encuentra ante la misma disyuntiva que agobia al intérprete español cuando trata de diferenciar entre cooperador necesario (cómplice primario) y mero cómplice (cómplice secundario)"³⁰¹.

A pesar de estas objeciones, debe admitirse que el dominio del hecho es 2234 el criterio que, no obstante sus deficiencias, permite definir mejor al autor del acto y distinguir los casos de participación. No es un criterio clave para resolver, clara y definitivamente, todos los problemas relativos a la intervención delictiva, pero constituye un esfuerzo meritorio para superar las deficiencias de los criterios subjetivo y objetivo³⁰². Aun cuando hay que reconocer, como lo hace el mismo Roxin, que sólo en apariencia existe unanimidad entre los defensores del "dominio del hecho", en cuanto se refiere al contenido de esta expresión. Esta concepción se ha impuesto tanto en la jurisprudencia y en la doctrina alemanas, como en las de los países influenciados por la dogmática germana³⁰³.

Según la sistemática elaborada por Roxin³⁰⁴, la concepción del dominio 2235 del hecho puede manifestarse de tres maneras distintas: primera, el dominio de la acción en relación con el autor individual (*Handlungsherrschaft*); segunda, el dominio de la voluntad con respecto al autor mediato (*Willensherrschaft*); tercera, el dominio de la acción funcional respecto a los coautores (*Funktionale Handlungsherrschaft*).

5x Criterio de la violación de deberes

Considerando los delitos especiales, en oposición a los delitos comunes³⁰⁵, 2236 se ha planteado recurrir al hecho de la violación de un deber para deter-

³⁰⁰ GIMBERNAT, 1966, p. 135 ss.

³⁰¹ Cfr. infra N° 2356, ss.

³⁰² Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 61 V 1 ss. En su bien informado libro *Täterschaft und Tatherrschaft*, Roxin defiende un criterio personal sobre el "dominio del hecho".

³⁰³ En el Perú, la doctrina del dominio del hecho constituye el criterio aceptado por la jurisprudencia para diferenciar a los autores de los partícipes. Así, puede verse, entre otras, la ES del 09 de junio de 2004, RN N° 253-2004, Ucayali, la ES del 16 de junio de 2004, RN N° 299-2004, Santa y la ES del 27 de septiembre de 2004, RNN° 23-2004, Lambayeque. Cfr. CARO JOHN, 2007, p. 69 ss.

³⁰⁴ ROXIN, 2003, § 25 N° 28 ss.

³⁰⁵ Cfr. *supra* N° 1130.

minar quien debe ser tenido como autor³⁰⁶. Respecto a los segundos, se recuerda que, en principio, toda infracción supone la violación de un deber. Se trata de comportamientos contrarios a los deberes generales que corresponden a toda persona, entre los cuales, el más general y primario es el de no perjudicar los bienes de terceros. Al violarlos, el agente actúa de manera contraria a la que le impone el ejercicio de su "competencia personal de organización". Estos casos corresponden a los delitos en que la calificación de autor es determinada según el criterio del dominio del hecho.

2237 En cuanto a las infracciones especiales, mejor llamadas "infracciones de deber", se sostiene que sólo puede ser calificado de autor quien reúna la cualidad exigida por el tipo legal respectivo y quienes se encuentren ligados —con anterioridad al hecho delictivo— a instituciones fundamentales para la existencia misma de la sociedad, como son "la relación paterno-filial y sus sustitutos, el matrimonio, la confianza especial, así como las relaciones estatales de poder, la función policial de velar por la seguridad básica y, por último, el velar por la sujeción a la ley de la Administración y de la Administración de justicia, como principio básico del Estado de Derecho"³⁰⁷. Teniendo en cuenta esta circunstancia determinante, se afirma que la cualidad de autor no depende —en estos delitos³⁰⁸— del hecho de si el agente tiene o no el dominio fáctico de la realización del comportamiento típico. El factor decisivo sería, más bien, el incumplimiento del deber específico que tiene el sujeto activo por el papel particular que desempeña. El mismo que le es atribuido por las instituciones que se instauran en la sociedad para garantizar su funcionamiento. Así, el aspecto decisivo es la relación institucional entre el titular del deber especial y los bienes de terceros (deberes en función de la competencia institucional). De modo que si un funcionario público, en tanto *intraneus*, utiliza un tercero (*extraneus*) para, abusando de sus atribuciones, causar un perjuicio arbitrario a una persona, será autor del delito previsto en el art. 376 (abuso de autoridad). Poco importa, en este caso, que no haya tenido en realidad el dominio del hecho³⁰⁹. Este criterio va más allá de la determinación de quien debe ser

³⁰⁶ Cfr. CARO JOHN, 2003, p. 49 ss.; GUILLERMO BRINGAS, 2008, 232 ss.; REAÑO PESCHIERA, 2005, p. 193 ss.

³⁰⁷ JAKOBS, 1995, p. 994; cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 388 ss.

³⁰⁸ Criterio desarrollado, conforme a su concepción normativista, por JAKOBS, 1991, 1/7, 7/56 ss., 7/70 ss., 21/115 ss., 28/13 ss., 29/29 ss., 29/57. Cfr. DERKSEN, 1993, p. 163 ss., 170 ss.; LESCH, 1992, p. 263 ss.

³⁰⁹ LESCH, 1992, p. 264; SÁNCHEZ-VERA, 1998, p. 168.

considerado autor, en la medida en que la lesión del deber es considerada como el fundamento de la imputación penal³¹⁰.

VI. Autoría

1. Introducción

En el Código, la noción de autor es parte del subsistema de la autoría que, junto con el de la participación en sentido estricto, forman el sistema general de la participación delictiva. La autoría no constituye una manera de ejecución colectiva del delito, sino el punto de referencia de las demás formas de participación³¹¹.

El art. 23 establece: "El que realiza por sí [...] el hecho punible [...] será reprimido con la pena establecida para esta infracción". El mismo criterio ha sido consagrado en el art. 23 del Anteproyecto de CP de 2009. El art. 16, inc. 1 CJMP contiene una fórmula parecida. Según esta disposición es autor el militar o policía "que realiza la conducta punible de función por sí mismo..."³¹².

Según el art. 23, es autor el que ejecuta personal y materialmente el delito³¹³; o sea, el que tiene el dominio de la acción. Poco importa que actúe solo o cuente con la intervención de terceros. Así, también puede comprenderse en esta noción cierta forma de participación, por ejemplo el caso de quien comete, en calidad de instrumento del autor mediato, directamente el delito. La noción también comprende al *Nebentäter* (autor accesorio), quien realiza el delito, sin saberlo, conjuntamente con otra persona: por ejemplo, sin ponerse de acuerdo y cada uno por su lado, dos individuos disparan contra la víctima causándole la muerte.

³¹⁰ JAKORS, 1993, p. 2; LESCH, 1992, p. 264.

³¹¹ BOCKELMANN, 1979, p. 165, sostiene que el lugar en el cual debería ser estudiada la autoría, de acuerdo con la realidad, es el final de la teoría de la antijuricidad y de la culpabilidad, pero concluye diciendo de que no sería conveniente separar su estudio del análisis de la participación; Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 739 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 383 ss.

³¹² El CP de 1924, art. 12, N° 1, decía: "son autores: los que perpetran el hecho criminal". El empleo del plural (los que...) en esta frase hace pensar que el legislador trató de regular así la coautoría (una forma de participación *lato sensu*).

³¹³ Cfr. SAMSON, 1972, § 25 N° 19; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 25 N° 2 ss..

2. Autor incapaz de culpabilidad

- 2241 La existencia de un autor es el presupuesto indispensable para la existencia de la participación (*stricto sensu*). Es imposible imaginar ésta última sin la presencia de un autor³¹⁴. Respecto a este problema, un sector de la doctrina se ha referido a una autoría limitada, es decir, la de los incapaces de culpabilidad, que realizan una acción típica y antijurídica. Según ellos, la ley debe considerar a éstos como autores para poder castigar ciertas formas de participación³¹⁵. Esta opinión es debida al hecho de que dichos autores consideran que el autor no necesariamente debe cumplir con todos los elementos del delito: donde la ley penal dice "hecho punible"³¹⁶, ellos leen "injusto penal".

VII. Autoría mediata

1. Introducción

- 2242 El CP de 1924 no contenía disposición general expresa sobre esta forma de autoría. A lo más, se puede pensar que había previsto, en forma implícita, un caso singular en el art. 86. Según esta disposición, en caso de obrar por orden obligatoria de la autoridad competente (art. 85, inc. 5), "la represión del delito podrá ser aplicada al que por su orden hubiere determinado a otro a obrar".
- 2243 Al contrario, el art. 23 define al autor mediato diciendo: "el que realiza [...] por medio de otro el hecho punible...". Esta definición se encuentra también recogida en el art. 23 del Anteproyecto de CP de 2009.
- 2244 En el CJMP, se estatuye que es autor el militar o policía "que realiza la conducta punible de función [...] por medio de otro..." (art. 16, inc. 1). La misma definición se preveía en el art. 14 CJM.
- 2245 El autor mediato aprovecha o utiliza la actuación de un tercero para alcanzar su fin delictivo³¹⁷. El agente (autor mediato) realiza el tipo legal

³¹⁴ Esta relación de dependencia es llamada "accesoriedad de la participación". Cfr. *infra* N° 2298 ss.

³¹⁵ Cfr. BOCKELMANN, 1979, p. 169.

³¹⁶ "Straftat", § 25, N° 1, CP alemán.

³¹⁷ ROXIN, 2003 § 25 N° 45 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 396 ss.

serviéndose, consciente y voluntariamente³¹⁸, del "autor directo de la acción típica", quien debe tener la capacidad de cometer acciones. No es un partícipe (en el sentido técnico), pero tampoco puede ser calificado de mero "instrumento". Esta expresión, sin embargo muy utilizada, resulta poco apropiada por dos razones: primera, puede inducir a creer que también hay que considerar los casos en que el agente utiliza como cosa a una persona (p. ej., con la intención de romper el vidrio de un escaparate, el agente empuja violenta y sorpresivamente a la persona que va junto a él), y segunda, hace pensar que sólo se da la autoría mediata cuando el intermediario es un incapaz o alguien privado de toda voluntad. Por todo esto, es preferible hablar simplemente de intermediario material³¹⁹. Este intermediario, en razón a una serie de circunstancias particulares, se encuentra en una situación de inferioridad respecto al autor mediato.

El autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir *de facto* 2246 el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito. Es, en consecuencia, respecto a él que hay que determinar si el tipo legal objetivo ha sido realizado, pues, él es el autor. Así mismo, hay que constatar si ha actuado con dolo y si reúne los elementos particulares específicos de la legislación legal pertinente (p. ej., en el hurto, el propósito de obtener un provecho ilícito o en el caso de los delitos especiales, la calidad exigida por el tipo respectivo). Por esto es necesario delimitar el ámbito en que se ha desarrollado la acción delictuosa y considerar las circunstancias que permitan admitir la existencia de dicho dominio.

2. Autoría mediata en virtud de coacción

Si el autor mediato coacciona al intermediario, éste debe actuar por lo me- 2247
nos con voluntad limitada³²⁰. Por ejemplo, a fin de ganar el campeonato, un tenista ordena a su preparador físico, bajo amenaza cierta e inminente de matarlo, de lesionar a uno de sus rivales. El tenista es, en este caso, autor mediato de lesiones; el preparador físico no es responsable si ha actuado en estado de necesidad exculpatorio. De no ser éste el caso, se trataría de un caso de instigación. Además, si el intermediario se viera del todo privado de su voluntad, por ejemplo mediante fuerza física irresistible o incurso en

³¹⁸ ES del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 168.

³¹⁹ Lo propone explícitamente BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 29 N. 114 ss. PEÑA CABRERA, 1995, p. 306 ss.

³²⁰ ROXIN, 2003 § 25 N° 47 ss.

alguna otra causa de ausencia de acción, no sería posible la autoría mediata, puesto que quien recurre a este medio es en efecto autor directo³²¹, ya que tiene en sus manos un verdadero instrumento y no un intermediario material.

- 2248 Mientras se aceptó el carácter accesorio restringido en la participación (*stricto sensu*), la producción de una acción prohibida mediante un irresponsable³²² (enfermo mental, niño, etc.) fue considerada sin discusión como un caso de autoría mediata³²³. Este punto de vista es aún aceptado, por ejemplo, si el agente provoca la incapacidad del intermediario o aprovecha que se encuentre en dicho estado (embriagar o drogar a una persona para hacerle cometer un delito). Al contrario, se admite, hoy en día, con relativa frecuencia, que se trata de instigación, por ejemplo, cuando el intermediario (niño o incapaz) comprende la significación del acto que el agente le pide que cometa. Esta opinión se fundamenta sobre todo en la admisión de la noción de "accesoriedad limitada" de la participación³²⁴.

3. Autoría mediata en virtud de error

- 2249 Si el agente induce en error al intermediario material sobre el aspecto objetivo del tipo legal³²⁵, este último actuará entonces sin dolo. El autor mediato logra así que se ejecute el acto previsto en el tipo legal previsto. Dada la falta de consciencia del intermediario respecto a la ejecución del delito, el autor mediato controla totalmente el desarrollo del hecho. Según las circunstancias, el intermediario podrá sin embargo ser responsable a título de culpa. Un ejemplo, bastante citado por la doctrina, es el del médico que con dolo induce a error a la enfermera, entregándole en lugar del medicamento una dosis de veneno. El enfermo ingiere dicho veneno que le causa la muerte. En este caso, el médico es responsable del homicidio doloso y la enfermera puede serlo de homicidio culposo, si incurrió en imprevisión culpable³²⁶.

³²¹ Cfr. NUÑEZ, 1974, p. 286. Sostiene un criterio distinto, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 219.

³²² Según el DL N° 22095, art. 55-A, inc. 6, modificado por el DLeg N° 122, constituye un hecho agravante del tráfico ilícito de drogas, la utilización de un inimputable para su comisión.

³²³ ROXIN, 2000, p. 259 ss.

³²⁴ Cfr. *infra* N° 2298 Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 62 II 4; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 354 ss.

³²⁵ ROXIN, 2003 § 25 N° 63 ss.

³²⁶ En el caso del error de tipo vencible, no hay que olvidar que el art. 14 prevé la imposición de una pena, a título de culpa, siempre y cuando la ley reprima expresamente la modalidad imprudente del delito cometido.

El error puede ser un error *in persona*³²⁷. Por ejemplo, Juana, sabiendo que Pedro se propone matar a Isabel, logra sustituir a ésta por Rosa. Pedro, a causa de la oscuridad del lugar, no reconoce a Rosa y le causa la muerte creyendo que se trata de Isabel. En este caso, no se puede admitir la autoría mediata porque Pedro tiene el dominio del hecho, del mismo modo que Juana y, además, Pedro no se encuentra en una relación de inferioridad o sometimiento respecto a ésta. Ambos deben pues ser tratados como autores accesorios (*Nebentäter*). Según las circunstancias, también podría tratarse de un caso de instigación, si el agente (Juana) hubiera provocado el error e inducido al autor material (Pedro) a que realice el delito. 2250

Los casos referidos a los tipos legales que prevén un elemento subjetivo particular, o ciertas formas agravadas, son muy discutidos. En los primeros, el intermediario no tiene, por ejemplo, el afán de obtener un provecho ilícito necesario para cometer el hurto querido por el autor mediato. La sustracción del bien mueble practicada por el intermediario para entregárselo luego al agente se encuentra bajo el dominio de ambos, lo que dificulta la admisión de la autoría mediata. Pero tampoco es posible concebir la participación, por no existir un acto principal: el intermediario no comete hurto alguno, ya que carece del propósito específico de aprovecharse del bien sustraído. 2251

En las formas agravadas, por ejemplo, en los delitos especiales, el intermediario no goza de la calidad específica prevista en el tipo legal que se refiere al autor de la infracción. Así, cuando el abogado que, consciente y voluntariamente, deja que su secretaria revele el secreto de uno de sus clientes. La dificultad para admitir la autoría mediata en este caso reside en la circunstancia de que el abogado no ejerce una influencia material importante y, por lo tanto, carece de dominio sobre el hecho. Una de las explicaciones más convincentes para evitar esta dificultad es la que consiste en afirmar que el dominio del hecho es superfluo en el caso de delitos que suponen la infracción de un deber no penal (p. ej., será calificado de autor quien viola dicho deber³²⁸). 2252

El error también puede concernir al carácter ilícito del acto³²⁹. En este caso, el intermediario material actúa bajo la influencia de un error de prohibi- 2253

³²⁷ ROXIN, 2003, § 25 N° 102 ss.

³²⁸ ROXIN, 2000, p. 360.

³²⁹ ROXIN, 2003 § 25 N° 76 ss.

ción inevitable que excluye la culpabilidad. El agente, por su parte, puede inducir intencionalmente al intermediario a equivocarse sobre el carácter ilícito del acto o aprovechar que éste se encuentra ya en este error. Por ejemplo, el agente consigue que un guardia detenga a alguien haciéndole creer que se trata de un delincuente. Así logra, mediante la actuación del policía engañado, realizar un delito contra la libertad individual (art. 152). Al contrario, la autoría mediata no se da si el intermediario puede evitar el error de prohibición, ya que éste actúa entonces de manera culpable, aunque disminuida, y quien lo determina a actuar no tiene pleno dominio del hecho³³⁰, siendo por tanto un inductor.

2254 Un caso particular de autoría mediata, por falta de culpabilidad del intermediario material, es el que se presenta cuando éste comete una infracción obedeciendo una "orden obligatoria de la autoridad competente, expedida en el ejercicio de sus funciones". La no punibilidad estatuida por el art. 20, inc. 9, tiene su fundamento en el error inevitable del inferior jerárquico sobre el carácter ilícito de su acto³³¹. El que mediante su orden determina a otra persona a obrar merece ser reprimido y debe serlo a título de autor mediato, pero nunca a título de instigador por no concurrir los elementos de la instigación³³². Este caso singular debe ser claramente distinguido de aquellos en que el aparato del Estado es utilizado para delinquir. Así, por ejemplo, los casos de abuso de autoridad, tortura y desapariciones cometidos por miembros del aparato estatal para combatir la criminalidad organizada, el tráfico de drogas o el terrorismo. El que secuestra y mata a una persona sospechosa de pertenecer a una organización terrorista, conforme a las directivas y a las órdenes recibidas de sus superiores, actúa de manera autónoma y voluntariamente. Así el superior (hombre de atrás, *Hintermann*) no tiene el dominio del hecho requerido por la autoría mediata.

4. Autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder

2255 En el marco de sus estudios sobre las formas de intervención delictiva, buscando superar las dificultades prácticas ligadas a la represión de com-

³³⁰ Cfr. PEÑA CABRERA, 1995, p. 312.

³³¹ El art. 19, inc. 8, CJMP declara exento de responsabilidad criminal al "que se resiste a cumplir una orden impartida por autoridad o superior jerárquico competente, que fuese manifiestamente inconstitucional o ilegal, o sea contraria a los usos de la guerra".

³³² Cfr. *infra* N° 2313 ss.

portamientos delictuosos cometidos bajo el régimen nazi (el caso de Adolf Eichmann) o comunista (el caso del agente Staschynski), Claus Roxin³³³ desarrolló una propuesta teórica en virtud de la cual pretendió justificar la punición de los altos funcionarios que habían organizado o dirigido a los autores materiales de los delitos cometidos en tales regímenes. Según este criterio, dichos dirigentes serían autores mediatos de los crímenes cometidos por los autores materiales, y el fundamento de tal condición radicaría en el dominio del hecho que los primeros ejercen sobre un aparato organizado de poder del cual, los segundos, serían tan sólo ejecutores intercambiables o "fungibles" del mismo.

Estos aparatos organizados de poder pueden desarrollarse a nivel estatal, 2256 como en los casos de los regímenes autoritarios citados, o en estructuras similares, como lo son la criminalidad organizada y la delincuencia terrorista³³⁴. Conforme sostiene este sector de la doctrina, el autor material sólo representa un engranaje más de la estructura de poder, pudiendo ser manipulada su intervención por sus superiores en razón del dominio que ejercen sobre dicha organización. Este autor sostiene que "estas organizaciones despliegan una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona individualmente, sin que importe la persona individual del ejecutor [...] (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás, que se sienta a los mandos de la estructura organizativa, aprieta el botón dando la orden de matar, y puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor"³³⁵. En atención al hecho que el autor material puede ser reemplazado por otro y al dominio que ostenta el superior jerárquico por sobre la organización, las formas tradicionales de instrumentalización —el error y la coacción— no son aplicables a estos casos, fundamentándose la autoría, antes bien, en el dominio ejercido por el superior sobre el aparato organizado de poder³³⁶.

En la doctrina, se ha discutido acerca de los elementos estructurales de 2257 esta forma de dominio del hecho, llegándose, incluso, a negarle autonomía en el seno de la autoría mediata, sosteniendo que la solución de estos casos se encuentra en la coautoría³³⁷, inducción³³⁸ o complicidad prima-

³³³ MONTAÑA VIVANCO, 2009, p. 66 ss.; ROXIN, 2000, p. 269 ss.

³³⁴ ROXIN, 2000, p. 278.

³³⁵ ROXIN, 2000, p. 272.

³³⁶ HURTADO POZO, 2008, p. 356.

³³⁷ JAKOBS, 1997, p. 763; JESCHECK/WEIGEND, 2003, p. 611.

³³⁸ GIMBERNAT, 1966, p. 181.

ría³³⁹. Roxin, defendiendo su teoría como forma independiente de autoría mediata, sostiene que ésta se fundamenta en la preexistencia de una organización que despliega sus actividades al margen del ordenamiento jurídico. Siendo, pues, el factor decisivo para fundamentar el dominio del hecho, la fungibilidad del ejecutor. El autor material sería "al mismo tiempo un engranaje -sustituible en cualquier momento- en la maquinaria de poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de atrás, junto con él, al centro del acontecer"³⁴⁰.

2258 En América Latina, esta teoría fue aplicada por primera vez en Argentina, en las sentencias emitidas por los tribunales que tuvieron a su cargo tanto el enjuiciamiento y sentencia condenatoria (del 9 de diciembre de 1985) como la revisión de ésta (fallo en mayoría del 30 de diciembre de 1986), de los integrantes de las Juntas Militares de Gobierno que ejercieron el mando político de dicho país, durante los años 1976 a 1983. Los magistrados de las dos instancias llegaron a la conclusión que los mandos militares actuaron en calidad de autores mediatos en virtud de esta forma de dominio del hecho: el dominio de la organización³⁴¹.

2259 Por su parte, el Tribunal Federal Alemán, mediante sentencia del 23 de julio de 1994, condenó como homicidas a los soldados vigilantes de las fronteras de la República Democrática Alemana, quienes tenían la orden de disparar contra las personas que querían huir hacia la República Federal a través del Muro de Berlín. Así mismo, condenó como autores mediatos, en virtud de la teoría de los aparatos organizados de poder, a los miembros del Consejo Nacional de Defensa, por haber sido ellos quienes dieron las órdenes de disparar³⁴².

2260 En el Perú, se ha aplicado también esta teoría en la sentencia condenatoria emitida contra los miembros del Comité Central de Sendero Luminoso. Los jueces condenaron al dirigente máximo de este movimiento subversivo como autor mediato en virtud del dominio organizativo, por la matanza de pobladores de la localidad de Lucanamarca³⁴³. Afirmaron que "el acusado desde la cúspide del aparato dominaba todos los aparatos de la organiza-

³³⁹ HERNÁNDEZ, 1996, p. 274.

³⁴⁰ ROXIN, 2000, p. 273.

³⁴¹ LASCANO, 2001, p. 351.

³⁴² AMBOS, 2005, p. 237.

³⁴³ Sentencia de la Sala Penal Nacional del 13 de octubre de 2006, Exp. N° 560-03 (R.J. 14, p. 172), confirmada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, mediante ES del 27 de noviembre de 2007, RN 5385-2006. Cfr. PARRONA, 2009, p. 59 ss.

ción, los que recibían las directivas o consignas para ejecutar acciones armadas a través de las llamadas retransmisiones por parte de los dirigentes del Comité Central o de enlaces que bajaban a los diversos comités (...). En consecuencia, a juicio del Colegiado, dado el nivel que ostentaba en el Partido Comunista del Perú - Sendero Luminoso, y toda su participación en el proceso de aprobación de los planes de acciones armadas, órdenes concretas y sistemas de control de toda la organización, resulta ser el máximo y principal responsable de todos los hechos declarados probados en esta sentencia, siéndole atribuible su intervención en calidad de autor mediato por dominio de la organización de los delitos de terrorismo agravado... y asesinato”.

De manera similar se fundamentó la sentencia condenatoria de los miembros del destacamento “Colina” y de los mandos militares que promovieron y apoyaron sus operaciones paramilitares, en el conocido caso La Cantuta³⁴⁴ y en el caso llamado Barrios Altos³⁴⁵. Así mismo es de remarcar que esta teoría fue aplicada en la sentencia³⁴⁶ por la que se condenó al ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori por los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE. En la sentencia de primera instancia, los jueces consideraron al acusado autor mediato por organización, y afirmaron que desde “su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y formulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado abusando de su posición de mando y pervirtiendo el uso legítimo de su poder, fue configurando desde 1990, conjuntamente con su asesor Vladimiro Montesinos Torres y con el apoyo directo del general EP Hermoza Ríos, quien ocupó los más altos cargos en la jerarquía castrense, un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas del SINA, las mismas que fueron cooptadas en sus niveles más altos de comando (...). En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy

³⁴⁴ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima del 08 de abril de 2008, Exp. N° 03-2003-1°SPE/CSJLI.

³⁴⁵ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Lima del 1 de octubre de 2010, Exp. N° 28-2001-1°SPE/CSJLI.

³⁴⁶ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del 7 de abril de 2009, Exp. N° A.V. 19-2001; confirmada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, ES del 30 de diciembre de 2009, Exp. N° 19-2001-09-A.V. Cfr. MARRI, 2009, p. 603 ss.

diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia, estratégica u operativa (...). Por tanto, los delitos de asesinato y lesiones graves ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta fueron acciones ejecutivas de tales objetivos, estrategia y patrón táctico de operaciones especiales de inteligencia contra la subversión terrorista, de notoria ilegalidad y clandestinidad que no son avalables por el ordenamiento jurídico nacional e internacional del cual se apartan plenamente o lo subordinan sistemáticamente³⁴⁷.

5. Error sobre el dominio del hecho

2262 Se presentan dos situaciones sobre las que se discute intensamente. En la primera, el agente cree por equivocación tener el dominio del hecho. Por ejemplo, en el suceso del médico antes citado, la enfermera se da cuenta de que éste quiere utilizarla para matar a la víctima y sin embargo, consciente y voluntariamente, decide dar al paciente la sustancia nociva. Por esto, no debe ser considerada como un instrumento utilizado por el médico para causar la muerte de éste. Algunos autores admiten que se trata de una tentativa de homicidio mediante autoría mediata, mientras que otros afirman que es un caso de instigación. Sin embargo, lo cierto es que sólo se puede afirmar que se trata de un caso de autoría mediata si se aplica el criterio subjetivo: el agente tenía la voluntad de dominar el hecho y el dolo de matar. De acuerdo con este mismo criterio, la enfermera será también reprimida por homicidio.

2263 En la segunda situación, al contrario, el agente no sabe que tiene el dominio sobre el mismo. Por ejemplo, en el caso antes citado, el médico cree que la enfermera se ha dado cuenta de su manipulación y que, por lo tanto, no causará la muerte del paciente. Pero la enfermera hace justamente lo contrario. En esta hipótesis, por faltarle la voluntad de cometer el delito, el médico no deberá ser considerado como autor mediato, sino sólo como responsable, según las circunstancias, por participación o por tentativa de participación³⁴⁸.

³⁴⁷ Sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del 7 de abril de 2009, Exp. N° A.V. 19-2001 (F.J. 745).

³⁴⁸ SAMSON, 1972, § 25 N° 38.

6. Casos especiales de autoría mediata según la naturaleza del delito

Se discute mucho si es posible cometer en autoría mediata los denominados delitos de propia mano y los delitos especiales, así como los delitos de pura actividad. Respecto a estos últimos, la cuestión depende de si se les considera o no delitos de propia mano. Algunos autores consideran que si bien los delitos de propia mano constituyen una categoría especial de delitos de mera actividad, "sólo puede ser autor en sentido estricto el que realiza la actividad típica"³⁴⁹. Por el contrario, en cuanto a los delitos de mera actividad, los cuales no son siempre delitos de propia mano, si es factible su comisión por autoría mediata, siendo aplicables las reglas generales sin considerar ninguna particularidad³⁵⁰. 2264

La descripción típica de los delitos de propia mano exige que la acción prohibida sea ejecutada personalmente por el agente. Se trata, por ejemplo, del delito de matrimonio ilegal o bigamia (art. 139) y del delito de falso testimonio (art. 409). El juicio negativo de valor, que fundamenta la represión de este tipo de comportamientos se basa en la misma manera como son perpetrados. De ahí que en los delitos de propia mano, no pueda darse la autoría mediata. 2265

En los denominados "delitos especiales", el círculo de personas que pueden cometerlos se halla limitado en razón de alguna calidad particular que recae en el agente. Por ejemplo, la de ser funcionario público, juez o médico. Los delitos especiales, se clasifican en "propios" e "impropios". En los primeros, la calidad especial del sujeto activo sirve de fundamento a la represión; en los segundos, sólo tiene la función de una circunstancia agravante o atenuante, por lo que, el tipo legal básico puede ser cometido por cualquiera. La autoría mediata está, en consecuencia, excluida de los "delitos especiales propios", cuando el agente que se sirve de un intermediario carece de la calidad particular exigida por el tipo legal. Si no es un "funcionario público", por ejemplo, no podrá ser considerado como "autor mediato" del delito de abuso de autoridad que tipifica el art. 376, puesto que esta infracción consiste en el hecho de que un funcionario público cometa u ordene, abusando de sus funciones, un acto arbitrario cualquiera en perjuicio de otra persona. Si el sujeto, no calificado, consigue (utilizando uno de los recursos 2266

³⁴⁹ GIMBERNAT, 1966, p. 300; Cfr. MAQUEDA ABREU, 1992, p. 133; SILVA SÁNCHEZ, 1993, p. 38.

³⁵⁰ ARTZ, 1990, p. 182; MAQUEDA ABREU, 1992, p. 128; SILVA SÁNCHEZ, 1993, p. 172; PÉREZ ÁLVAREZ, 1995, p. 178.

con los que se incurre en la autoría mediata) que un funcionario público realice la acción tipificada en esta disposición, no significa sin embargo que vaya a quedar impune, por ser imposible considerarlo como autor mediato de esta conducta punible. Según las circunstancias, podrá ser sancionado, por ejemplo, como autor mediato de delito contra la libertad individual o como instigador o cómplice del funcionario en la comisión del delito de abuso de autoridad.

- 2267 Sin embargo, no debe deducirse sin más de lo aquí expuesto que el funcionario público, o cualquier otro que posea la calificación exigida por la ley, pueda servirse de un tercero para, mediante su actuación, realizar un delito especial (propio). Hay que tener siempre en cuenta las peculiaridades del tipo legal. En efecto, a menudo, la represión penal no se fundamenta sólo en la calidad del agente, sino también en una "manera de actuar". Por ejemplo, el delito de prevaricato no puede ser cometido por quien es juez sirviéndose de un tercero, ya que éste no puede "dictar resoluciones" (art. 418). Esta es la solución que la mayoría de los autores sostiene³⁵¹. En los delitos especiales impropios el sujeto no cualificado (*extraneus*) tampoco podrá ser considerado autor mediato, aunque en estos casos es factible reconducir la calificación jurídico penal al tipo legal común que sirve de base al delito especial impropio. Por ejemplo, el sujeto que se vale de otro a quien utiliza como instrumento para que éste mate a su ascendiente, no puede ser considerado autor mediato de parricidio (art. 107) porque no concurre en él la calidad especial de descendiente de la víctima, sin el que será, en todo caso, autor mediato de homicidio (art. 106).
- 2268 Por lo que se refiere a los delitos culposos, es imposible la autoría mediata debido a su misma naturaleza y a que la actividad del autor mediato, consistente en servirse o aprovecharse del agente intermediario, es siempre dolosa³⁵², cuando en los delitos de esta índole falta precisamente la voluntad de dirigir el suceso causal (dominio del hecho).
- 2269 En el momento de individualizar la sanción, el juez tendrá que comprobar que en la persona del autor mediato recaigan todas las circunstancias objetivas necesarias. Deberá también tener cuidado con la correcta determinación de su culpabilidad, la cual puede ser influida por un error o

³⁵¹ Cfr. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 25 N° 44 ss.; ROXIN, 2000, p. 360, 399, 406. Sobre el derecho penal español ver: GIMBERNAT, 1966, p. 232 ss.

³⁵² Cfr. JESCHBECK/WEIGEND, 1996, § 62 II 1. PEÑA CABRERA, 1995, p. 307, VILLA STEIN, 1998, p. 299.

no abarcar todo el hecho ilícito realizado por el intermediario material (exceso)³⁵³.

VIII Coautoría

I: Introducción

En el Código derogado, el legislador había regulado los casos de coautoría 2270 como una forma de "participación en el hecho punible". En el art. 100, había estatuido que se consideraban como autores "los que toman parte en la ejecución" del hecho punible. Así, se refería a los coautores, pero no al autor (*stricto sensu*)³⁵⁴, ya que éste no "toma parte en la ejecución", sino que ejecuta el hecho punible.

El art. 23 se refiere a los que conjuntamente ejecutan el hecho punible. Así, 2271 establece la base sobre la cual debe elaborarse la noción de coautoría, la misma que ha sido recogida en el Anteproyecto de CP de 2009. En términos similares, esta regla ya figuraba en los proyectos de reforma del Código. Por ejemplo, el art. 38, *in initio*, del Proyecto de 1984 (octubre), decía: "los que lo realizan conjuntamente". Tampoco difieren mucho los Proyectos de 1985 (art. 40), 1986 (art. 40) y 1990 (art. 28).

"Ejecutar conjuntamente el delito" es una fórmula bastante amplia que su- 2272 pone, por un lado, la decisión colectiva de realizar la infracción y, por otro, la colaboración conjunta de manera consciente y voluntaria. Según la doctrina, la imputación a título de coautoría se basa tanto en el principio de la división de las tareas entre los participantes, como en el de la distribución funcional de éstas. La coautoría se presentará, primero, cuando los participantes ejecutan conjuntamente el hecho punible, por ejemplo, apuñalando a la víctima y causándole la muerte. En segundo término, cada participante realiza una parte de la acción típica conforme a la decisión común arribada, es el caso de los delincuentes que detienen a golpes a la víctima, mientras uno la sujeta fuertemente, otro la despoja de los bienes que lleva consigo. Y, finalmente, según la distribución funcional de las tareas, es superfluo que todos ejecuten el hecho de la misma manera, pues, unos pueden cometer una parte del hecho típico, mientras que los otros pueden completarlo, como se da en el caso de una violación sexual en coautoría, donde unos

³⁵³ ES del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 169.

³⁵⁴ Diferente, BRAMONT ARIAS, 1966, p. 219.

ejercen la violencia o la grave amenaza, mientras que los otros ejecutan el acto sexual propiamente dicho.

2. Decisión común de cometer la infracción

- 2273 Para que se dé la coautoría, es indispensable que, entre los que "cometen conjuntamente" el hecho punible, exista una intención común de realizar un delito; es decir, deben forjar en común esta voluntad. Así, cada uno de ellos hace propio el acto cometido por todos. En este sentido, no es posible la coautoría en la comisión de delitos culposos³⁵⁵.
- 2274 Con frecuencia, es suficiente el entendimiento alcanzado de manera tácita y espontánea. A menudo, puede tratarse de un acuerdo previo o de la puesta en marcha de un plan de acción. Pero la existencia de esta comunidad de intenciones no determina por sí sola el carácter de coautores de todos los que participan. Como lo hemos explicado antes³⁵⁶, nuestro Código no consagra el criterio puramente subjetivo. Es necesario, además y sobre todo, que sus intervenciones formen parte del proceso de ejecución.
- 2275 Admitir lo contrario significaría dar por inexistentes las referencias a la complicidad primaria y secundaria. En efecto, en estas formas de participación existe, en principio, un entendimiento entre el autor principal y sus colaboradores. El criterio del acuerdo previo como factor decisivo para determinar quiénes son autores ha tenido mucho éxito en España, donde ha sido con frecuencia aplicado en la jurisprudencia. En la doctrina, pocos son los que lo combaten; entre ellos, Quintano Ripollés, por ejemplo lo califica de peligroso y afirma que su aplicación elimina casi del todo la complicidad³⁵⁷.
- 2276 Según la teoría del dominio del hecho, hay que considerar que existe este dominio en la coautoría cuando cada agente, basándose en la decisión de actuar en común, ejecuta un elemento de la actividad delictuosa. La ejecución de la infracción se presenta como la realización, mediante una división de las tareas, de una resolución tomada conjuntamente. En el caso del asalto a un Banco, en que el jefe del grupo propone el proyecto criminal y

³⁵⁵ Cfr. *supra* N° 1871 ss.

³⁵⁶ Cfr. *supra* N° 2225.

³⁵⁷ QUINTANO RIPOLLÉS, p. 553; Cfr. LUZÓN, 1996, p. 194; GIMBERNAT, 1966, p. 57 ss.; en especial, p. 77 ss.

proporciona los planos del local, el chofer espera con el motor encendido, el técnico desconecta el sistema de alarma y otra persona amenaza con un arma de fuego al cajero y se apodera del botín, todos deben ser considerados como coautores, puesto que actúan cumpliendo los papeles que previamente se habían asignado y como titulares de una parte del dominio del hecho. Este dominio, según la doctrina, es de carácter funcional (*funktionale Tatherrschaft*)³⁵⁸.

Así, la coautoría se distingue con claridad de la complicidad: primero, porque el coautor no favorece el accionar ajeno, sino que asume como suya la acción del otro; segundo, porque no lleva a cabo una acción subordinada, sino que interviene en la ejecución aunque sea de una manera poco importante o de la misma manera que los demás. 2277

3. Dominio común del hecho

Los coautores deben ejercer conjuntamente el dominio sobre el hecho. No es suficiente, por lo tanto, que el participante, aun teniendo como base una decisión común, ejecute tan sólo un acto que cause el resultado, como lo propone el criterio subjetivo. Este autor debe más bien ejecutar una parte de los actos necesarios en la realización de la infracción, conforme al plan establecido en común³⁵⁹. Para determinar este factor, entonces hay que considerar la relación complementaria en la que se hallan, la importancia del plan de la acción y la importancia de la ejecución de los actos. Según la importancia que tenga tal intervención en el momento de forjarse la decisión común, la participación material en la ejecución puede no darse o no ser decisiva, o viceversa³⁶⁰. Este criterio es de gran relevancia práctica porque permite reprimir al "cerebro" del grupo criminal o al jefe de banda que controla las actividades de sus secuaces sin intervenir de manera directa en las acciones delictuosas planeadas. 2278

³⁵⁸ SAMSON, 1972, § 25 N° 13; BOCKELMANN, 1979, p. 179; JESCHBECK/WEIGEND, 1996, § 62 III. La jurisprudencia peruana ha recogido el criterio del codominio del hecho como uno de los componentes que fundamenta la coautoría, señalando: "Si los acusados tomaron parte conjuntamente en la ejecución del delito, compartiendo un codominio del hecho, debe considerárseles como coautores del delito y no como autores individuales". Cfr. La sentencia recaída sobre el Exp. N° 4165-97 Ica, en CARO JOHN, 2007, p. 86.

³⁵⁹ JESCHBECK/WEIGEND, 1996, § 63 I 1 a.

³⁶⁰ JESCHBECK/WEIGEND, 1996, § 63 III 1; HAFT, 1998, 8° Teil § 3 3 b; WESSELS/BEUKEL, 2001, N° 528 ss.

4. Contribución propia

2279 Debido al hecho de que la coautoría implica la ejecución consciente, voluntaria y conjunta del delito, cada coautor debe, en consecuencia, contribuir a la realización de la infracción ejecutando la parte que le corresponde según el plan común. Poco importa sin embargo, el momento en que su intervención tenga lugar, desde el nivel de los actos preparatorios hasta el del agotamiento del hecho ilícito, pasando por los de la tentativa y de la consumación. En el ejemplo del asalto a un banco, el jefe de la banda sólo interviene en la preparación del robo, pero su acto es, a pesar de esto, parte esencial de la ejecución de la infracción. Por lo tanto, el jefe es un coautor por haber asumido, según el reparto de papeles en la realización del hecho punible, como suyos los actos que ejecuten los demás miembros del grupo. Otro ejemplo: en un caso de estafa, en que participan varios individuos de común acuerdo, el papel de uno de éstos puede consistir en intervenir para concretar el provecho ilícito que todos tratan de obtener (p. ej., hacer efectivos los cheques obtenidos astutamente del estafado). A diferencia de lo que sucedía bajo la regulación del CP de 1924³⁶¹, el cual establecía que debían "tomar parte en la ejecución", no es necesario actualmente interpretar el art. 23 en el sentido de que los participantes deben realizar actos ejecutivos, es decir en el sentido que la teoría objetiva da a la fórmula "comienzo de la ejecución" utilizada respecto a la tentativa.

5. Condiciones personales

2280 Cada uno de los coautores debe poseer, cuando la ley lo requiere, la calidad de autor. Dicho de otro modo, por lo que se refiere a los delitos especiales, sólo pueden ser coautores aquellos que cumplan con las exigencias del tipo legal pertinente (p. ej., el hecho de ser funcionario o servidor público). Asimismo, autor de un hurto sólo puede ser aquel que obra con el afán de obtener un provecho ilícito apoderándose de un bien sustraído a su propietario. Para cometer un hurto en coautoría es pues indispensable que la intención de todos los participantes esté caracterizada por ese elemento subjetivo especificado en el art. 185. Si uno de los que intervienen carece de este designio, podrá sin embargo ser reprimido a título de cómplice.

³⁶¹ Ver la edición anterior del presente Manual, HURTADO POZO, 1987a, p. 528 ss.

los delitos culposos. La responsabilidad de los que ocasionen un accidente y lesionen, por culpa a una persona, es determinada de manera separada según el grado de imprevisión culpable con el que cada uno actúo (autores accesorios, *Nebentäter*). Situación peculiar es la que tuvimos oportunidad de exponer al analizar el delito culposo³⁶² y respecto a la cual admitimos la posibilidad de hablar en cierta forma de autoría, pero en un sentido más amplio que el señalado en este capítulo. Se trata del caso en que los autores del comportamiento imprudente se ponen de acuerdo para ejecutar la acción que crea o aumenta el riesgo.

8. Autoría causal o accesoria

- 2285 La simple realización de los actos ejecutivos por parte de varios agentes, que ocasionan un solo resultado prohibido, aún no es suficiente para que se pueda hablar de coautoría.
- 2286 El concurso de tales acciones, en efecto, puede deberse al azar. Por ejemplo, dos personas vierten intencional y separadamente veneno en la taza de café que ha de tomar la víctima. La doctrina denomina estos casos "autoría causal o accesoria" (*Nebentäterschaft*). Sin embargo, este concepto no tiene relevancia en dogmática, porque se trata del concurso fortuito de varios casos de autoría individual (propriadamente dicha)³⁶³. La solución se desprende mediante la aplicación directa de los criterios de imputación objetiva y autoría.

9. Circunstancias materiales y personales

- 2287 El art. 26 regula la manera cómo hay que tener en cuenta las "circunstancias y cualidades personales" de los autores y participantes en el momento de determinar la responsabilidad de cada uno de ellos³⁶⁴. Esta disposición legal consagra la denominada incomunicabilidad de dichas circunstancias. La individualización de la pena respecto a cada uno de aquellos no será, en consecuencia, influenciada, favorable o desfavorablemente, por la presencia de circunstancias o cualidades personales en otro de los partícipes.

³⁶² Ver *supra* N° 1871 ss.

³⁶³ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 63 II 3.

³⁶⁴ ES del 14 de abril de 1999. Exp. N° 10-99 Lima, en RJP, 2000, p. 273.

Cuando el texto de la ley se refiere a las "circunstancias y calidades que afecten la responsabilidad", no comprende desde luego aquellas que fundamentan la tipicidad o la antijuricidad. 2288

Los ejemplos de "circunstancias y calidades personales" son numerosos: el hecho de actuar en error de tipo legal o de prohibición (art. 14); la incapacidad de culpabilidad por factores culturales (art. 15); el impedir el resultado o tratar de hacerlo seriamente en caso de participación (art. 18); la edad (art. 20, inc. 2: menos de 18 años; art. 22: entre 18 y 21 ó más de 65); la imputabilidad disminuida u otra eximente incompleta (art. 21: exceso de legítima defensa); la prescripción de la acción y de la pena, pues los actos de interrupción pueden tener efectos sólo contra alguno o algunos de los partícipes (arts. 83 y 87); el hecho de encontrarse bajo la influencia del estado puerperal (art. 110); la relación de parentesco en los casos de delitos contra la libertad sexual, de proxenetismo y de ofensas al pudor público (art. 184); el hecho de obrar por lucro o por cualquier otro móvil innoble (art. 330: revelar secretos de la República). Al fin de cuentas, se trata de todas aquellas calidades propias a los participantes y de las relaciones especiales que tengan con la víctima o con el objeto del delito y cuya presencia determina un aumento, una disminución o una exclusión de la culpabilidad (responsabilidad), las que a su vez implican una modificación en la determinación de la pena. 2289

La consecuencia más importante de la aplicación del art. 26 es que la pena que haya que imponerle al partícipe no debe ser siempre igual o menor a la que se le imponga al autor. En efecto, siendo incomunicables las calidades y las circunstancias personales de los partícipes, es posible que el autor sea favorecido por una circunstancia atenuante (p. ej., poseer la calidad de ser menor de 21 años pero mayor de 18). También es posible que la situación del cómplice sea agravada en relación con la del autor, por ejemplo, por actuar por lucro. Del proceso de individualización de la pena puede resultar que el cómplice sea sancionado con más severidad que el autor. Esto se comprende con facilidad si se considera que no hay que fijar la pena sólo en función de la naturaleza objetiva del comportamiento del agente; sino, y sobre todo, de acuerdo con la culpabilidad y la responsabilidad de éste. Además, nuestro Código admite con claridad este sistema, al establecer que la pena se fijará, en primer lugar, de acuerdo con la culpabilidad (responsabilidad) y, en segundo lugar, según la gravedad del hecho punible. 2290

En fin, conviene recordar que el art. 102 del Código derogado, similar al art. 26 vigente, ha sido mal aplicado por la Corte Suprema. En efecto. 2291

Ésta consideró, interpretándolo literalmente, que la pena correspondiente al cómplice "no puede ser mayor que la del autor, sino igual disminuida hasta una parte de la represión que se imponga al autor del hecho delictuoso"³⁶⁵.

10. Jurisprudencia

- 2292 La Corte Suprema no fue siempre coherente al apreciar los casos de coautoría. A título de ejemplo, conviene citar la ES del 30 de noviembre de 1960³⁶⁶, en la que reconoce como "autores", o mejor dicho coautores, del delito de homicidio a los coacusados que mataron a la víctima de la siguiente manera: el primero le disparó cuatro tiros con su revólver; como aún no falleciera así, el segundo le hundió un cuchillo en el vientre y el tercero la ultimó de tres machetazos. Indiscutiblemente, cada una de las acciones individuales fue parte de la ejecución del delito de homicidio. Por cierto, este tipo de casos es más frecuente en los delitos contra el patrimonio: por ejemplo, la apropiación de una considerable suma de dinero por parte de empleados del Jockey Club, realizada mediante acciones individuales y parciales³⁶⁷. Cada una de ellas constituye, en consecuencia, una parte del proceso ejecutivo del delito de apropiación ilícita. También, hay que considerar como coautor a quien ejerce violencia sobre una mujer a fin de que otro le haga sufrir el acto sexual³⁶⁸; o al que realiza el "artificio, astucia o engaño" mediante el cual se logra que la víctima entregue un bien de su propiedad (art. 196, delito de estafa)³⁶⁹. Asimismo, hay que calificar de coautores a quienes hayan sujetado las extremidades de la víctima a fin de que otro "le torciera" el cuello "hasta conseguir su dislocamiento y muerte instantánea"³⁷⁰. La realización de tales actos es, por lo tanto, suficiente para considerar a sus realizadores como coautores, y no tratarlos como meros cómplices³⁷¹.

³⁶⁵ ES del 28 de diciembre de 1961, en RJP 1962, p. 612.

³⁶⁶ En RJP 1960, p. 1482.

³⁶⁷ ES del 25 de noviembre de 1964, en AJ 1964, p. 306.

³⁶⁸ ES del 9 de septiembre de 1955, en RJP 1956, p. 216.

³⁶⁹ ES del 18 de julio de 1950, en RJP 1951, p. 297.

³⁷⁰ ES del 1 de abril de 1950, en RF 1950, p. 372. Caso semejante en la ES del 31 de octubre de 1959, en RJP 1960, p. 432.

³⁷¹ La Corte Suprema equivocadamente califica de cómplice y no de coautor a quien interviene en la ejecución del delito de estafa prestando su nombre (artificio) y cobrando los cheques girados por la víctima: ES del 15 de enero de 1973, en RJP 1973, p. 93.

Sin embargo, se puede decir que, en diversas decisiones de la Corte Suprema³⁷² se enumeran las siguientes condiciones: a) decisión común de realizar el delito; b) aporte relevante de cada uno de los que intervienen, de modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte podría haberse frustrado el plan de ejecución; y c) tomar parte en la fase de ejecución de manera que cada acusado ha tenido un dominio parcial del acontecer, circunstancia que da contenido real a la coautoría. 2293

11. Tentativa e instigación en la coautoría

Si el proceso ejecutivo del delito es, por cualquier circunstancia, interrumpido, los coautores serán entonces reprimidos a título de tentativa. En este caso, resultaría por supuesto decisivo el hecho de comprobar que existe entre ellos un entendimiento común. También, habría que tener en cuenta todos los elementos de hecho presentes para individualizar la represión. 2294

El simple acuerdo tendiente a la realización de un delito, sin que llegue sin embargo a ponerse en práctica, no puede dar lugar a ninguna represión penal, salvo por supuesto en los casos en que se trate de un delito independiente. Por ejemplo, el art. 349 reprime al que forma parte de una conspiración de dos o más personas "para cometer" delitos de rebelión, sedición o motín. 2295

Por último, conviene señalar que los coautores también pueden actuar instigados por un tercero³⁷³. Ello se presenta, por ejemplo, en el caso que éste contrate a un grupo de sicarios a fin que asesinen a una persona³⁷⁴. Este fue el caso del llamado "triple crimen de Camacho". Los sicarios fueron condenados como coautores de asesinato por lucro, debido a que fueron financiados por la hijastra de la víctima. 2296

³⁷² ES del 13 de octubre de 2004, RN N° 1720-2004 Callao y ES del 02 de julio de 2004, RN N° 602-2004 Huánuco, en CARO JOHN, 2007, p. 88 ss. En el mismo sentido, ES del 25 de enero de 1995, RN N° 4647-95 Lambayeque, en ROJAS, 1999, p. 164; ES del 25 de marzo de 1998, RN N° 5924-98 Piura, ES del 09 de octubre de 1997, RN N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 170; ES del 11 de marzo de 1998, RN N° 6017-97 Lima, en ROJAS, 1999, p. 161; ES del 20 de noviembre de 1997, RN N° 3900-97, en ROJAS, 1999, p. 293.

³⁷³ Conforme puede verse de las ejecutorias supremas publicadas en RT 1940, p. 203; RJP 1960, p. 432; RJP 1947, p. 492; RJP 1952, p. 1732; RE 1969, p. 353.

³⁷⁴ ES del 21 de julio de 2004, RN N° 1260-2004, en CARO JOHN, 2007, p. 88.

IX. Participación *stricto sensu*

- 2297 La instigación (el hecho de provocar en un tercero la decisión delictiva) y la complicidad (el hecho de colaborar con el autor mediante consejos o actos concretos) son reprimidas porque ocasionan o apoyan un acto típico e ilícito ajeno. Sin la existencia de un autor que cometa el acto principal (en el sentido del concepto restrictivo de autor), no se pueden dar ni la complicidad ni la instigación. Si bien ambas formas de participación tienen un injusto propio y diferenciado del injusto cometido por el autor, conforme expresión del principio de responsabilidad por el hecho propio, la punición de éstas depende de la ejecución del hecho principal. Es lo que la doctrina ha denominado accesoriadad cuantitativa. Por ejemplo, Pedro persuade a Juana para que robe en casa de Jorge y ella realiza el delito penetrando en el domicilio de éste con la llave que le había proporcionado Rosa, la secretaria de Jorge. La represión de Pedro y de Rosa depende en este caso del accionar ilícito de Juana.
- 2298 Esta índole accesoria deriva de la misma significación del término participar; tomar parte en algo ajeno³⁷⁵. Por esto, resulta correcto afirmar, a diferencia de lo que sucede con la tentativa, que la "participación no integra un tipo delictivo autónomo, sino un simple concepto de referencia"³⁷⁶, cuyas notas específicas están determinadas legalmente (arts. 24 a 26). Como ya lo hemos indicado antes³⁷⁷, las nociones de complicidad e instigación fundamentan la ampliación de la punición. Las reglas generales que las definen, aplicadas en relación con las disposiciones de la parte especial, amplían los tipos legales previstos en estas normas.
- 2299 Los actos de participación no son ilícitos por sí mismos. Es el hecho principal³⁷⁸ el que condiciona su carácter de contrario al orden jurídico. En efecto, el instigador y el cómplice no atentan directamente contra el bien jurídico protegido, pero lo hacen a través del hecho punible cometido por el autor. Por esto, ellos sólo son reprimidos si el acto principal ha sido ejecutado o si, al menos, su ejecución ha comenzado (tentativa). Lo dicho no puede conducir a la conclusión de algunos autores acerca de que el injusto

³⁷⁵ Según la Corte Suprema, "la complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores", ES del 22 de marzo de 1999. Exp. N° 64-99 La Libertad, en CARO JOHN, 2007, p. 103 ss.

³⁷⁶ MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, 1989, § 50 III A.

³⁷⁷ Cfr. *supra* N° 2297 ss.

³⁷⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 61 IV 4.

penal cometido por el partícipe depende del que comete el autor principal; ya que una conclusión en tales términos infringiría el principio de responsabilidad por el hecho propio y, con ello, el principio de culpabilidad. El hecho cometido por el partícipe será reprochado una vez que el autor haya comenzado con los actos ejecutivos (participación anterior al hecho) o continúe ejecutándolos (participación durante el hecho), y sólo lo será por el nivel del aporte que realizó a favor del autor (complicidad), o por la determinación delictiva que generó en éste (inducción).

El hecho principal que realice el autor, al que se halle vinculada la actividad de participación, debe ser un comportamiento sancionado como delito. Si el legislador considera necesario reprimir la participación en una acción que no esté prevista en ningún tipo legal como delito, entonces deberá incriminarla como delito independiente. Es el caso de la instigación o ayuda al suicidio (art. 113). Pero aun en este supuesto, la actividad de participación se refiere al acto de otra persona (suicidio) y su represión depende de si dicho acto "se ha consumado o intentado". 2300

El carácter accesorio de la participación respecto al hecho principal resulta de la manera como han sido reguladas la instigación y la complicidad. La primera, según el art. 24, consiste en "determinar a otro a cometer el hecho punible" y, la segunda, según el art. 25, en prestar "auxilio para la realización del hecho punible". Semejante dependencia no se da por supuesto en el caso de la coautoría, respecto a la cual es más apropiado hablar de interdependencia de las acciones de los agentes, que permitirá una imputación recíproca a los coautores. Los coautores no deciden a un tercero a ejecutar el hecho punible, ni siquiera colaboran en la realización de un acto ilícito ajeno, sino que asumen los actos ejecutados por cada uno de ellos como piezas constitutivas del delito proyectado y ejecutado en común. 2301

El primer problema que se presenta al analizar esta relación de dependencia, estriba en saber en qué consiste el acto principal o, como dice nuestro legislador, "el hecho punible". En efecto, de la significación que se le reconoce a éste dependerán los alcances de que se den al carácter accesorio. 2302

Hecho punible puede comprenderse como acción típica, antijurídica y culpable. Los participantes serían así reprimidos porque darían lugar a la culpabilidad del autor del hecho principal. Por consiguiente, para poder reprimir al partícipe como instigador o cómplice, el agente del acto principal (el autor) deberá ser un sujeto culpable y el acto cometido, típico e ilícito. Esta manera de considerar la relación de dependencia es denominada "ac- 2303

cesoriedad extrema". En oposición a esta idea, se considera que por hecho punible es de entender acción típica y antijurídica, ya que la culpabilidad corresponde a cada individuo de manera individual e independiente (accesoriedad mínima). En consecuencia, para castigar a los participantes a título de instigación o complicidad, basta con que el autor cometa un acto típico e ilícito.

- 2304 Cuando el legislador establece que el instigador y el cómplice serán reprimidos con la pena que "corresponda al autor" o "prevista para el autor" del hecho punible, parece afiliarse al concepto de la "accesoriedad extrema". En efecto la ley parece decir que como no se le puede imponer una pena a un autor que no haya actuado típica, antijurídica y culpablemente, tampoco sería factible hacerlo respecto al cómplice. Sin embargo, admitir esta interpretación literal implicaría que tampoco convenga reprimir al cómplice si el autor no es identificado, y a pesar de que se compruebe tanto la comisión del acto principal como la manera según la cual actuó. Además, en caso de que el autor sea declarado no culpable (por ser incapaz o haber actuado bajo la influencia de un error de prohibición inevitable), entonces también habría que favorecer al partícipe con una declaración de impunidad. Esta interpretación no concuerda pues con el criterio admitido en el Código, según el cual las circunstancias y las cualidades que afecten la responsabilidad de un autor o participante "no modifican la de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible" (art. 26).
- 2305 El art. 82 del Proyecto de 1984 (setiembre) reproducía, en términos semejantes, el art. 104 del CP de 1924: se refería a las "circunstancias personales" y a los "autores o cómplices". Mientras que el art. 42 del Proyecto de 1984 (octubre) disponía que "las calidades o relaciones personales y los demás elementos de carácter subjetivo integrantes de la descripción del hecho que concurren en uno o varios de quienes lo han realizado, alcanzan a los coautores y partícipes que hayan tenido conocimiento de ellos" y que "las [...] no integrantes de la descripción legal influyen sólo en la responsabilidad de aquellos en quienes concurren". En cuanto a los Proyectos de 1985 (art. 45) y 1986 (art. 45), prevían con más sencillez que "no se comunican las circunstancias ni las condiciones de carácter personal, salvo cuando son elementos del hecho punible". Finalmente, el texto definitivo del art. 26 apareció en los Proyectos de 1990 (art. 31) y 1991 (art. 26). En el Anteproyecto de CP de 2009, se prevé una regla parecida y, además, se indica que "si en el partícipe no concurren los especiales elementos personales que fundamen-

ten; agravan, disminuyen o excluyen la punibilidad del autor, se atenuará la pena para él conforme al art. 45".

El art. 26 fue elaborado sobre todo siguiendo el art. 104 del CP de 1924, de raigambre helvética³⁷⁹. Esta norma consagraba el criterio de la "accessoriedad limitada"³⁸⁰, conforme al cual, para poder reprimir al partícipe, bastaba que el autor principal hubiera cometido un hecho ilícito, en el sentido de típico (objetiva y subjetivamente) y contrario al orden jurídico (ausencia de una causa de justificación). Por lo tanto, no era preciso que el autor fuera además culpable, o sea responsable según la terminología de la ley y punible.

Pero si el autor principal actúa sin dolo (elemento esencial del tipo legal subjetivo) o si se ampara en una causa de justificación (p. ej., la legítima defensa), entonces el comportamiento del partícipe, al igual que el del autor principal tampoco es punible. En el primer caso, porque el acto principal no es un acto penalmente incriminado (atípico) y, en el segundo caso, porque la ilicitud del acto del partícipe deriva de la del acto principal. No obstante, habría que considerar aún si el partícipe ha creado las condiciones necesarias para que el agente se crea autorizado a lesionar el bien jurídico de la víctima, porque de suceder esto, se trataría de un caso de autoría mediata³⁸¹.

1. Instigación

a. Evolución legislativa

En el art. 24, se caracteriza al instigador como la persona que "dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible". Mientras que en el CP de 1924, art. 100, se decía "los que intencionalmente decidieran a otro a cometerlo...". Fórmula retomada en el art. 78 del Proyecto de 1984 (setiembre). En el art. 39 del Proyecto de 1984 (octubre), se siguió utilizando el término "intencionalmente", pero se prefirió emplear el verbo "determinar". El mismo texto fue utilizado en los Proyectos de 1985 (art. 41) y de 1986 (art. 41). El texto definitivo del art. 24 fue establecido, salvo por lo que se refiere al verbo "determinar", en los Proyectos de 1990 (art. 29) y de 1991 (art. 24).

³⁷⁹ Se puede comparar dicha disposición con el art. 27 del Anteproyecto suizo de 1915.

³⁸⁰ Aunque sin mencionar expresamente la norma, opina que el CP recoge el principio de la "accessoriedad limitada", PEÑA CABRERA, 1995, p. 317.

³⁸¹ Ver *supra* N° 2242 ss.

En el art. 24 del Anteproyecto de CP de 2009, se recoge el mismo criterio. El cuadro de la evolución está finalmente completo si se recuerda que, en el Proyecto de 1916, se hablaba de "los que maliciosamente determinan al agente a ejecutar el hecho..." (art. 37, inc. 3) y que el CJMP se refiere al "militar o policía que dolosamente determina a otro a realizar la conducta punible". Evidentemente, todas estas fórmulas expresan en el fondo lo mismo y el texto del Código actual no representa, en consecuencia, un cambio respecto al CP de 1924.

b. Nociones

- 2309 El instigador no realiza la infracción, ni "toma parte", en sentido material, en su ejecución; persuade a un tercero para cometa la acción típica. Sólo ejerce una influencia psicológica sobre éste, con el objeto de hacerle cometer el hecho punible. No se trata, por lo tanto, de un caso de autoría³⁸². Al contrario, el autor es el instigado y su presencia es indispensable para poder hablar de instigación. Ésta es, en consecuencia, como la complicidad: una forma de participación (*stricto sensu*), con un injusto propio y diferente del injusto del autor, cuya punibilidad depende de la comisión del hecho principal por aquél³⁸³. Siendo, por consiguiente, una forma accesoria de participación.
- 2310 El hecho de denominar al instigador "autor intelectual"³⁸⁴ o "moral"³⁸⁵ no es correcto y sólo provoca, más bien, confusión. La razón que parece conducir a algunos a calificar de "autores" a los "instigadores", es el hecho de que se trató a éstos como autores³⁸⁶, al afirmarse que serían sancionados con la pena del autor.
- 2311 El instigado es determinado a tomar la resolución de cometerla. Sin embargo, basta con reforzar la voluntad del agente, haciéndole descartar las dudas que pudiera tener y que le impidieran pasar al acto. Al contrario, no puede instigarse al que ya decidió cometer el delito (*omnimodo facturus*). Pero tampoco es necesario que el instigado sea indiferente u opuesto a su

³⁸² ES del 9 de octubre de 1997, Exp. N° 3840-97 Ayacucho, en ROJAS, 1999, p. 168.

³⁸³ En relación con el derecho suizo, SCHULTZ, 1982b, T. I, p. 234, dice claramente que el hecho de que el instigador sea sancionado como "autor" no significa que sea un "autor intelectual", sino sólo que merece la misma pena que este último.

³⁸⁴ BRAMONT ARIAS, 1966, p. 220.

³⁸⁵ ES del 4 de junio de 1936, en RF 1936, p. 245.

³⁸⁶ Por lo que se refiere a los "coautores", ver *supra* N° 2270 ss.

comisión: también puede tratarse de alguien dispuesto, en general, a actuar criminalmente. Por ejemplo, el sicario profesional que es determinado a cometer un delito concreto³⁸⁷.

Medios utilizados por el instigador

Los medios a que puede recurrir el instigador para determinar al instigado son diversos. Maúrtua creyó conveniente, en el Proyecto de 1916, enumerarlos de manera expresa, quizás inspirado por el criterio del CP holandés de 1881 (art. 47, inc. 2). Así, señalaba las dádivas, las promesas, la violencia y el engaño (art. 72, inc. 3). Sin embargo, este sistema es criticable por las confusiones que puede originar. Por ejemplo, permite suponer que una vez comprobada la utilización de uno de estos medios con el fin de hacer que alguien cometa una infracción, ya hay que admitir la existencia de la instigación. Pero en la realidad, los hechos pueden darse de manera distinta y una estricta aplicación de los criterios adoptados llevaría a excluir la instigación y a admitir la autoría mediata en muchos casos³⁸⁸. Por lo tanto, nuestro legislador decidió con certeza no enumerar los medios de los que se puede valer el instigador, como es el caso del § 26 del CP alemán.

A menudo, el instigador recurre, por ejemplo, a los ruegos, al ofrecimiento de recompensas, a la sugestiva indicación de los provechos que pueden derivar de la comisión de la infracción, a exigencias, al aprovechamiento de los sentimientos que lo vinculan al instigado. Pero también puede recurrir a la violencia, a la amenaza o al abuso de autoridad. En estos casos, es necesario, sin embargo, verificar que estos medios no sean de tal intensidad que transformen al tercero en el intermediario material de la autoría mediata cometida en virtud de coacción³⁸⁹.

La intervención del instigador no debe reducirse a un simple factor causal respecto a la toma de decisión del instigado. Al contrario, debe producirse un contacto personal que constituya una forma de compromiso relativo a la ejecución del hecho punible. El instigado debe sentirse como obligado respecto al instigador. Esta interpretación restrictiva se justifica por el hecho de que la pena prevista para el instigador es la misma que debe imponerse al autor. Además, junto a este criterio de política criminal, hay que considerar que, si bien el instigador no ejecuta el hecho punible -por lo

³⁸⁷ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, 1989, § 51 II A.

³⁸⁸ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 II 2a.

³⁸⁹ Ver *supra* N° 2247 ss.

tanto no está vinculado con éste de la misma manera que el autor-, se encuentra sin embargo en el origen de la idea delictuosa, y sin su intervención no se hubiera producido la infracción de la manera cómo tuvo lugar.

- 2315 La Corte Suprema ha considerado de manera amplia los medios que puede emplear el instigador. En la ES del 2 de enero de 1968³⁹⁰, los magistrados supremos se refieren al hecho de que "el acusado convenció a su enamorada, para que se sometiera a prácticas abortivas", sin detenerse a analizar en detalle los medios utilizados. Del mismo modo, se limitan a afirmar, en la ES del 26 de agosto de 1947³⁹¹ que la acusada "comprometió" a los ejecutores del homicidio. Al contrario, en la ES del 15 de octubre de 1951³⁹², dicen que la acusada "propuso a los circundantes (sic) la eliminación de su conviviente, dándoles detalles sobre la forma de llamarlo a la vez que les ofrecía una suma de dinero por el trabajo..."³⁹³. Así mismo, en la ES del 9 de agosto de 2004, sobre un caso de tráfico de influencias, la Corte Suprema reafirmó el hecho que el ofrecimiento de dinero puede constituir un medio idóneo para instigar la comisión de un hecho punible³⁹⁴.

d. Intención del instigador

- 2316 El instigador, como lo indica de modo explícito el art. 25, debe determinar con dolo al instigado; es decir, con conciencia y voluntad. Debe, en consecuencia, ser consciente de que influye una determinada persona para decidirla a cometer un hecho punible concreto. En el caso de la instigación en cadena, poco importa que el instigado tenga la libertad de escoger a quien va a instigar para que ejecute la infracción. Poco importa también que el primer instigador no sepa cuántos instigadores intermediarios van a intervenir. Por consiguiente, la instigación culposa resulta inadmisibles según el texto de la ley.
- 2317 El dolo del instigador debe referirse tanto a la actividad de crear en el instigado la voluntad de cometer delito, como a la realización de éste. Por esto, se habla en la dogmática del "doble dolo" del instigador (*doppelter Vorsatz*)³⁹⁵.

³⁹⁰ RJP 1968, p. 982.

³⁹¹ RJP 1947, p. 492.

³⁹² RJP 1952, p. 1732.

³⁹³ Ver: ES del 31 de octubre de 1959, en RJP 1960, p. 432.

³⁹⁴ Véase un extracto de la ejecutoria en CARO JOHN, 2007, p. 337.

³⁹⁵ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 II 2b.

e. Instigación de una o más personas

El instigador puede ejercer su influencia directamente sobre la persona 2318 a instigar, pero también puede hacerlo por intermedio de un tercero. En este caso, persuade a éste para que convenza a quien debe ejecutar el delito (instigación en cadena, *Kettenanstiftung*). Si el instigador utiliza al tercero como intermedio o instrumento, entonces la instigación se produce en forma mediata (como en el caso de la autoría mediata). También puede suceder que dos o más personas se pongan de acuerdo para instigar a otra para que ejecute un delito (coautoría de instigación). Y si dichas personas proceden por su cuenta y sin saber lo que cada una está haciendo, son instigadores accesorios (como los autores accesorios, *Nebentetär*).

La actividad persuasiva del instigador puede alcanzar a varias personas, 2319 sin necesidad de que las conozca personalmente³⁹⁶. Si el agente desarrolla su actividad en público y ante un número indeterminado de individuos, entonces podrá ser reprimido como autor de un atentado contra la "paz pública" (art. 315, "provocación para cometer delito contra la seguridad o tranquilidad públicas" o art. 6 del DL N° 25475, incitación al terrorismo).

Casos especiales

El instigador no necesita reunir las características personales que debe tener el autor según el tipo legal. Por ejemplo, ser funcionario o médico. Es posible pues la instigación por un *extraneus* en el caso de un delito especial o de un "delito de propia mano"³⁹⁷.

Según el criterio de la autoría limitada, implícita en la regulación de nuestro Código, se puede instigar, en ciertas circunstancias, a un inimputable o a un menor. Por ejemplo, cuando pueden comprender lo que se les pide que hagan. 2321

En la instigación, lo determinante es que el instigador haga nacer en el instigado la voluntad de actuar delictuosamente. Pero esta resolución criminal no implica que el instigado no pueda ser declarado inculpable. 2322

³⁹⁶ Siguiendo a Koehler y a Mezger, SOLER, 1976a, T.II, p. 277 considera que "no parece que sea necesario tanta concreción" y que "bastaría que estuviese comprendida dentro del dolo eventual del instigador". En apoyo del criterio sostenido en el texto, ver: JESCHBECK/WEIGEND, 1996, § 64 III 2b; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 26 N° 18.

³⁹⁷ Cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 30 N. 91 ss; HAFTER, 1946, p. 230.

g. Límites de la responsabilidad del instigador

- 2323 La actividad del instigador debe tender a lograr a que el instigado se decida a cometer una infracción determinada: un homicidio, un robo, un secuestro. No es posible la instigación a delinquir en general o a comportarse delictuosamente.
- 2324 Además, la responsabilidad del instigador está limitada al delito que en concreto quiso que cometiera el instigado. Si éste mata en lugar de sólo lesionar o si comete un robo en lugar de un simple hurto, el instigador sólo será reprimido por lesiones o por hurto (hechos queridos por él). Cualquier variación secundaria entre lo esperado por el instigador y lo realmente realizado por el instigado no hace variar la responsabilidad del primero. Por lo que se refiere a estas variaciones, hay que considerar sobre todo el error *in objecto*, la *aberratio ictus* o el error *in persona* (en caso de homicidio, por ejemplo)³⁹⁸.
- 2325 Pero en el caso de delitos preterintencionales (lesiones seguidas de muerte, por ejemplo), el instigador será responsable del resultado más grave si, según las circunstancias, se le puede imputar dicho resultado (la muerte) a título de culpa³⁹⁹.

h. Tentativa y consumación en la instigación

- 2326 Para poder reprimir al instigador es necesario que el instigado haya concretado su voluntad delictuosa (forjada por el instigador), es decir, que hubiera al menos comenzado la ejecución del hecho punible⁴⁰⁰. No se reprime, por lo tanto, la simple persuasión, la creación en otra persona de la resolución criminal. Si el acto del instigado queda al nivel de tentativa, el instigado será sancionado como autor de la tentativa del delito que se quería consumir, mientras quien creó en él la determinación delictiva será sancionado como inductor de un delito tentado. De otro lado, en los supuestos donde no se reprime la tentativa, el instigador permanecerá impune⁴⁰¹.
- 2327 La fórmula utilizada por nuestro legislador para regular la instigación ("el que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible"), puede

³⁹⁸ Sobre el error, ver *supra* N° 1300 ss.

³⁹⁹ Cfr. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 26 N° 22; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 IV 4.

⁴⁰⁰ SCHULTZ, FJS N° 1190, p. 8. Cfr. CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 26 N° 17; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 II 2b.

⁴⁰¹ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, 1989, § 51 III A.

sugerir que es suficiente que el instigador logre hacer surgir en el instigado la voluntad de cometer un delito, puesto que se evita estatuir de manera expresa la necesidad de que el instigado pase al acto, de que materialice, total o parcialmente, la decisión que se le haya inculcado. Desde luego, en el derecho foráneo se encuentran fórmulas más acertadas: "quien haya intencionalmente decidido a otro a cometer un crimen o un delito, si la infracción ha sido cometida, será reprimido con la pena aplicable al autor de esta infracción" (art. 24 del CP suizo, pf. 1).

Nuestra ley, así mismo, no prevé la represión de la tentativa de instigación. Esta se presenta, en primer lugar, cuando el instigador, a pesar de sus esfuerzos, no logra convencer al que debe ejecutar materialmente la infracción o, en segundo lugar, si el instigado, aunque ya convencido, no comienza la ejecución del hecho punible (no intenta). En estos casos, ni el instigador ni el instigado serán reprimidos. Como ejemplo contrario conviene citar el art. 24, pf. 2, del CP helvético que dispone: "quien hubiera tratado de decidir a una persona a cometer un crimen será sancionado con la pena prevista para la tentativa de esta infracción"⁴⁰². 2328

L. *Agente provocador*

Se trata de una persona particular utilizada por la policía para incitar a la ejecución de un hecho punible, con el propósito de, una vez comenzada la ejecución, impedir su consumación deteniendo al autor. En doctrina, se discute la cuestión de saber si el agente provocador debe ser reprimido o no. Por lo general, se admite su impunidad porque le falta, precisamente, la voluntad de que el hecho punible sea consumado⁴⁰³. Sin embargo, este criterio es considerado como insuficiente, pues, esta persona, al provocar la tentativa, pone en peligro el objeto de la infracción (ser humano en caso de homicidio o lesiones; bien mueble ajeno en caso de hurto). 2329

2. *Complicidad*

a. *Evolución legislativa*

De manera semejante al CP de 1924, el Código vigente distingue dos casos de complicidad: los cómplices primarios y los cómplices secundarios. En 2330

⁴⁰² Cfr. SCHULTZ, *FJS* N° 1190, p. 5; GERMANN, 1923, p. 10.

⁴⁰³ Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 39 N. 44ss; MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, 1989, § 51 II B 3; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 362 ss.

el art. 78 del Proyecto de 1984 (setiembre), se utilizó el mismo modelo, así como en el Proyecto de octubre del mismo año. En éste, sin embargo, el texto varió bastante. En efecto, su art. 40 establecía que "el que presta al autor o autores un auxilio sin el cual el hecho punible no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor" y en el art. 41: "El que presta auxilio para la realización del hecho punible, aunque ese auxilio se limite a la prestación de ayuda posterior a su consumación, será reprimido con la pena establecida para el delito o disminuida hasta una tercera parte". En los Proyectos de 1985 (arts. 42 y 43) y de 1986 (arts. 42 y 43), se repitieron las mismas normas. El art. 30 del Proyecto de 1990 (julio) prevé un texto semejante al art. 25 del Código vigente, las diferencias consisten sólo en la indicación final referente a la atenuación de la pena. En el proyecto, se establecía que la pena será "atenuada por debajo del mínimo legal". Por el contrario, el texto del Código vigente no difiere en nada del art. 25 del Proyecto de 1991 en cuanto establece que "a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena". El art. 23 del Anteproyecto de CP de 2009 repite esta regla.

- 2331 Las expresiones "prestar auxilio" y "prestar asistencia", utilizadas en el art. 25 son de idéntico significado. El legislador sólo ha querido, por cuestiones de estilo, no repetir dos veces la misma palabra. En efecto, el auxilio es la ayuda, el socorro, el amparo; la asistencia, la acción de prestar socorro, favor o ayuda. Lo mismo se puede decir de las expresiones empleadas en el CP de 1924 (art. 100): "coadyuvar con auxilio o cooperación" y "prestar asistencia".

b. Diferencia entre coautores y cómplices

- 2332 El objetivo del legislador al recurrir a estas expresiones es distinguir con suficiente nitidez los partícipes que contribuyen o ayudan al autor de los coautores en la ejecución del acto delictuoso. Por consiguiente, según nuestra ley, la complicidad consiste en ayudar dolosamente a un tercero para que ejecute un hecho punible.
- 2333 A la inversa de lo que sucede en el caso de la coautoría, los cómplices no tienen el dominio del hecho, pues éste pertenece, por definición, a los autores. Su participación se limita a favorecer la realización del hecho punible principal, sea de manera material (darle la llave de la casa al ladrón o el veneno al homicida), sea psíquicamente (prometerle al delincuente ayuda

o reforzar su decisión de consumar el delito). Por supuesto, este modo de comprender el art. 25 está condicionado por la manera como se ha definido la autoría y la coautoría. El criterio objetivo, más conforme a la regulación establecida por el CP de 1924, no es compatible con la sistemática vigente, pues los coautores no deben necesariamente realizar actos que formen parte de la acción típica. Por su parte, los cómplices no deben realizar ningún acto de ejecución comprendido por el verbo principal del tipo legal⁴⁰⁴.

Los jueces supremos, por ejemplo, luego de exponer que el agente, conforme a la teoría del dominio del hecho, debe ser considerado como autor, explican que "no cabe inferir del hecho global que su obrar haya sido de mera complicidad secundaria, puesto que el cómplice secundario ocupa un lugar accesorio o secundario en el hecho dominado por el autor, no teniendo ninguna posibilidad objetiva de dirigir, dominar el resultado"⁴⁰⁵.

e. Hecho punible principal

De manera deficiente, el texto legal no señala de manera expresa que el cómplice deba favorecer la ejecución de un hecho punible doloso, como lo hace, por ejemplo, el § 27 del CP alemán. Así, se descartaría toda duda sobre la posibilidad de prestar auxilio o asistencia en la comisión de un delito culposo (p. ej., el cargador que ayuda a su empleador a transportar explosivos sin las precauciones necesarias y causa así lesiones no queridas a terceros). Esta imprecisión es, sin embargo, atenuada por el hecho de que se define la complicidad precisamente en el contexto de la regulación de la participación, la misma que sólo concierne, por definición, al ámbito de los delitos dolosos. Sólo existe complicidad, por lo tanto, cuando el autor comete el hecho punible principal de la manera como el cómplice acepta que se produzca. Por ejemplo, si el guardián de un distribuidor de mercaderías entrega una copia de la llave de la puerta del depósito a un amigo para que cometa un hurto y éste no la utiliza por temor a ser sorprendido en el interior, prefiriendo esperar a que el propietario, como lo hace todas las mañanas, exponga la mercadería en la puerta del depósito para apoderarse de algunas de ellas, el acto para el cual el guardián prestó ayuda no ha sido ni siquiera comenzado. Por consiguiente, no es responsable de complicidad.

⁴⁰⁴ MAURACH/GÖSSBL/ZIPF, 1989, § 52 II A 2.

⁴⁰⁵ ES del 02 de octubre de 1997, RN N° 4354-97 Callao, en ROJAS, 1999, p. 159.

d. Prestar auxilio o asistencia

2336 El cómplice debe realizar actos que favorezcan la realización del hecho punible principal; es decir, debe hacerla posible o facilitarla⁴⁰⁶. Su contribución puede situarse tanto a nivel material, como a nivel psíquico. En el primer caso, se habla de complicidad técnica o física y en el segundo, de complicidad intelectual o psíquica⁴⁰⁷. El hecho de facilitar el arma al homicida, el actuar de "campana", el preparar la máquina para falsificar moneda, son casos de complicidad técnica. En cambio, el hecho de explicar el funcionamiento del arma o de la máquina, o el proporcionar datos sobre la víctima o dar consejos y fortalecer así al autor en su decisión delictiva, son casos de complicidad intelectual. La simple presencia en el lugar de los hechos no constituye complicidad, salvo que sirva para fortalecer la voluntad del autor de cometer el hecho punible.

2337 La complicidad intelectual implica el conocimiento por parte del autor principal de la actividad del cómplice. La complicidad técnica puede, en cambio, darse sin que el autor principal sea consciente de la ayuda que se le brinda. Esta posible falta de entendimiento entre el autor y el cómplice, constituye una diferencia frente a la coautoría. En ésta, según el criterio que hemos adoptado, siempre es necesario que exista un entendimiento común entre todos los que "toman parte en la ejecución". Por ejemplo, quien, conociendo la intención del violador y sin que éste lo sepa, pone a la mujer en una situación de incapacidad de resistir, debe ser considerado como cómplice en caso de que el autor ejecute su acción.

e. Causalidad de la complicidad

2338 Como lo hemos afirmado con anterioridad, el cómplice debe realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible, haciéndola posible o facilitándola. Una relación directa y efectiva debe existir entre ambos sucesos; de modo que se le pueda imputar al que presta auxilio el hecho de haber colaborado en la empresa delictuosa del autor. Sin embargo, la admisión de

⁴⁰⁶ BOCKELMANN, 1979, p. 186; TRECHSEL, 2008, Art. 25 N° 3 ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 433 ss.

⁴⁰⁷ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 IV 2; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 31 N. 32 ss. La Corte Suprema reconoce a la complicidad psíquica como una forma de participación punible en la ES del 16 de septiembre de 2004, RN N° 2270-2004 La Libertad. Cfr. CARO JHON, 2007, p. 104 ss.

esta circunstancia como condición para la represión de la complicidad es bastante discutida, puesto que resulta problemático definir el criterio que permite efectuar dicha imputación.

2339 Prestar auxilio o asistencia implica claramente, según el lenguaje común, contribuir, ayudar a alguien a hacer algo en una situación determinada. Por ejemplo, el hecho de proporcionar al asesino el arma con que éste mata a la víctima, constituye un acto de complicidad. No obstante, pueden presentarse situaciones en que la relación entre el acto de colaboración y la producción del resultado no es tan directa y evidente. Por ejemplo, no cabe duda de que constituye un acto de colaboración el hecho de facilitar al ladrón, que ha de penetrar en la casa de la víctima, un instrumento moderno para que abra la puerta de la vivienda en lugar de la ganzúa que éste había decidido utilizar. Sin embargo, si el ladrón coloca dicho instrumento en el fondo de la mochila en la que transporta todo lo necesario para robar y sólo vuelve a tomar consciencia de su existencia después de haber cometido el hurto, ya que ingresó en la casa usando la ganzúa con cuyo empleo estaba más familiarizado, el acto de entregar el instrumento no utilizado es, por lo tanto, insuficiente para que se dé la complicidad, pues no ha favorecido (hecho posible o facilitado) la realización del hecho punible en la manera como realmente se ha producido. Constituye, sin embargo, una tentativa impune de prestar asistencia. Salvo que se compruebe que de esa manera reforzó la decisión del autor de cometer el delito.

2340 Estimando muy restrictiva esta concepción, también se ha recurrido al criterio del aumento del riesgo⁴⁰⁸: el acto de participación constituye ya un caso de complicidad desde que, en general, es apropiado para coadyuvar a la producción del resultado pues, de esta manera, aumenta de manera importante el riesgo de la comisión del hecho punible. Sin embargo, este criterio no es conforme con la regulación legal, basada en el concepto restrictivo de autor, porque implica el abandono del límite según el cual la complicidad requiere la consumación o, al menos, el inicio de la ejecución del delito por parte del autor⁴⁰⁹. Además, su admisión transformaría la complicidad en un delito de peligro abstracto, lo que contradiría el principio de legalidad.

⁴⁰⁸ MEZGER, 1967, p. 413; SCHAFFSTEIN, 1970, p. 169, 176.

⁴⁰⁹ ROXIN, en LK § 27 N° 28 ss.; CRAMER/HEINE, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 27 N° 9.

f. *Momento de la intervención del cómplice*

- 2341 En el Proyecto de 1916, el legislador hacía referencia al momento en que el acto de complicidad debía producirse. En efecto, en el art. 72, inc. 2, se decía "coadyuvar maliciosamente antes o durante la ejecución" y en el art. 74, prestar asistencia "por actos anteriores o simultáneos". Esta referencia al momento de la comisión del acto de complicidad con relación al acto principal, se explica por el afán de distinguirlo del encubrimiento, previsto en el CP de 1863 como una forma de participación y, al contrario, en el Proyecto de 1916, en el CP de 1924 (art. 243) y en el vigente (arts. 404 a 405) como un delito *sui generis*. Se vuelve a proponer la referencia al momento en que deben tener lugar los actos de complicidad en el Anteproyecto de CP de 2004, agregándose la frase: "con actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible" (art. 25):
- 2342 Según la doctrina dominante, el acto de complicidad puede tener lugar en cualquier momento durante el comportamiento del autor: desde los actos preparatorios hasta la consumación, y en algunos delitos hasta el agotamiento. Puede suceder también que el autor, en el momento en que recibe ayuda, no esté todavía del todo decidido a pasar al acto⁴¹⁰: el guardián anteriormente citado entrega la llave al futuro autor del hurto cuando éste aún está preparándose y todavía no se ha decidido definitivamente a delinquir. Además, hay que tener en cuenta que la complicidad en el acto de agotar el hecho punible consumado sólo concierne a los delitos caracterizados por un ánimo especial (obtener un provecho, en el caso del delito de hurto o de estafa), pero no, por ejemplo, a los delitos instantáneos como el homicidio. Así lo juzgó ya la Corte Suprema, aplicando el CP de 1924. En su ES del 22 de julio de 1939, afirmó que la coacusada "sólo cooperó a la última fase (ocultar el cadáver) [...] de allí que no ha podido prestar intencionalmente, porque no ha existido acuerdo previo, asistencia [...] que sería el caso en que pudiera considerarse como cómplice..."⁴¹¹. En decisiones basadas en el código vigente, afirma que "el acto de complicidad no puede darse después de consumado el delito, sino tan sólo en la etapa de preparación y de ejecución".
- 2343 En caso de prometerle ayuda al autor, una vez que haya cometido el delito, se habla de complicidad psicológica o intelectual⁴¹²; por ejemplo ayudar al

⁴¹⁰ BOCKELMANN, 1979, p. 186.

⁴¹¹ AJ 1939, p. 138.

⁴¹² Respecto de esta forma de complicidad, la Corte Suprema ha señalado que: "El tipo de participación requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte cocausal, psíquico o

ladrón, conforme a la promesa hecha antes de que cometiera el delito, a transportar los bienes hurtados. En este caso, el cómplice no será reprimido por el acto que ha cometido después de la ejecución de la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo⁴¹³. Sin embargo, si su finalidad es, además, la de ocultar dichos bienes (efectos del delito) o la de aprovecharse de los mismos o, la de hacer desaparecer las huellas en detrimento de la acción de la justicia, incurrirá también en el delito de encubrimiento real del art. 405, en concurso ideal con la complicidad de hurto⁴¹⁴. El art. 43 del Proyecto de 1985 (agosto), decía de manera expresa: "aunque ese auxilio se limite a la promesa de ayuda posterior a su consumación [del hecho punible]"

Si el cómplice interviene durante la ejecución de la infracción, no debe haberlo mediante actos ejecutivos. Por lo tanto, incurrió en error la Corte Suprema⁴¹⁵ cuando consideró como cómplices a quienes, coaccionados por el agente, amarraron los brazos de la víctima. En efecto, por haber realizado un acto ejecutivo deberían ser considerados, en el caso concreto, como coautores y habría que disminuirles la pena por debajo del *minimum legal*, en virtud de la eximente incompleta que les favorece (coacción imperfecta) y conforme al art. 90 del CP de 1924. Al contrario, la Corte Suprema sostuvo un criterio correcto al afirmar que "la complicidad supone la realización de actos de simple auxilio o cooperación mediata que no entran en la esfera de ejecución del delito y por tales que sin ellos se hubiera producido también el resultado"⁴¹⁶. 2344

Esta imprecisión señalada en la jurisprudencia del máximo tribunal tiene por origen el hecho de que los magistrados no percibieron que quienes coadyuvan "con auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido perpetrarse" el hecho punible, también son cómplices y no autores. La contribución de estos "cómplices primarios" tampoco es comprendida por el tipo legal correspondiente al hecho que el autor quiere cometer y esto cuando la realización de un acto ejecutivo excluye la complicidad. 2345

por medio de consejos, y/o material, mediante la ejecución de los hechos concretos". ES del 16 de septiembre de 2004, RN N° 2270-2004 La Libertad. Cfr. CARO JEON, 2007, p. 104 ss.

⁴¹³ VILLA STEIN, 1998, p. 311.

⁴¹⁴ Arts. 404 y 405, respectivamente.

⁴¹⁵ ES del 7 de agosto de 1958, en AJ 1958, p. 91.

⁴¹⁶ ES del 25 de agosto de 1960, en AJ 1960, p. 51.

2346 Los actos de complicidad, en algunas circunstancias si se les observa de manera separada, pueden ser calificados como actos preparatorios. Esto y el hecho de que la complicidad también pueda producirse durante la fase preparatoria de la infracción, no debe llevar a aceptar el criterio erróneo de que la diferencia entre la coautoría y la complicidad sólo reside en el momento en que se dan: complicidad durante los actos preparatorios y coautoría en la etapa ejecutiva. En efecto, durante esta última, también es posible una participación en forma de complicidad. En algunas de sus ejecutorias, la Corte Suprema admitió este criterio. Así, por ejemplo, consideró como cómplice a quien presenció la comisión del delito y le dio al autor un "palito de tejer" que éste empleó para martirizar a la víctima⁴¹⁷.

g. Tentativa de complicidad

2347 Por lo que se refiere a la complicidad tampoco es posible, como en el caso de la instigación, la represión de la tentativa de complicidad. Por ejemplo, quien busca proporcionar un insumo indispensable para la producción de cocaína, pero sin lograr ubicar a la persona interesada en hacerlo. La situación es diferente cuando el hecho punible principal sólo queda al nivel de la tentativa. En este caso, puede reprimirse la complicidad, puesto que la tentativa constituye en sí un hecho punible.

2348 Según el art. 19, el cómplice que impide que se produzca el resultado o, al menos, que se esfuerza seriamente en impedirlo, no será punible. De esta disposición resulta que la participación sólo será reprimida si se ha iniciado la ejecución de la infracción.

h. Complicidad por omisión

2349 Para que el auxilio o la asistencia se dé mediante una omisión, es indispensable que el participante tenga el deber de evitar⁴¹⁸ la producción del resultado y carezca del dominio del hecho, que permanece por lo tanto en manos del autor. Por ejemplo, el jefe de los depósitos de una empresa que no impide que sus subordinados se apoderen indebidamente de bienes que están bajo su custodia. La omisión debe favorecer la producción del resultado, de modo que quien se abstenga debe haber podido evitar casi con seguridad dicha producción. Sólo en estas condiciones se le podrá imputar una responsabilidad a título de complicidad.

⁴¹⁷ AJ 1959, p. 149.

⁴¹⁸ TRECHSEL, 2008, Art. 25 N° 5.

Conviene reflexionar si se deben tener en cuenta o no los dos criterios admitidos para determinar el deber de garante en la omisión impropia. Si el agente crea la situación de peligro a partir de la cual se hace inminente la comisión del delito por parte del autor, entonces se trataría de complicidad. Al contrario, existiría autoría cuando quien se abstiene tiene el deber de proteger el bien amenazado por el acto del autor. Por ejemplo, el policía que observa como el ladrón está sustrayendo las mercaderías de una tienda y no hace nada para evitar la consumación del delito, será reprimido como autor, debido a que infringe su deber de evitar el resultado (omisión impropia). 2350

L. Complicidad en delitos especiales

La complicidad en la comisión de delitos especiales (propios e impropios) o de delitos de propia mano es posible, puesto que la calidad especial que exige el tipo legal (delitos especiales) y la necesidad de realizar personalmente la acción típica (delitos de propia mano) son requeridas para el autor, pero no para los partícipes. Conviene precisar que en el caso de los delitos especiales, la circunstancia que fundamenta la represión o que la agrava debe ser comprendida por el dolo del cómplice. 2351

J. Intención del cómplice

Como en el caso de la instigación, el art. 25 estatuye expresamente que el cómplice debe prestar asistencia o auxilio dolosamente. El cómplice debe pues actuar con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su propia intervención y a la del comportamiento delictuoso que el autor realiza o está a punto de realizar. Por esto, en dogmática se habla también del doble dolo del cómplice⁴¹⁹, con arreglo al cual el dolo del partícipe debe abarcar el hecho de que su acción aumenta el riesgo de que el delito sea ejecutado, pero no debe, en cambio, conocer en detalle la manera como el autor llevará a cabo el hecho punible. Así, no es indispensable que conozca a la víctima o que sepa con precisión cuándo el autor cometerá la infracción. 2352

El art. 103 del CP de 1924, establecía que "para la fijación de la pena sólo se tendrá en cuenta, respecto del cómplice, los hechos que él haya facilitado o favorecido con intención". El correcto sentido de esta regla se comprende mejor al considerar su fuente legal: el art. 49 del CP holandés (pá. 4) que 2353

⁴¹⁹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 64 IV 2d.

regula la represión de la complicidad; estatuye que "al momento de fijar la pena del cómplice, se tendrá en cuenta sólo los actos que el cómplice ha facilitado o favorecido con intención, sin considerar las consecuencias de tales actos". En realidad, esta regla no es más que una ratificación del principio "no hay pena sin culpabilidad". Dicho de otro modo, se debe imponer una sanción, teniendo en cuenta lo que el agente quiso de verdad cometer⁴²⁰. Esto puede explicar que se haya considerado superfluo mantener esta regla en el Código vigente.

2354 No existe pues complicidad en el dominio de los delitos culposos⁴²¹. Si dos o más personas ocasionan la muerte o lesionan a un tercero, mediante un comportamiento negligente, serán consideradas como autores de homicidio o de lesiones culposas (autoría causal o accesoria, *Nebentäterschaft*). Quien colabora con otro en el transporte imprudente de explosivos que estallan y causan así la muerte de alguien, no podrá ser calificado de cómplice, porque el otro no actúa con la intención de cometer una infracción y porque mediante su ayuda consistente en transportar los explosivos, ya incurrir en imprevisión culpable, por no haber hecho uso de las precauciones impuestas por las circunstancias y por su situación personal, respondiendo, entonces, como autor imprudente.

2355 Si el acto de participación es imprudente, el mismo que es aprovechado por el delincuente que actúa con dolo, no puede considerarse al autor de dicho acto como partícipe, puesto que sólo existe, según la ley, complicidad dolosa. De acuerdo, con las circunstancias se le podría hacer responsable como autor de un delito culposo. Casos que son analizados, en la doctrina, según la noción de la prohibición de regreso (*Regressverbot*)⁴²². En buena cuenta, el problema es determinar si conviene tratar como autor de delito culposo a quien ha realizado un comportamiento que, por su índole, sólo merece ser tratado como una forma de participación.

k. Represión de la complicidad, cómplice primario y cómplice secundario

2356 Por lo que se refiere a la imposición de la pena, el legislador ha distinguido -conforme a la tradición española consagrada en el Código derogado- dos

⁴²⁰ Otro caso parecido es el del art. 167, en el que se regulan las llamadas lesiones con resultado fortuito.

⁴²¹ Cfr. *supra* N° 1871 ss..

⁴²² JAKOBS, 1977 p. 241 ss.; ROXIN, 1989a, p. 177 ss.; DIEL, 1997; FEIJÓO SÁNCHEZ, 1999b.

clases de complicidad: primaria y secundaria. Es preferible, sin embargo, no calificar a la primera de complicidad necesaria, a fin de no crear una confusión con los casos de participación necesaria. Al prever que los cómplices primarios sean sancionados con la pena del autor, el legislador ha rechazado la importancia práctica de distinguir entre coautores y cómplices, prefiriendo, simplemente, la de diferenciar entre cómplices primarios y cómplices secundarios.

El art. 25 del Código vigente, de manera similar al art. 100 del CP de 1924, 2357 distingue pues entre cómplice primario y secundario. Se refiere al primero, como aquel que presta el auxilio "sin el cual [el hecho punible] no se hubiere perpetrado" y a los segundos como los que "de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia". En el art. 17, inc. 2 CJMP y en su último párrafo, se establece que "el militar o policía que dolosamente preste auxilio con actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible, sin los cuales no se hubiere perpetrado será reprimido con la pena del autor. Si de cualquier otro modo se hubiere prestado dolosamente asistencia, se le disminuirá prudencialmente la pena".

Como se aprecia, las fórmulas utilizadas en el Código vigente son, sin duda 2358 alguna, mejores. Una vez distinguidos los coautores de los cómplices, según el criterio del dominio del hecho, el art. 25 impone diferenciar, según un criterio sobre todo objetivo, a los cómplices primarios de los cómplices secundarios. Dicho criterio consiste en la importancia del aporte del cómplice en favor de la realización del hecho, importancia que se determinará mediante un juicio valorativo no sólo en relación con la naturaleza intrínseca del aporte, sino, sobre todo, en relación con las circunstancias propias del caso particular⁴²³.

Al diferenciar la complicidad primaria de la secundaria, han de evitarse 2359 los extremos. Primero, el hecho de recurrir a un método hipotético consistente en la supresión *in mente* del aporte del cómplice y en el examen de lo que hubiera sucedido en tal caso. Segundo, el hecho de reducir el problema a un asunto de pura causalidad, haciendo depender la distinción de que se determine la naturaleza de la "condición" del acto de complicidad⁴²⁴. Tampoco se ha de adoptar un criterio cronológico en relación con el momento consumativo del delito (mediato o inmediato)⁴²⁵, o un criterio

⁴²³ ES del 06 de noviembre de 1998, Exp. N° 2770-98 Ancash, en GJ, 1999, p. 232.

⁴²⁴ Ver: GIMBERNAT, 1966, p. 137 ss.; SOLER, 1976a, T. II, p. 272.

⁴²⁵ Cfr. SOLER, 1976a, T. II, p. 271.

relativo a la manera "directa" o "indirecta" con que se lleva a cabo la complicidad⁴²⁶.

- 2360 Mediante el juicio de valor que se debe efectuar, el juez tiene que concluir afirmando el carácter indispensable o no de la contribución del cómplice, para lo cual tendrá en cuenta las posibilidades que tenía el autor. Esto no significa, sin embargo, que tenga que comprobar si existía o no un tercero dispuesto a prestar la ayuda en la que consistió la intervención del cómplice y/o si el mismo autor podía proveerse de los medios proporcionados por aquel, pues, imponerle tal tarea al juez sería exigirle algo imposible⁴²⁷.
- 2361 En realidad, no se puede llegar teóricamente a determinar una regla que sirva de clave para fijar en todos los casos quién debe ser calificado de "cómplice primario" o de "cómplice secundario". Todo esfuerzo tendiente a ese fin se revela inútil y los resultados obtenidos son muy poco satisfactorios. Conviene citar, por ejemplo el criterio de la "naturaleza intercambiable de las conductas". Según su defensor, Rodríguez Devesa, circunscritas a los participantes efectivos en la comisión del delito, no resta más posibilidad que preguntarse si sus conductas son intercambiables o no⁴²⁸. En el caso del "campana", si los que actúan son dos, la complicidad será necesaria mientras que si son varios, innecesaria. Según el derecho peruano, esto implicaría castigar siempre "como autor" al partícipe único en la acción delictuosa de un agente, sin considerar la importancia de su contribución.
- 2362 Otro ejemplo es el de la denominada teoría de los bienes escasos, sostenida por Gimbernat. En su opinión, hay que "acudir al sentido de la imprescindibilidad de una condición del resultado en el lenguaje corriente". Y en éste, según Gimbernat, "se habla de aportaciones necesarias para un resultado, teniendo en cuenta el criterio de la escasez de los medios"⁴²⁹. El "mejor camino a seguir" para determinar la "escasez de los medios" (instrumentos o actos en los que consiste la complicidad), sería el de "pronunciar un juicio general y provisional". Tal juicio se convertiría luego en "definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares" (circunstancias de tiempo y lugar)⁴³⁰.

⁴²⁶ A este criterio se hacía referencia en el CP de 1924, junto a la importancia "principal o secundaria".

⁴²⁷ Cfr. GIMBERNAT, 1966, p. 161.

⁴²⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, p. 817.

⁴²⁹ GIMBERNAT, 1966, p. 154.

⁴³⁰ GIMBERNAT, 1966, p. 155.

Gimbernat da diversos ejemplos para aclarar su posición. Uno de ellos 2363 es el siguiente: la entrega de 200,000 pesetas al autor del delito. Al respecto, afirma la escasez de este medio en un caso normal ("persona de fortuna media que delinque en España"). Luego, señala que "las 200,000 pesetas [...] dejan de ser una contribución de un bien escaso [...] si se comprueba que tenía (el autor) una fortuna personal de muchos millones de pesetas"⁴³¹. Sin embargo, a esto se puede objetar, en función de las circunstancias personales relativas al agente⁴³² que, entre gente adinerada casi nunca podría darse una complicidad necesaria consistente en la entrega de dinero. Además, también se puede criticar el hecho de que la imprecisión es trasladada al nivel de saber cuánto dinero debe de tener el autor, "en su cuenta corriente", para poder estimar que las 200,000 pesetas son para él un bien escaso. Gimbernat indica que si el autor tiene ya 200,000 pesetas, las 200,000 pesetas que se le entregan todavía constituyen un bien escaso para él, pues, no puede decir a mi 200,000 pesetas me sobran, no me hacen falta"⁴³³. Para que tal suma no sea un bien escaso, debería poseer "mucho más que una cuenta corriente de 200,000 pesetas". ¿Pero, cuánto implica este "mucho más"?

Por otra parte, el autor citado sostiene que la conciencia del cómplice que le 2364 entrega a un ejecutor una cosa que éste tiene "dificultades" para adquirir, o la del partícipe que le da al autor una cosa que éste puede obtener sin problema alguno, es lo único que determina la mayor o menor responsabilidad de la conducta del partícipe y lo único que debe ser tenido en cuenta para decidir la cuestión: cooperación necesaria o mera complicidad⁴³⁴. La admisión de este criterio significaría, sin embargo, un retorno a la concepción subjetiva y al problema de saber cómo comprobar lo que en realidad sabía el partícipe, sin recurrir a un criterio formal. A esto último, parece conducir la tesis de Gimbernat, cuando sostiene que "por lo general, el juicio definitivo sobre la escasez del bien no hará sino confirmar el juicio provisional en el que sólo se tuvieron en cuenta los factores generales"⁴³⁵.

En fin, todos estos intentos para encontrar una "fórmula clave" no tienen 2365 otro fin que el de limitar, mediante el señalamiento de pautas más o menos fijas, la libertad de criterio concedida al juez por el legislador, pues éste ha

⁴³¹ GIMBERNAT, 1966, p. 156.

⁴³² Cfr. QUINTERO OLIVARES, p. 635 ss.

⁴³³ GIMBERNAT, 1966, p. 157.

⁴³⁴ GIMBERNAT, 1966, p. 159.

⁴³⁵ GIMBERNAT, 1966, p. 160.

sido consciente de la imposibilidad de dictar reglas exhaustivas. En efecto, cuando se intenta establecerlas, se cae en un causalismo que nunca puede estar a la altura de la riqueza de variaciones de la realidad. Esta técnica también ha sido escogida por el legislador para redactar las disposiciones de la parte especial. Sucede así, por ejemplo, en el caso de los elementos normativos de los tipos legales.

- 2366 Conviene repetir, de acuerdo con la regulación legal vigente, que la distinción entre la "complicidad primaria" y la "complicidad secundaria" depende de la importancia del aporte del partícipe. Dicha importancia no se deduce de la misma naturaleza de la contribución del cómplice considerada independientemente, sino que deberá ser apreciada por el juez que tendrá en cuenta las circunstancias del caso particular. Una apreciación correcta de esta importancia implicaría llegar al convencimiento de que el aporte del cómplice primario fue imprescindible para el autor. Y esto, por último, no está determinado por lo que piensa el partícipe sobre el carácter indispensable o no de su acto.
- 2367 Según la Corte Suprema, al menos en algunas de sus decisiones, la complicidad primaria se caracteriza por la intensidad objetiva del aporte al delito y al momento en que se realiza esta ayuda⁴³⁶. Sin embargo, de manera poco clara, ha calificado de cómplice primario de violación sexual al sujeto que facilitó la realización del delito poniendo a la víctima en estado de inconsciencia, haciéndole ingerir un somnífero⁴³⁷. Del mismo modo, un Tribunal superior ha dado la misma calificación, en un caso de robo agravado, a quien "a pesar de contar con un arma de fuego no tuvo el dominio de la sustracción patrimonial"; y, como cómplice secundario a quien "tuvo la labor de vigilancia y de favorecer a sus coincurpados"⁴³⁸. Así mismo, se ha afirmado que la "autoría en el evento criminal que se le atribuye no fue a título de cómplice secundario sino como cómplice primario, pues el aporte causal a la concreción del ilícito penal fue de tal envergadura que sin él no se hubiera logrado el designio criminal de sus autores, esto es, que sin haber esperado en el vehículo a los mismos y facilitado su huida no se hubiera logrado consumar el delito de robo agravado"⁴³⁹.

⁴³⁶ ES del 06 de octubre de 1999, Exp. N° 3086-99 Lima, en ROJAS, 2000, p. 87.

⁴³⁷ ES del 31 de marzo de 1998, Exp. N° 590-98 Lima, en ROJAS/INFANTES, 2001, p. 105; Cfr. ES del 18 de junio de 1998, Exp. N° 1384-98 Arequipa, en ROJAS, 1999, p. 107.

⁴³⁸ ESUP del 05 de agosto de 1999, Exp. N° 98-174-81, en SerJur 4, p. 213; ES del 10 de noviembre de 1998, Exp. N° 4188-98 Callao, en ROJAS, 1999, p. 279.

⁴³⁹ ES del 14 de enero de 2010, Exp. N° 3476-2009, Lima Norte, en <http://servicios.pj.gob.pe/>

Ante la imposibilidad de establecer criterios generales y precisos para practicar la distinción entre los dos tipos de tipicidad, cabe plantearse la cuestión sino sería conveniente abandonarla en favor de la adopción de otra regulación, teniendo en cuenta las diversas soluciones previstas en el derecho foráneo. Sin embargo, hay que reconocer que todas ellas, como acontece siempre en derecho, dejan un amplio poder de valoración a los jueces. El caso extremo es, por ejemplo, estatuir simplemente que es cómplice quien, con dolo, presta asistencia para cometer una infracción, como se hace en art. 21 del CP suizo⁴⁴⁰. 2368

1. Fijación de la pena para los cómplices

Según el art. 25, pf. 1, los cómplices primarios son reprimidos con la misma pena fijada para el autor. El juez debe individualizar la sanción dentro de los márgenes penales señalados en las disposiciones de la parte especial. Este tratamiento se justifica, en la perspectiva del legislador, por la importancia de su contribución. En la jurisprudencia de la Corte Suprema establecida conforme al CP de 1924, no se encuentra una sola referencia expresa a los cómplices primarios, porque se les calificaba en general como autores (el art. 100 del mencionado Código trataba a los cómplices primarios como autores). Así, por ejemplo, en la ES del 25 de agosto de 1960⁴⁴¹, se considera como auto a quien "cooperó directamente a la realización del hecho, dando aviso a sus coacusados, conduciéndolos al lugar del suceso y proporcionando una piedra para la perpetración del acto punible". Sin embargo, en el contexto en el que intervino, no debe ser considerado como autor (mejor dicho coautor), sino más bien como cómplice primario. 2369

Los códigos en que no se regula la complicidad primaria equiparan, implícitamente, esta clase de complicidad a la autoría en la medida en que permiten que el juez imponga al cómplice la pena que al autor. Por ejemplo, el CP suizo dispone, en su art. 25, que la "pena podrá ser atenuada en relación a quien hubiera intencionalmente prestado asistencia para cometer un crimen o un delito". Por tanto, el cómplice puede ser reprimido como autor cuando su contribución sea importante, según las circunstancias del caso particular. 2370

JurisWeb/faces/searchResult_2.jsp.

⁴⁴⁰ HURTADO POZO, 2003, N° 810 ss.

⁴⁴¹ En AJ 1960, p. 151.

- 2371 Finalmente, al cómplice secundario se le impondrá, según el art. 25, pf. 2, una pena que el juez "disminuirá prudencialmente". La atenuación obligatoria de la pena significa que no se ha admitido el "concepto unitario de sanción".
- 2372 El art. 46, inc. 7, prevé, como circunstancia agravante genérica, la pluralidad de agentes. Su fundamento es el mayor peligro que representa la ejecución en grupo del hecho punible. Esta regla ha sido interpretada en el sentido que es aplicable a todas las formas de participación criminal. Vale decir que en caso que deba sancionarse, en un mismo proceso, a autores, instigadores, cómplices primarios o secundarios no deben distinguirse los diversos grados de intervención. De esta manera, se busca, en buena cuenta, aplicar este criterio no sólo al autor del hecho principal y sus eventuales instigadores, sino también a los cómplices primarios o secundarios, cuando en los tipos penales de la parte especial se prevea como circunstancia agravante específica: "el concurso de dos o más personas" (hurto agravado: art. 186, inc. 6; robo agravado: art. 189, inc. 4; robo de ganado agravado: art. 189-C, pf. 2; extorsión: art. 200, pf. 7, lit. e); "participando dos o más personas" (extorsión agravada: art. 200, pf. 5, lit. b) o "intervinieren dos o más personas" (usurpación agravada, art. 204, inc. 2).
- 2373 Esta interpretación es equivocada por no tener en cuenta que, según el art. 25, pf. 2, prevé claramente que al cómplice secundario se le "disminuirá prudencialmente la pena". El conflicto de normas que se presenta debe resolverse en favor de la aplicación de la norma general, sobre todo porque no debe ignorarse que la atenuación de la pena en favor de los cómplices secundarios se basa en la poca importancia de su intervención en el hecho punible cometido por el autor.

X. Técnica legislativa y distinción entre los partícipes

- 2374 A fin de acentuar la represión, el legislador ha establecido disposiciones por las que deviene superflua la distinción entre cómplices primarios y secundarios, y aun entre cómplices y autores. Durante la vigencia del CP de 1924, se recurrió a esta técnica en diversas ocasiones. Así, por ejemplo, cuando se modificó el art. 239 referente al delito de robo, se dispuso que "todos los que participen en un asalto llevado a cabo mediante el ardid de simular la presencia de un herido, un accidente o una situación que precise

socorro, sufrirán la pena de internamiento⁴². También, conviene señalar el caso del art. 8 de DL N° 19910, según el cual, en el caso de los delitos de "ataque a miembros de las Fuerzas Policiales", es decir de robo y asesinato, "cuando no constare quienes practicaron las acciones o quién causó individualmente la muerte, se tendrá por autores a todos los protagonistas del hecho delictuoso".

Lo mismo sucede con respecto al Código vigente y en algunas normas penales complementarias donde se prevé como circunstancia agravante la comisión del delito "por dos o más autores". Por ejemplo, en el art. 297, relativo al delito de tráfico de drogas, tiene importancia la circunstancia según la cual el hecho es cometido por tres o más personas. Conforme hemos expuesto, estas disposiciones deben ser interpretadas en el sentido de que la agravación procede sólo si se trata de coautores o de cómplices primarios y no de simples cómplices secundarios, puesto que admitir que debe ser comprendida cualquier persona, sin tener en cuenta su grado de participación en el hecho delictivo, implicaría, por un lado, la aceptación del sistema unitario de autoría, rechazado por nuestro legislador y, por otro lado, el desconocimiento de los principios de legalidad y de culpabilidad.

Violando las bases fundamentales del sistema del Código, el art. 1 del DLeg N° 895, del 23 de mayo de 1998, define el delito de terrorismo agravado indicando como autor al "que integra o es cómplice de una banda, asociación o agrupación criminal...". Además, en el art. 2, lit. a, inc. 6, se establece la cadena perpetua para "los cómplices o coautores del delito o que proporcionen información sobre personas y patrimonios...", y en el lit. b, inc. 1, la pena privativa de libertad no menor de veinticinco años a los demás involucrados, no contemplados en el inciso anterior...". En el caso del delito de traición a la patria, el art. 2, lit. c, del DL N° 25659, del 13 de agosto de 1992, estatuye que incurre en ese delito "el que suministra, proporciona, divulga informes, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto" en los incisos anteriores. Sea equiparando los partícipes por lo que se refiere a la pena, sea incriminando los actos de participación como delitos independientes, se dejan de lado todas las reglas sobre la participación que

⁴² Art. 4 del DL N° 19910, del 30 de enero de 1973.

tienen por objeto adecuar la represión a la índole del aporte realizado. Sólo de esta manera, se consolidara el respeto al principio de la legalidad (adecuación de los actos a los tipos legales ampliados) y del principio de la culpabilidad, evitando así la responsabilidad objetiva referente al simple hecho de concurrir o de colaborar en la comisión de un hecho punible (por más grave que sea).

2377. A veces, la necesidad de distinguir los diversos partícipes es eliminada por la calidad personal de quien colaboró. Por ejemplo, el art. 211 del CP de 1924 estatuyó que "los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualesquiera personas que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperaren a la perpetración de tales delitos, serán reprimidos con la pena de los autores". Así, poco importaba que hubieran actuado como coautores, cómplices primarios o cómplices secundarios: siempre debían ser reprimidos con la pena correspondiente al autor del delito. Igualmente, el legislador de 1991 trató de establecer el mismo principio en el art. 184; pero, por un error, no logró su objetivo: olvidando que para los cómplices primarios ya había previsto en el art. 25, pf. 1, la misma pena que para el autor, dispuso que "los ascendientes, descendientes, afines en línea recta, hermanos y cualesquiera personas que, con abuso de autoridad, encargo o confianza, cooperen en la forma señalada por el art. 25, pf. 1, serán reprimidos con la pena de los autores". Es decir, repitió exactamente lo mismo que ya había establecido en la disposición citada. Además, este error no puede ser corregido mediante la interpretación diciendo que la intención del legislador era indicar los cómplices secundarios solamente y no los primarios, pues sólo con respecto a los primeros se prevé la atenuación obligatoria de la pena. El respeto al principio de la legalidad lo impide tanto porque la misma regla supone un desconocimiento de los tipos legales ampliados relativos a la participación, como porque no se puede imponer una sanción no prevista por la ley (en este caso, no establecida para los cómplices secundarios).

2378. Esta manera de legislar procura simplificar, por eliminación, los problemas que implica distinguir entre las diferentes formas de participación. Pero también tiene como objetivo ampliar y acentuar la represión. Una descripción tan amplia de las diferentes formas de los delitos de terrorismo, de traición a la patria o de tráfico ilícito de drogas, por ejemplo, hace superfluo el hecho de declarar inaplicables las reglas de la participación, como a veces se dispone.

XI. Actuar en lugar de otro

1. Introducción

En el art. 27, novedad respecto al derecho precedente, se regula "el actuar en lugar de otro" (*Handeln für einen anderen*). El legislador se inspiró tanto en el art. 15 bis del CP español de 1973, como el art. 31 del Anteproyecto español de 1983⁴³. Disposiciones en las que se seguía al § 14 del CP alemán⁴⁴. Su ámbito de aplicación es el de los delitos especiales y su finalidad es delimitar la responsabilidad de quien, sin tener la calidad especial exigida en el tipo legal correspondiente (*extranei*), actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad. La previsión de esta regla era indispensable en función del principio de legalidad, puesto que no se realizaba un elemento del tipo legal. Esto es, la persona jurídica o la sociedad tienen la calidad exigida por el tipo legal y no el agente que comete la acción típica. Así mismo, es correcta conforme a la política criminal en la medida en que, tratándose de una conducta perjudicial, era necesario recurrir a la amenaza penal para tratar de evitar que fuera cometida.

Si bien, no se ha limitado la aplicación del art. 27 a un dominio determinado, lo cierto es que está destinado a ser utilizado, sobre todo, en el derecho penal de la empresa; por ejemplo, en relación con los delitos contra el medio ambiente, los derechos de los trabajadores, defraudación tributaria, abuso de poder económico. En los casos en que se tratara de aplicarlo en otros ámbitos, se debería excluir todo recurso a la analogía.

El art. 27 no comprende, por lo tanto, los casos de responsabilidad penal de la empresa (personas jurídicas, entes colectivos). Esta responsabilidad no es admitida por ahora, pero aun en la hipótesis de que llegará a admitirse la regla es indispensable para resolver los casos que regula y que no serían resueltos con el sólo reconocimiento de la responsabilidad penal de los entes colectivos, respecto a los cuales se tienen, sobre todo, en cuenta sus deficiencias de organización como condicionante de la comisión de infracciones.

⁴³ Cfr. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 439 ss.

⁴⁴ Cfr. KINDHÄUSER, 2006, § 14, N° 1 ss.

2. Ámbito de aplicación

- 2382 Para mejor determinar el ámbito del art. 27, hay que precisar que concierne sólo a los delitos especiales propios⁴⁴⁵ y cuando el autor, a cargo de la dirección y/o administración de la empresa, no reúne en su persona la calidad individual requerida por el tipo legal. Así, por ejemplo, cuando, en el caso de defraudación tributaria cometida con ocasión de la actividad de una empresa (titular de la obligación tributaria), la acción típica e ilícita es realizada por el director de la sección de contabilidad; quien no tiene dicha obligación fiscal.
- 2383 Del mismo texto de la disposición ("aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad no concurren" en el agente), se deduce que no se aplica respecto a los delitos especiales impropios, en cuanto son, en realidad, delitos comunes agravados por la calidad personal del agente. Por lo tanto, esta condición no es el fundamento de la represión, sino sólo una circunstancia agravante. Esto significa que, de manera voluntaria o involuntaria, no se ha previsto la agravación de la pena cuando se presente la misma situación en los delitos impropios⁴⁴⁶. Por el contrario, sin mayor explicación, en el Anteproyecto de CP de 2004, art. 27, se dice "aunque los elementos especiales que fundamentan o agravan la pena..."; similar situación se presenta en el Anteproyecto de CP de 2009, art. 27.
- 2384 La aplicación del art. 27 está restringida también porque sólo se refiere a las personas jurídicas y sociedades. De modo que se deja de lado a las agrupaciones sin personalidad jurídica o que no han cumplido con las disposiciones del Código Civil o de la Ley General de Sociedades; por ejemplo, con el trámite de inscripción en Registros Públicos. Esta regulación es incoherente con el sistema jurídico. Así, no es claro el porqué no se consideran respecto a la represión penal los actos realizados antes de la inscripción y si se les reconoce validez de acuerdo al art. 77 del CC⁴⁴⁷. Este vacío trata de ser colmado en el Anteproyecto de CP de 2009, (art. 27) haciéndose referencia a "una persona jurídica, regular o irregular". De esta manera, se trata de evitar la impunidad de los casos en que una persona jurídica no se haya aún constituido "por falta de formalidades". Sus redactores estiman que "el daño social sigue latente aun si ha sido cometido por agentes jurídicos informales"; además van más lejos, siguiendo el modelo español, al referirse también a las personas naturales.

⁴⁴⁵ MIR PUIG, 1998, p. 176; GARCÍA CAVERO, 2002a, p. 103 ss.

⁴⁴⁶ MEINI, 1999a, p. 132.

⁴⁴⁷ MEINI, 1999b, p. 206.

3. Actuación de derecho o de hecho

Por la frecuencia y gravedad con que se plantea la cuestión, en la doctrina, 2385 se discute mucho si la calidad indicada en el art. 27 debe poseerla el agente de derecho o de hecho. En el primer caso, significa que éste accede a ella o la mantiene en cumplimiento de exigencias legales. Por el contrario, en el segundo, significa que éste dirige o administra la persona jurídica o la sociedad de facto⁴⁴⁸.

Debido a que en el art. 27, el legislador se refiere a quien actúe "como" 2386 órgano de representación o socio representante, es posible interpretarlo de manera amplia en el sentido de comprender también a los directores o administradores de hecho⁴⁴⁹. Una interpretación restrictiva sería contraria a la misma finalidad de la disposición, la cual persigue colmar, justamente, un vacío en la represión de los delitos especiales propios cometidos al amparo o en favor de las actividades de entes colectivos. Los cuales, sobre todo en países como el nuestro, no siempre funcionan con todas las formalidades legales. Esta ausencia de claridad en la ley pretende ser corregida en el Anteproyecto de CP de 2009 previéndose que responderá como autor "el representante legal o de hecho de una persona jurídica, regular o irregular, o de una persona natural que realiza un hecho previsto como delito o falta".

4. Realización del tipo legal

El art. 27 dispone, en realidad, una ampliación de los tipos legales de los 2387 delitos especiales, en la medida en que estatuye la aplicación de éstos aun a quien realiza uno de los comportamientos por ellos descritos y no cumple con la calidad personal del autor que prevén⁴⁵⁰. En consecuencia, es evidente que cuando, en el art. 27, se prevé que el agente realice el com-

⁴⁴⁸ FERRADILLOS, 1987, p. 71 ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, p. 178 ss.

⁴⁴⁹ MEINI, 1999a, p. 144 ss. Esta imprecisión en el texto vigente es corregido en la propuesta del Anteproyecto 20004, art. 27.

⁴⁵⁰ Al respecto, la jurisprudencia peruana, Cons. N° 3963-99-Ancash, del 24 de octubre de 1997, ha resuelto que: "La persona jurídica no posee capacidad de conducta, de acuerdo al principio *societas delinquere non potest*, recayendo en todo caso dicho atributo solo a las personas naturales; no pudiéndose instaurar proceso penal contra el encausado y otros, debiendo identificarse, en todo caso, a la persona que actuó como órgano de su representación, o como socio representante autorizado de ella", Cfr. CARO JOHN, 2007, p. 632. En el mismo sentido, las ejecutorias recaídas sobre el Exp. N° 1746-99, del 10 de septiembre de 1997, y el RN N° 3469-99-Santa; citados por IDEM, 2007, p. 633.

portamiento previsto en el tipo legal, se está aludiendo a la ejecución del comportamiento delictuoso y no a la realización completa del tipo legal (comprendida la calidad del agente). Esto sólo sería posible si se admitiese la responsabilidad penal de los entes colectivos; puesto que, en el caso analizado, es la persona jurídica o la sociedad la que es titular de la calidad especial exigida por el tipo legal. De modo que la agrupación sería autora de la infracción y el director o administrador implicado podría ser considerado como partícipe. Pero como los entes colectivos no son sujetos activos de delitos, el tercero debería permanecer impune. Para evitar esto, repítámoslo, se ha establecido el art. 27. Por lo tanto, quien ejecute la acción típica e ilícita será reprimido, a pesar de ser un *extraneus* "como" como autor del delito especial propio respectivo.

5. Participación en el actuar en lugar de otro.

2388 La ejecución del comportamiento delictivo que supone la aplicación del art. 27 puede ser la obra de uno o más individuos. En caso de pluralidad, cada uno de los que intervengan pueden estar implicados conforme a los presupuestos de esta disposición legal, pero también pueden ser personas que reúnan realmente la calidad exigida al autor por el tipo legal correspondiente. Por lo tanto, sus responsabilidades serán determinadas conforme a las reglas de la participación delictuosa.