

ENRIQUE BACIGALUPO
CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL



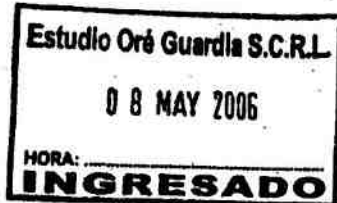
DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

PRESENTACIÓN Y ANOTACIONES DE
PERCY GARCÍA CAVERO



00000368



1ra. edición: 2004

© ARA Editores E.I.R.L.
Géminis 701-Dpto. 301-B Lima 39 - Perú
Teléfonos: (01) 522-5870 / 9855-0193
E-mail: araeditores@yahoo.com

© Enrique Bacigalupo Z.

ISBN: 9972-626-44-X
Hecho el depósito legal: Reg. N° 1501152004-7397

Diagramación y composición / Diseño de carátula
Mirtha Ríos M. / Víctor Arrascue C.

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier medio de almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Hecho e impreso en Perú

Printed in Peru

CAPÍTULO VIII

**LA EXTENSIÓN DE LA TIPICIDAD A LA
PARTICIPACIÓN EN EL DELITO**

I. Introducción: diferenciación de las formas de participación o concepto unitario de autor; concepto extensivo y concepto restrictivo de autor

Normalmente los tipos contenidos en el Derecho penal se refieren a la realización del hecho punible por una única persona. Sin embargo, cada tipo de la parte especial aparece complementado por las prescripciones contenidas en la parte general, que extienden la pena a casos en que el hecho es obra de más de una persona. De allí surgen los problemas de diferenciación, que sólo se presentan en la medida en que varios concurren al mismo hecho; pues, donde alguien ha realizado por sí solo la acción típica, no hay problema alguno en distinguir entre quien ha cumplido el papel protagonista y aquél que sólo ha tenido una función secundaria.

Todas las cuestiones que se estudian aquí, en la medida en que se refieren a la participación de más de una persona en uno o más hechos punibles, pueden ser consideradas como formando parte del concepto amplio y general de participación, pues tanto participan o toman parte en el hecho los que son autores como los que ayudan a éstos; MAURACH recalcó que el nuevo Código Penal alemán en sus §§ 28,2 y 31 hace referencia a un «concepto superior» que alcanza la autoría, la participación y las demás formas de efecto conjunto sobre un hecho punible, a saber, el tomar parte. Dentro de la participación en general es preciso, sin embargo, distinguir entre los autores y los partícipes en sentido estricto (cómplices e inductores).

La teoría de la autoría y la participación tiene la finalidad de diferenciar en el nivel de la tipicidad diversas formas de participación de más de una persona en un hecho punible. Estas formas determinan, o pueden determinar, también diversas consecuencias jurídicas, dado que algunas son más punibles que otras. Es obvio que esta teoría presupone la necesidad dogmática de tal distinción y, por lo tanto, depende, en principio, de la configuración del Derecho positivo. Si el Derecho positivo unifica todas las formas de participación la delimitación de partícipes principales y partícipes secundarios, es decir entre autores y simples partícipes (inductores y cómplices), será prescindible. Este es el caso en el Derecho penal de Noruega (art. 58 CP noruego), que en ciertos delitos (p. ej. contra la vida) equipara a los autores y los partícipes, en el Derecho penal italiano (art. 23.1 CP italiano), en el austríaco (§ 12 CP austríaco) y probablemente en el Derecho penal francés (art. 121 IV y VII del CP francés de 1992).

En el Derecho vigente, el art. 28 CP es poco claro, dado que «considera» autores a los inductores y a los partícipes necesarios¹. Sin embargo, hay tres razones para sostener un criterio diferenciador en el Derecho vigente. En primer lugar es evidente que cuando la ley dice «se consideran autores», gramaticalmente dice también que *no son* autores. Por lo tanto, son considerados autores *a los efectos de la punibilidad*. En segundo lugar, el propio texto legal distingue los cooperadores necesarios y los inductores de los autores y de los simples cómplices (art. 29 CP). Por último el art. 65 distingue a los efectos de aplicación de agravante y atenuante a los partícipes entre los que tienen carácter individual (sólo se aplican a aquél en el que concurren) y general (comunicables a todos los partícipes)². Precisamente el art. 65 CP viene a establecer una regla que es característica de los sistemas diferenciadores, dado que los unitarios consideran que las circunstancias se comunican a todos los partícipes en todos los casos.

¹ El artículo 23 CP peruano no hace esta calificación.

² El artículo 26 CP peruano regula la incomunicabilidad de las circunstancias especiales personales entre los partícipes del hecho.

Una vez que se ha comprobado que el legislador se ha decidido por un sistema diferenciador de las formas de participación es preciso aclarar cuál es la naturaleza dogmática de las normas que imponen el tratamiento diferenciado de las mismas. La evolución de las soluciones dogmáticas en relación a esta cuestión demuestra que durante mucho tiempo se ha considerado esencial que el contenido normativo de las disposiciones legales sobre las formas de participación se corresponda con las estructuras reales del objeto regulado por la norma, pero que, al mismo tiempo, se ha entendido que ello no ocurría en el caso del Derecho vigente en materia de autoría y participación. Esto explica por qué razón la teoría de la participación no ha logrado despejar las dudas básicas sobre la posibilidad dogmática de una delimitación entre autoría y participación. Dicho con otras palabras: la dogmática de las formas de participación se ha desarrollado sin convicción respecto de una diferenciación plausible de las mismas. En este sentido se deben recordar las palabras de V. LISZT reiteradas durante más de medio siglo en diversas ediciones de su tratado: «Si pudiéramos desarrollar consecuentemente el único principio teóricamente correcto, según el cual todo el que ha puesto una condición para la producción del resultado en forma culpable, debe ser responsable de éste como causante del mismo, entonces autoría y causación serían conceptos idénticos, la teoría de la participación no tendría lugar, o sólo tendría una posición subordinada, en el sistema del Derecho penal. Pero el Derecho positivo (...) ha quebrado este principio con una excepción muy importante». Las dudas no se disiparon con el abandono de concepción estrictamente naturalista de la autoría cuando el concepto puramente causal fue reemplazado por la idea de la acción que lesione un bien jurídico típicamente protegido.

Por lo tanto, no debe sorprender que, partiendo de posiciones escépticas sobre la posibilidad de la diferenciación de la dogmática apoyada en la oposición sobre contenido normativo y estructura de la realidad se haya desembocado en el llamado *concepto extensivo de autor* cuya principal función fue justificar la llamada autoría mediata. De acuerdo con éste, tanto desde la perspectiva de la causación del resultado como desde el punto de vista de la lesión del bien jurídico, toda aportación será básicamente equivalente y, por lo tanto, fundamentadora de autoría. Sólo

por así imponerlo el Derecho positivo (arts. 28, 29, 63 y 65 CP³) se deben reconocer –se afirma– la existencia «*causas limitadoras de la punibilidad*», que permiten reducir la pena de algunos partícipes. Para ello la inducción fue considerada como un «minus normativo», dado que se la amenaza en la ley con la misma pena que la autoría. La función de las teorías de la autoría y la participación en este contexto fue la de establecer qué aportaciones de los partícipes son merecedoras de una atenuación de la pena.

Por el contrario, en la actualidad es dominante el *concepto restrictivo de autor*, que parte de la idea de que los tipos de la parte especial sólo describen el comportamiento del autor. Consecuentemente, la responsabilidad de los partícipes en el hecho cometido por el autor se caracterizan como «*causas de extensión de la punibilidad*». En este marco las teorías de la autoría y la participación tienen una función diferente: deben caracterizar la figura nuclear del suceso (el autor) y además describir los fundamentos que permiten una extensión de la punibilidad a personas que no han realizado acciones de autoría, sino, simplemente, tomado parte en el hecho del autor.

II. La autoría

El Código Penal no define al autor. El art. 27 se limita a afirmar que «son criminalmente responsables de los delitos y las faltas los autores y los cómplices», algo que de inmediato desmiente el art. 28, pues éste establece que también lo son los inductores y los cooperadores necesarios. Por el contrario, la ley establece en el art. 28 las formas que puede adoptar la autoría: *autoría individual* («quienes realizan el hecho por sí solos»), *coautoría* («conjuntamente» con otros) y *autoría mediata* («por medio de otro del que se sirven como instrumento»)⁴.

La reforma de 1995 ha dado un paso significativo al eliminar la vieja fórmula del art. 14.1 CP 1973 de «los que toman parte directa en la ejecución del hecho», favorecedora de conceptos extensivos de autor.

³ Artículos 23, 24, 25 y 26 CP peruano.

⁴ Artículo 23 CP peruano.

La tarea dogmática que requiere la nueva redacción se concreta en la formulación de criterios dogmáticamente operativos, que posibiliten decidir sobre la significación de las respectivas aportaciones de hecho de cada uno de los que toman parte en la ejecución del delito. Al respecto existen diversas concepciones teóricas. Todas ellas tienen el propósito común de responder a la pregunta *¿quién es autor y quién es partícipe?* Todos ellos parten del mismo punto: *autor es el que ha ejecutado la acción típica*. Sin embargo, las respuestas no son coincidentes; difieren en lo que se debe considerar realización de la acción típica. Las diferencias son tan notorias en este aspecto que mientras unos piensan que el autor debe realizar la acción que describe el tipo penal, otros piensan que ello no es necesario y que puede ser autor quien no haya realizado la acción descrita en el tipo (así la teoría subjetiva).

1. La teoría formal-objetiva

Para la teoría formal-objetiva «autor» es el sujeto que ejecuta la acción expresada por el verbo típico. La doctrina proviene de la dogmática alemana y tuvo numerosos partidarios ya en el siglo XIX. Fue dominante en Alemania entre 1915 y 1933 y seguida por autores de significación; a pesar de ello hoy ha sido abandonada. Sin embargo, es la teoría dominante en España.

Un sector considerable de la teoría piensa que el concepto de autor en el sentido de la teoría formal-objetiva se infiere de los respectivos tipos de la parte especial. Pero, este criterio no brinda sino una solución aparente, pues en el delito de homicidio, por ejemplo, se dice que realiza el tipo el que mata a otro, pero de allí no es posible deducir quién es el que mata a otro cuando son varios los que toman parte en el hecho. Sobre todo cuando se reconoce que los tipos de la parte especial están concebidos sin tomar en cuenta más que un único autor, es decir, un supuesto en el que no se presenta el problema de la distinción entre autores y otros partícipes.

La teoría formal-objetiva ha estado, en los precedentes doctrinales que la informan, ligada al concepto restrictivo de autor, por oposición a un concepto extensivo. Sin embargo, en la variedad representada por quienes piensan que su fundamento reside en «tomar parte directa en la

ejecución del hecho», ha dado fundamento a un concepto extensivo de autor, dada la imposibilidad de diferenciar a los autores de los cómplices o cooperadores, ya que éstos también toman parte en la ejecución. Del «tomar parte» no es posible deducir todavía quién es autor y quién es cómplice o cooperador.

La *teoría formal-objetiva* distingue el autor del partícipe según el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, es decir según si la acción se puede subsumir (lógico) formalmente bajo el tipo penal. Esto significa que es necesario comprobar si la acción realizada puede ser considerada la mencionada en el texto legal haciendo un «uso sencillo del lenguaje de la vida». Esta noción de autor estaba fuertemente condicionada por el contexto sistemático en el que se desarrolló. En efecto, en el nivel de la tipicidad no era posible introducir elementos subjetivos, pues en el sistema de la época estos elementos pertenecían exclusivamente a la culpabilidad. Por lo tanto, la teoría se desarrolló intentando distinguir conceptualmente entre «causa» y «condición» o entre «ejecución» y «cooperación o apoyo».

El desenvolvimiento de la teoría del delito terminó, en cierta forma, con la posibilidad de una concepción puramente objetiva de la autoría, dado que dio lugar en el tipo penal a los *elementos subjetivos del tipo*. En la medida, entonces, en la que la acción ejecutiva ya no era concebida de forma exclusivamente objetiva, los postulados de la teoría objetiva dejaron relativizarse. Consecuencia de ello es el punto de vista expuesto por MEZGER, para quien, si bien la teoría formal-objetiva es básicamente correcta, «también la realización de los elementos subjetivos de la ilicitud fundamentan la autoría». Consecuentemente en relación al delito de hurto afirma que «es coautor (de este delito) el que comienza a relajar la custodia del sujeto pasivo, cómplice el que proporciona al autor un medio para llevarlo a cabo; pero también puede ser autor el que tiene el propósito de apropiación».

Por lo tanto, una vez reconocidos los elementos subjetivos de la tipicidad la teoría «formal-objetiva» ya no reflejaba una noción de autor formalmente objetiva.

La teoría formal objetiva, por otra parte, no puede proporcionar una solución plausible a los casos en los que una persona (no inductor) se vale de otro para ejecutar la acción típica (*autoría mediata*). En este sentido cabe señalar que, admitida la autoría mediata en forma expresa en el art. 28 CP⁵, la teoría formal-objetiva, en realidad, choca con el texto legal. Además genera problemas conceptuales en los *delitos especiales propios*, en los que la realización corporal de la acción típica no es suficiente para la tipicidad de la acción y, por lo tanto, para la autoría. Precisamente la necesidad de superación de estos problemas fue la que condujo al *concepto extensivo de autor*, que considera autor a aquél «a cuyo comportamiento se reconduce una lesión de intereses típicos, cualquiera sea la configuración exterior de su conducta».

2. La teoría subjetiva

Quienes no creen posible una delimitación de las formas de participación sobre la base de la teoría formal objetiva proponen, en primer término, una *teoría subjetiva*, es decir, una teoría basada en la dirección de la voluntad del partícipe.

Estas teorías se apoyan, por un lado, en un concepto especial de dolo, en concreto una específica *voluntad de ser autor (animus auctoris)* que permitiría distinguir al autor del partícipe, que sólo actuó con *animus socii*. En otra variante se recurre al *criterio del interés*, según el cual la voluntad de autor se identifica con el interés en la ejecución del delito. El punto de partida de esta concepción subjetiva de la autoría es la teoría de la equivalencia de las condiciones, en cuyo contexto no cabe una distinción entre causas y condiciones. De esta manera la teoría subjetiva no era sino una consecuencia de la concepción que sólo atribuía al comportamiento humano una manifestación causal naturalística en el mundo exterior. En la medida en la que la reducción de la realidad social a categorías naturalísticas fue puesto en duda, en el concepto de ilícito se introdujeron elementos valorativos, la equivalencia valorativa ya no pudo ser deducida sin más de la equivalencia causal. Como consecuencia de ello la teoría subjetiva ha sido rechazada en la teoría y, salvo pocas excepciones, no ha merecido la consideración de la jurisprudencia.

⁵ Artículo 23 CP peruano.

En la doctrina se admite de manera casi unánime que el criterio del interés está condenado al fracaso en los que el principal partícipe actúa con motivos altruistas. Por lo tanto, los modernos partidarios de la teoría subjetiva consideran que la *voluntad de dominio del hecho* es un indicio eficaz de la existencia de interés en el resultado. Por consiguiente, se afirma, que debe ser considerado coautor el que quiere dominar el hecho, aun cuando carezca de interés en el resultado, así como el que tiene interés en el resultado, aun cuando su contribución al hecho no sea esencial. Por el contrario, será cómplice o cooperador el que no quiere dominar el hecho ni tiene interés en el resultado; el que no tiene interés en el resultado y sólo contribuye de manera no esencial al hecho, así como el que tiene un reducido interés en el resultado y sólo realiza una aportación no esencial al hecho.

En la práctica, en particular en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) que mantiene su adhesión a la teoría subjetiva, ésta ha evolucionado hacia una «teoría subjetiva con incrustaciones de elementos objetivos». De esta manera es posible, en la práctica, llegar a considerar en ciertos casos que *no es autor* a un partícipe aunque haya realizado la acción típica por sí mismo. En su versión moderna el BGH ha fundamentado la teoría subjetiva en la necesidad de tomar en consideración en esta materia los *impulsos especiales* reconocidos por la criminología, de tal manera que una teoría objetiva sólo resultaría preferible si constara que los partícipes actúan por impulsos criminológicamente reconocidos. Desde esta perspectiva fue posible al BGH considerar que un agente extranjero que cometió un delito de homicidio debía ser considerado como un partícipe, dado que sólo había cumplido órdenes de un Estado que se había servido de una propaganda masiva.

En suma: la teoría subjetiva ha realizado un considerable acercamiento a las teorías material-objetivas (ver *infra* 3) introduciendo el concepto de *voluntad de dominio del hecho* y apreciando en los casos concretos que quien *objetivamente* tiene el dominio del hecho, por regla, tendrá también la voluntad de poseerlo.

3. Teorías material-objetivas

Las *teorías material-objetivas* se orientan, en general, por pautas objetivas, pero procuran establecer el sentido de la intervención de varias personas atendiendo a criterios de contenido, es decir, que van más allá de la forma misma del comportamiento. Las teorías material-objetivas más antiguas han procurado una distinción basada en diferenciaciones dentro de la causalidad (teoría de la *necesidad de la aportación causal*, cuya influencia en el Derecho español vigente no ha podido ser totalmente eliminada; teoría de la intervención antes y durante la ejecución, que también ha influido en el Derecho español [art. 14.1 CP anterior]; etc.).

En la doctrina moderna, sin embargo, la teoría material-objetiva más significativa es la *teoría del dominio del hecho*. El concepto ha sido empleado en la dogmática por diversos autores. En este sentido la teoría del dominio del hecho presupone una concepción de la relación de los partícipes con su mundo exterior que se diferencia básicamente de la que parten las otras teorías. La moderna teoría entiende que no se trata de la causación de efectos en el mundo exterior, sino de la realización de un fin, que es el resultado de una elección entre diversas alternativas y posibilidades de acción en relación al fin que el agente se propone. La concepción moderna del dominio del hecho ofrece diversas posibilidades de articulación teórica de los aspectos objetivos y subjetivos del comportamiento, pero, en general, la fórmula más aceptada se expresa de la siguiente manera: *el dominio del hecho se debe manifestar en una configuración real del suceso y quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del dominio del hecho*. Sin embargo, es necesaria una mayor concreción del dominio del hecho para lograr un concepto más operativo.

Esta concreción ha sido emprendida, en primer lugar por ROXIN. El dominio del hecho, de acuerdo con su formulación de la teoría, se manifiesta, ante todo, en el *dominio de la propia acción típica* («los que realizan el hecho por sí solos»). Este dominio no se pierde ni por la existencia de una coacción ni por la concurrencia de circunstancias que excluyan la culpabilidad. El dominio del hecho se manifiesta también cuando el partícipe *domina la voluntad de otro*, que realiza la acción típica (los que realizan el hecho sirviéndose de otro que actúa como instrumento). Sea que este dominio de la voluntad tenga lugar mediante coacción, por aprovecha-

miento del error del otro, por la incapacidad de culpabilidad del que actúa inmediatamente, sea porque se utiliza un aparato de poder, etc. Por último el dominio del hecho puede asumir la forma de un *dominio funcional del hecho* en los supuestos en los que varios partícipes dividen funcionalmente entre sí la ejecución del delito según un plan común (los que realizan el hecho *conjuntamente* con otros).

De manera similar JAKOBS ha propuesto también distinguir tres formas de dominio del hecho: el *dominio formal*, vinculado a la realización personal de la acción típica, *el dominio material como dominio de la decisión* y *el dominio como dominio configurador*.

4. Límites explicativos de la teoría del dominio del hecho: La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber

En los últimos decenios se ha comprobado que no todos los tipos de delito tienen una estructura que permite explicar las cuestiones de la autoría a través de la teoría del dominio del hecho. En 1963 ROXIN propuso, en este sentido, distinguir los *delitos de dominio del hecho* de los *delitos de infracción de deber*. En su versión originaria los delitos de infracción de deber se caracterizan porque la autoría de la realización del tipo penal no depende del dominio del hecho, sino de la infracción de un deber que incumbe al agente. Los delitos de infracción de deber, por lo tanto, se dan en tipos penales en los que la autoría se encuentra reducida a quienes les incumbe un determinado deber. Por lo tanto, en estos delitos de infracción de deber es factible que quien domina la acción *no* sea el autor ni tampoco el coautor, pues la autoría se define por la infracción del deber y no por el dominio del hecho. *Ejemplo*: el no funcionario documenta una constatación falsamente, que el funcionario competente para la expedición del documento conoce y autoriza: sólo el funcionario es autor de un delito de falsedad documental del art. 390 CP, aunque no haya tenido el dominio del hecho en la confección del documento⁶.

⁶ En el Perú, no existe un delito autónomo de falsificación de documento por funcionario público, sino que la calidad de funcionario constituye una agravante del delito de falsificación de documento (artículo 432 CP).

La teoría de los delitos de infracción de deber se refiere, en la formulación de ROXIN, a los delitos especiales y los delitos de omisión y tiene importantes consecuencias en lo referente a la accesoriedad (mientras en los delitos de dominio la participación requiere un autor principal que obre dolosamente, ello no es necesario en los delitos de infracción de deber, en los que el partícipe es quien participa sin lesionar un deber especial, aunque el autor haya obrado sin dolo).

La caracterización de los delitos de infracción de deber sufre una considerable modificación en la propuesta de JAKOBS, como consecuencia de que éste no elabora la teoría del delito sobre la base de la distinción entre acciones y omisiones, sino entre deberes que provienen de la *organización* de la intervención del agente y deberes que provienen de la *posición institucional* de éste. Por lo tanto, los delitos de dominio se corresponden con el ámbito de la organización (donde es irrelevante que se trate de una acción o de una omisión) y los delitos de infracción se refieren al ámbito institucional. Desde el punto de vista de JAKOBS en los delitos de infracción de deber la competencia del autor se encuentra fundada en la lesión de deberes protegidos institucionalmente.

Contra la teoría de los delitos de infracción de deber se ha sostenido que en la medida en la que todas las normas imponen deberes y todos los delitos consisten en la infracción de una norma, se debería deducir que *todos* los delitos tendrían el carácter de delitos de infracción de deber. Este punto de vista ha sido desarrollado también a partir de la concepción del Derecho penal como defraudación de expectativas. La distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, sin embargo, ha sido mantenida por JAKOBS sobre la base de la ya mencionada diversidad entre los deberes que provienen de la organización de la propia actividad y los que se derivan de una institución.

5. La teoría de la consideración total

Esta teoría ha sido formulada por SCHMIDHÄUSER y fundamentalmente propone una determinación puramente intuitiva del autor y los partícipes. Partiendo de la naturaleza de «concepto empírico», es decir, que no puede reducirse a una definición, se sostiene que hay un gran número de casos que no son problemáticos y que aquellos que lo son deben resolverse

mediante «una consideración total». De esta manera será autor «el que de acuerdo con el respectivo tipo de ilícito sea autor del mismo en una consideración total; y partícipe (inductor o cómplice) el que de acuerdo con los elementos de una inducción y la complicidad en relación al correspondiente tipo de ilícito es partícipe en una consideración total».

En la práctica esta teoría procede de la siguiente manera: en los casos en que es claro quién es autor y quién es partícipe estima innecesaria cualquier fundamentación teórica. Pero, cuando es difícil una distinción intuitiva, se requerirá una consideración total de los diversos momentos decisivos del hecho. Tales momentos se refieren «más al aspecto objetivo-exterior del suceso» (presencia en el lugar del hecho, cercanía temporal de la contribución al resultado, importancia de la misma para la realización de éste, la configuración del suceso en el lugar y en el tiempo, la necesidad de la colaboración y su reemplazabilidad) o bien «más al aspecto anímico-subjetivo» (interés mediato o inmediato en el hecho, planeamiento y elección del objeto del mismo, la importancia personal en relación con los demás colaboradores, etc.).

Consideración total no quiere decir, en esta teoría, indiferenciación y, por lo tanto, no importa una renuncia a contornos precisos en la distinción del autor respecto de los partícipes. Sin embargo la consideración total de los momentos decisivos puede arrojar en cada caso resultados diversos.

El punto de vista de SCHMIDHÄUSER es objetable, en primer lugar, porque supone que existen casos «claros» para cuya caracterización no brinda ningún criterio. Pero además tampoco brinda criterio alguno para decidir el resultado de la consideración total. Precisamente en esto se diferencia de la teoría del dominio del hecho, que, partiendo indudablemente de una consideración total, ofrece un criterio (el dominio del hecho) en función del cual es posible obtener la decisión respecto de la autoría en todos los casos.

6. La teoría dominante en España

En la dogmática española, como vimos, predomina el punto de vista según el cual el concepto de autor en sentido jurídico-penal debe

inferirse de cada uno de los tipos de la parte especial. Las posibilidades de esta inferencia son, como se dijo, prácticamente inexistentes si no se recurre a un criterio para distinguir al autor (al que realiza la acción típica) de quienes sólo toman parte de otra manera diversa de la autoría. Precisamente este criterio es lo que no proporcionan los tipos de la parte especial, pues nada indican sobre las distintas formas de colaboración en la realización del tipo. Los tipos del homicidio, lesiones, hurto, etc., sólo dicen que al que realice la acción se le aplicará la pena allí conminada, pero sin especificar absolutamente nada sobre el criterio que permitiría distinguir, entre diversos aportes al hecho, cuál es determinante de la autoría y cuál sólo debe considerarse secundariamente como complicidad o cooperación necesaria.

En suma, en el Código Penal la caracterización de la autoría requiere una definición previa de este concepto que posibilite una solución de los problemas de la participación.

A diferencia de lo que ocurre en la teoría, *la jurisprudencia* tiende de una manera cada vez más clara a dar fundamento a sus decisiones con apoyo en la teoría del dominio del hecho.

III. La autoría en los delitos de dominio

1. La autoría individual

La autoría individual es la del que «realiza el hecho por sí solo», por lo tanto sin la participación de otros que hagan contribuciones a la ejecución de la acción. Se trata de supuestos en los que la ejecución se realiza de *propia mano*, dado que no necesita de otros. En tales supuestos el dominio de la propia acción es indudable si el agente ha obrado con dolo y han concurrido los elementos objetivos y subjetivos (especial cualificación del autor y especial propósito del autor) requeridos por el tipo. En este caso la autoría es particularmente simple dado que al haber un único sujeto agente si su acción es típica no se presentará la cuestión de distinguir su comportamiento de la de otros partícipes. Dicho en otras palabras: si la acción es típica el único agente será necesariamente autor.

2. La coautoría

Son coautores los que toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho. Como ya se dijo, el Derecho vigente no da una regla expresa sobre la coautoría. Sin embargo, ésta no depende en su existencia dogmática de un reconocimiento legal explícito, pues está —como la autoría mediata— implícita en la noción de autor.

a) Elementos y particularidades

La coautoría es propiamente autoría. Por lo tanto los elementos de esta última deben ser compartidos por el coautor. En este sentido el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto.

Coautoría, en el sentido de co-ejecución de la acción típica, sólo es posible en los delitos dolosos de comisión.

I. El elemento esencial de la coautoría es el co-dominio del hecho. Este elemento ha sido caracterizado por ROXIN como un dominio funcional del hecho, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo.

El co-dominio del hecho requiere una decisión conjunta al hecho. Mediante esta decisión conjunta o común se vinculan funcionalmente los distintos aportes al mismo: uno de los autores sostiene a la víctima y el otro la despoja de su dinero; cada aportación está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta.

Problemático es distinguir esta decisión común que fundamenta la coautoría de la división de tareas acordada de ordinario entre autor y cómplice o cooperador. Las opiniones están divididas. El criterio correcto de distinción debe establecer si la división de tareas acordada importa o no subordinación de unos respecto de otro o de otros. Para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ya no considera que el *acuerdo previo* sin más es suficiente para la coautoría. Tal punto de vista, unánimemente criticado por la doctrina, ha cedido el paso a un punto de vista que lo considera, en todo caso, una condición, pero no la única, de la coautoría.

II. Para la coautoría es decisivo una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Sólo mediante esta aportación se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor. La aportación objetiva que determina la existencia de un co-dominio del hecho puede resumirse en una fórmula de utilización práctica: habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse. Para el juicio sobre la dependencia de la consumación del hecho de la aportación del partícipe es decisivo el plan de realización tenido en cuenta por los autores.

Esta fórmula tiene una base legal directa en el art. 28.(2) b del Código Penal⁷. En efecto, el significado de la expresión «tomar parte en la ejecución» sólo de esta manera adquiere un adecuado valor dogmático en lo referente a la coautoría, pues señala precisamente el momento que va desde el comienzo de ejecución hasta la consumación, período en el que prestar una colaboración sin la cual el hecho «no se habría podido cometer» implica un aporte que revela el co-dominio del hecho. «Es evidente que el sujeto que presta una colaboración sin la cual el hecho no habría podido cometerse decide sobre la consumación» y, por lo tanto, co-domina el hecho.

El art. 28 (2) b CP ha sido entendido exclusivamente como una forma de cooperación necesaria. Desde nuestro punto de vista, por el contrario, es preciso diferenciar: el art. 28 (2) b se refiere a los coautores como aquellos que hayan prestado *durante la ejecución* una contribución al hecho sin la cual éste no se hubiera podido cometer. Por el contrario,

⁷ Esta base legal no existe en el Perú, en la medida que el artículo 23 CP no contempla los casos de cooperación necesaria.

aquellos que hubieran prestado una colaboración semejante en la *etapa de la preparación*, previa al comienzo de la ejecución, no han podido dominar el hecho⁸. Esto puede aclararse aún más con el siguiente cuadro:

- | | |
|---|--|
| A) Partícipes que realizan un aporte sin el cual el hecho no hubiera podido cometerse | Durante la ejecución =
coautores
Durante la preparación =
cooperadores necesarios |
| B) Partícipes que realizan =
cualquier otra aportación | Cómplices (sea durante la ejecución o la preparación) del art. 29 CP ⁹ . |

Para determinar cuándo hay un aporte sin el cual el hecho no se hubiera podido cometer es de utilidad el criterio de la fórmula de la supresión mental de la teoría de la *conditio sine qua non*. Si se suprime mentalmente la aportación y la ejecución no se puede llevar a cabo, es evidente que se trata de un aporte necesario. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que *no se debe requerir una necesidad absoluta*, sino que es suficiente con que la aportación sea "difícilmente reemplazable" en las circunstancias concretas de la ejecución.

b) *Coautoría sucesiva*

Se designa como coautoría sucesiva el caso consistente en que alguien participa co-dominando el hecho en un delito que ya ha comenzado a ejecutarse. Ejemplo: A y B penetran con violencia en una tienda, donde se apoderan de mercancías que llevan a casa de C; éste, enterado del hecho ya realizado por A y B, concurre con ellos al local y se apoderan juntos del resto de la mercadería. La coautoría sucesiva es posible sólo hasta la consumación del plan delictivo.

⁸ El artículo 25 primer párrafo CP peruano considera cooperador necesario o cómplice primario al que "presta auxilio para la realización del hecho, sin el cual no se hubiere perpetrado".

⁹ Artículo 25 segundo párrafo del CP peruano castiga como cómplice secundario "a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia".

La regla para la decisión de estos casos es que el coautor sucesivo no responde por el hecho ya realizado cuando comienza su participación, pues ello implicaría el reconocimiento de un dolo *subsequens*.

3. La autoría mediata

a) Concepto de autor mediato

Autor mediato es el que, dominando el hecho y poseyendo las demás características especiales de la autoría, se sirve de otra persona (instrumento) para la ejecución de la acción típica.

La teoría del autor mediato no ha merecido siempre aceptación fuera de Alemania. En España ha sido considerada superflua por algunos autores y en Italia ha sido también cuestionada su necesidad, no sólo porque el art. 111 del Código Penal italiano establece que «quien ha determinado a cometer un delito a una persona no imputable o no punible a causa de la ausencia de una condición o cualidad personal, responde del delito cometido por ésta», sino también en razón de sus fundamentos.

La teoría del autor mediato se ha ido desprendiendo de la figura del Mandat, desarrollada a fines de la Edad Media por la ciencia italiana del Derecho penal. Pero un concepto de autoría mediata no aparece hasta STÜBEL (1828) en reemplazo del de «causante intelectual». La fundamentación moderna comienza con los hegelianos LUDEN, KÖSTLIN, BERNER, HALSCHNER. En gran medida la teoría se desarrolló como consecuencia de la accesoriadad extrema, que exigía en el autor inmediato también el requisito de la culpabilidad; por lo tanto, los que inducían a autores inculpables resultaban impunes. Precisamente para evitar esta impunidad se forjó la figura del autor mediato. Sin embargo, introducida la accesoriadad limitada, se mantuvo, porque ha quedado demostrado que esencialmente se trata de casos de autoría.

El autor mediato debe reunir todas las características especiales de la autoría (objetivas y subjetivas) en la misma medida requerida para el autor inmediato.

El rasgo fundamental de la autoría mediata reside en que el autor no realiza personalmente la acción ejecutiva, sino mediante otro (instru-

mento); y lo que caracteriza el dominio del hecho es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato.

Los casos en que falte la acción del instrumento, porque se lo utiliza mediante fuerza física irresistible o de una forma análoga, no dan lugar a autoría mediata sino a autoría directa. Ejemplo: el que, atropellado por un automóvil, da contra un escaparate y rompe el cristal o el que rompe el jarrón ajeno como consecuencia de un acto reflejo que le provoca el médico no son instrumentos de un autor mediato, sino que quienes ocasionaron el desplazamiento violento del cuerpo o el acto reflejo resultan autores inmediatos.

La autoría mediata sólo adquiere —como se vio— una fundamentación adecuada a través de la teoría del dominio del hecho. La teoría formal-objetiva no puede alcanzar tal fundamentación especialmente, ya que su punto de partida es demasiado estrecho y, en realidad, reduce todos los delitos a delitos de propia mano. Sin embargo, trató de superar aquél sin contradicción mediante la llamada «teoría de la preponderancia», que procura reemplazar la falta de la acción personal de ejecución mediante una ampliación del concepto de autor para los casos de autoría mediata. De esta forma la falta de autoría directa resultaría compensada por otros elementos del delito, que son presupuestos de la punibilidad, que residen en el ámbito de la culpabilidad y sólo concurren en el autor.

Así, por ejemplo, en el caso de producción de un resultado mediante un instrumento que obra de acuerdo a Derecho, porque lo ampara una causa de justificación, la autoría mediata resulta fundamentada porque el que obra detrás del instrumento tiene una «preponderancia en el ámbito de la antijuridicidad». Con acierto ha criticado GRÜNHUT que sólo se trata de una correcta caracterización de la autoría mediata, pero no de una fundamentación dogmática.

b) *Supuestos de autoría mediata*

- Instrumento que obra sin dolo

La primera hipótesis de autoría mediata se da en el caso del que utiliza, como medio para alcanzar el fin propuesto, a otro cuya acción —por el contrario— no se dirige al mismo fin del autor mediato sino a

uno distinto cualquiera. Ejemplos: la utilización de un mensajero que ignora el contenido del paquete para entregar una bomba que estallará al ser recibida por el destinatario; la utilización de una enfermera ignorante del contenido de una jeringuilla para inyectar a otro una dosis mortal. El dolo del instrumento faltará siempre que éste obre con error o ignorancia sobre las circunstancias del tipo. En estos casos el dominio de la voluntad se funda en el mayor conocimiento que tiene el autor mediato de éstas con respecto a aquél.

Cuando ambos conocen las circunstancias en igual medida no hay posibilidad de dominio de la voluntad del otro (a no ser que concurren otros factores que permitan establecerlo). Ejemplo: A incita a B a que pruebe su habilidad quitando un cigarrillo de la boca a C —que está de acuerdo con la prueba— por medio de un disparo de revólver. B acepta con idea de ganar la apuesta, dispara y mata a C. Por lo menos ha obrado con culpa y, en su caso, con dolo eventual. Pero, de todos modos, B ha tenido el dominio del hecho: A no es autor mediato.

- Instrumento que obra coaccionado

Este caso no ofrece respuestas unánimes. El que obra coaccionado lo hace, sin duda, con dolo: *coactus voluit*. Tiene, por lo tanto, dominio de la acción para cuya ejecución se lo coacciona y consecuentemente también la posibilidad de obrar de otra manera. Por ello se piensa que el que coacciona será en todo caso un inductor, pues ha creado en el autor el dolo, no importando para nada que lo haya hecho mediante coacción o persuasión.

Desde otro punto de vista se sostiene que podrá admitirse autoría mediata en los casos en que el coaccionado haya perdido, por la intensidad del efecto de la coacción, «la última y relevante decisión sobre lo que ocurrirá», de tal forma que ésta se traslada a las manos del que ejerce aquélla.

La cuestión planteada no tiene, en principio, mayor efecto práctico en el Derecho español por la equiparación de pena dispuesta en el art. 61 CP¹⁰. Desde el punto de vista del exceso del autor inmediato el resulta-

¹⁰ El artículo 24 CP peruano equipara la pena del inductor o instigador con la del autor.

do también se mantiene inalterable. Si lo consideramos un caso de inducción, el exceso del autor inmediato no le será imputable por los principios generales. Si se lo considera un caso de autoría mediata, el exceso del autor inmediato será sin duda una hipótesis en la que el autor mediato ya no tiene el dominio del hecho, pues en esa parte no habrá dominado el hecho del autor inmediato. No obstante si conoce el riesgo del exceso, el autor mediato habrá obrado con dolo eventual respecto del mismo.

- Instrumento que carece de capacidad para motivarse de acuerdo a la norma

Aquí debemos distinguir dos supuestos: a) Que el instrumento actúe en estado de incapacidad de culpabilidad (inimputabilidad); b) Que el instrumento obre con error de prohibición.

El caso del instrumento que obra en estado de necesidad de culpabilidad (inimputabilidad) —por ejemplo, enfermo mental— no ofrece, en principio, problemas. Admitida la accesoriedad limitada, puede resolverse también como un supuesto de inducción, si bien el auténtico sentido del hecho lo da la calificación de autoría mediata. Sin embargo, si el inimputable ha conservado el dominio del hecho a pesar de su inimputabilidad sólo habrá inducción.

En el caso del instrumento que obra con error de prohibición inevitable la solución es la misma, pues le ha faltado a aquél la capacidad para obrar de otra manera, mientras el autor mediato es tal precisamente porque se ha servido de esa incapacidad del instrumento, similar en sus efectos a la incapacidad de culpabilidad. Si el error de prohibición es evitable puede darse también autoría mediata.

- Instrumento que no obra típicamente

Se trata, por ejemplo, del caso de las autolesiones, que no son típicas, pues el art. 147.1 CP requiere causar lesión «a otro»¹¹. (A engaña a B haciéndole creer que el revólver está descargado; B se dispara sobre un pie y se produce una herida; A es autor mediato de las lesiones).

¹¹ Artículos 121 y 122 CP peruano.

- Instrumento que obra de acuerdo a Derecho

El caso se presenta con toda claridad en los supuestos de estafa procesal¹². Una de las partes hace valer documentos falsos, con lo que determina una decisión falsa del juez que perjudica a la otra parte. El Juez que dicta la sentencia, ignorando la falsedad, obra de acuerdo a Derecho. Pero el que obra detrás es autor mediato de estafa porque, en base a su mayor conocimiento de la verdad de los hechos, ha mantenido el dominio del hecho.

- Instrumento que obra dentro de un aparato de poder

ROXIN, STRATENWERTH, SAMSON Y SCHMIDHÄUSER consideran que se da autoría mediata en el caso del sujeto que forma parte de una organización de poder y que es un intermediario en la ejecución de una decisión delictiva determinada. Ejemplo: el agente de un servicio secreto que cumple una orden de matar a un diplomático extranjero; el funcionario de un Estado ilegítimo que pone en marcha en una etapa intermedia de realización una operación de exterminio o privación de libertad de un grupo de personas. Los «funcionarios» o el agente del servicio de los casos propuestos no obran ni coaccionados ni por error. Sin embargo, dada la fácil fungibilidad del sujeto, que podría ser reemplazado en el trámite por otro cualquiera, se admite la autoría mediata para los miembros superiores del «aparato de poder». Por supuesto la punibilidad del «instrumento» como autor inmediato no es discutida. Para otros autores estos casos se deben considerar según las reglas de la coautoría.

IV. La autoría en los delitos de infracción de deber

Como hemos visto (*supra* II.4) a los efectos de la distinción entre autoría y participación se debe distinguir entre *delitos de dominio*, en los que el dominio del hecho permite decidir sobre la autoría del agente, y *delitos de infracción de deber*. Entre estos se encuentran los delitos espe-

¹² Artículo 416 CP peruano.

ciales, algunos delitos societarios (administración desleal, art. 295 CP¹³) y los delitos de omisión.

El deber que constituye la materia de la lesión jurídica en estos tipos penales no es el deber genérico que surge de toda norma y que alcanza también la de los partícipes. Se trata, por el contrario, de un deber extra-penal, que no alcanza a todo partícipe, sino a quienes tienen una determinada posición respecto de la inviolabilidad del bien jurídico (funcionarios, administradores, garantes en los delitos de omisión). En este sentido se afirma que delitos de infracción de deber «son todos aquellos, cuyos autores están obligados institucionalmente a un cuidado del bien».

En los delitos de infracción de deber el criterio determinante de la autoría es únicamente la infracción del deber especial que incumbe al agente, con total independencia de si tuvo o no dominio del hecho. *Ejemplo:* el administrador de hecho o de derecho, que aconseja a un tercero cómo sustraer ciertos bienes del activo del patrimonio que administra, es autor del delito de administración desleal aunque no haya tenido dominio del hecho en la sustracción del tercero que perjudica el patrimonio¹⁴.

En los delitos de infracción de deber la *coautoría* se da en los casos de vulneración en común del deber especial, sin tomar en consideración ninguna otra circunstancia, en particular la especie de aportación de cada uno de los agentes.

Asimismo se postula en los delitos de infracción de deber la admisión de la *autoría mediata*. En el caso del art. 295 CP (administración desleal) se daría autoría mediata del administrador que aconseja a un tercero para que éste obtenga una ventaja patrimonial causando un per-

13 Algunos de los supuestos del artículo 198 CP peruano pueden entenderse como delitos de infracción de un deber, como la no comunicación de intereses incompatibles (inciso 6).

14 Este supuesto, sin embargo, no se encuentra recogido expresamente en el sistema de tipificación casuístico del artículo 198 CP peruano. No obstante, para castigar este supuesto, podría recurrirse al delito de apropiación indebida.

juicio antijurídico al patrimonio administrado. Sin embargo, el ejemplo propuesto pone por sí solo de relieve que la figura de la autoría mediata es innecesaria: el que infringe el deber especial que le incumbe induciendo a otro a producir el daño ya es autor (directo o inmediato), dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial.

V. Problemas particulares

1. La problemática de los delitos de propia mano

En la doctrina y en la jurisprudencia se designan como delitos de propia mano aquellos en los que la autoría depende de la realización corporal de la acción, dado que lo reprochable del acto es precisamente su ejecución corporal. En estos delitos se excluye la coautoría y la autoría mediata. La categoría en sí misma no es discutida, pero es problemático establecer en que tipos se debe admitir un delito de propia mano. En este sentido la jurisprudencia muestra hasta qué punto se ha producido un cambio de puntos de vista respecto de delitos concretos. El Tribunal Supremo consideró inicialmente que el delito de tenencia de armas (art. 563 CP¹⁵) y el de violación (art. 179 CP¹⁶) eran delitos de propia mano. Sin embargo, en ambos ha admitido más tarde la posibilidad de la coautoría y, en el caso de la violación, inclusive, la autoría mediata.

Para la determinación de cuáles son los tipos en los que se debe admitir un delito de propia mano se han propuesto diversos criterios. La «teoría del texto», que considera posible deducirlo del texto legal; la «teoría del movimiento corporal», que no se diferencia básicamente de la anterior. En la actualidad se sostienen diversos criterios:

*Según un punto de vista se trata de delitos configurados según el criterio del *Derecho penal de autor* o de delitos en los que la *autoría está estrechamente vinculada con la realización de la acción y que no implican la lesión de un bien jurídico*. En este sentido se considera que la mayoría de los

15 Artículo 279 CP peruano.

16 Artículo 170 CP peruano.

delitos que actualmente se consideran de propia mano son, en realidad *delitos de infracción de deberes altamente personales* (falso testimonio; abandono del servicio militar, etc.).

*También JAKOBS estima que son aplicables a estos delitos las consecuencias de los *delitos de infracción de deber*. Desde esta perspectiva se deben considerar delitos de propia mano aquellos «cuyo disvalor de acción no se deduce de la modificación (imputable) que pueden producir, sino de la insuficiencia personal del autor expresada en el acto delictivo».

En el Derecho vigente sólo parece estar fuera de duda como delito de propia mano el de *falso testimonio* (arts. 458 y stes. CP¹⁷), que puede ser entendido como un *delito de infracción de un deber personal*.

2. Casos de utilización de un instrumento no cualificado

Estos casos se han considerado tradicionalmente como supuestos de autoría mediata y para ello se modificaba *ad hoc* el concepto de dominio del hecho. La cuestión se presenta en los delitos especiales, en los que sólo puede ser autor un sujeto que tenga la calificación exigida para el delito (por ejemplo, art. 390 CP¹⁸). Quienes poseen tal calificación se designan *intraneus* y los que no la poseen *extraneus*.

La utilización de un no cualificado (*extraneus*), que obra con dolo, por un cualificado (*intraneus*) determina un problema de gran complejidad. Ejemplo: el funcionario que por medio de un no funcionario hace documentar una constatación falsa. Puede afirmarse que existe acuerdo respecto de la punibilidad del cualificado como autor mediato, que realiza la acción de ejecución por medio de un no-cualificado que obra con dolo, y del «instrumento» que realiza la acción de ejecución en forma directa como partícipe.

17 Artículo 409 CP peruano.

18 Se trata del delito de falsificación de documento cometido por funcionario público. En el Código penal peruano no hay un tipo penal específico que regule este delito, sino solamente una agravación de la pena (pena de inhabilitación) para el funcionario público (artículo 432 CP).

El problema se presenta aquí para la teoría del dominio del hecho, pues el no calificado que obra con dolo y libertad tendría, en principio, el dominio del hecho y sin embargo no puede ser autor por falta de la cualificación legal. La cuestión tiene su repercusión fundamentalmente en materia de accesoriadad. Si ésta depende del dominio del hecho del autor principal, parecería no haber en el caso otra solución que la impunidad, ya que el no calificado no puede ser autor por falta de la cualificación y el calificado no puede ser inductor porque la inducción supone la autoría en el inducido.

Las soluciones actuales son muy variadas en sus fundamentos. WELZEL, por ejemplo, explica el dominio del hecho mediante el concepto de «dominio social» derivado de la cualificación del que obra detrás del instrumento. GALLAS dice que el calificado «no tiene dominio sobre la persona del que obra inmediatamente, pero probablemente sí sobre el hecho como totalidad en la medida en que el carácter de delito depende de la cualificación que él posee y del impulso que ha dado al no calificado». JESCHECK por su parte entiende que aquí el dominio del hecho debe construirse normativa y no psicológicamente, recurriendo en forma implícita a la teoría de la preponderancia de HEGLER: «El influjo jurídicamente dominante del que obra por detrás es decisivo para la autoría». STRATENWERTH piensa que se trata de una «forma mixta de roles de participación impune en la que se suman elementos de la autoría y de la inducción».

Todas estas propuestas han quedado fuera de consideración como consecuencia del desarrollo dogmático de los *delitos de infracción de deber*. En estos delitos se modifica el régimen de la accesoriadad, de tal manera que la acción del partícipe no depende del dominio del hecho y del dolo del autor (en estos casos el calificado), sino de la infracción del deber del calificado, *cualquiera* que sea la posición en la que éste actúe, dado que toda actuación que signifique infracción de deber es suficiente para la autoría. En el ejemplo del funcionario que hace documentar una constatación falsa por un no-funcionario (por ejemplo una inscripción falsa en el Registro de la Propiedad), el hecho principal es la infracción del deber del funcionario y el accesorio el del no-cualificado. Aceptado este criterio, sin embargo las opiniones no son coincidentes. Por un

lado se sostiene que el funcionario es autor mediato, dado que infringe su deber. Por otro, sin embargo, se piensa que «el extraneus (...) ejecuta la acción, pero no es autor de un delito a causa de su carencia de cualificación, y el intraneus (...) no lo comete como autor, sino que simplemente participa». El primer punto de vista es el correcto, dado que la infracción del deber determina la autoría del cualificado.

3. Casos de utilización de un instrumento que obra dolosamente, pero sin elemento subjetivo de la autoría

Se trata de una problemática considerada similar en el caso del que realiza la acción ejecutiva dolosamente pero sin tener el elemento subjetivo requerido por el tipo (por ejemplo ánimo de lucro en el hurto, art. 234 CP¹⁹), mientras que el que obra por detrás lo hace con ese elemento subjetivo. Ejemplo: el dueño de un campo, con ánimo de apropiación de cosas ajenas, deja que su criado, que obra conociendo todas las circunstancias de hecho, impulse hacia su corral junto con las propias gallinas las de su vecino (¿hurto del criado e inducción del titular del campo o hurto en autoría mediata del dueño?).

Desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho estos casos ofrecen la siguiente dificultad: el que obra con dominio del hecho (dolosamente) carece del elemento subjetivo de la autoría (voluntad de apropiarse = ánimo de lucro), razón por la cual no puede ser autor. El que obra por detrás tiene el elemento subjetivo de la autoría, pero carece del dominio del hecho. Si la autoría depende de la conjunción de ambos elementos en la misma persona, parecería que ninguno de los dos ha obrado como autor. La inducción del que obra por detrás queda a su vez excluida porque el otro no es autor.

La teoría ha dado aquí soluciones muy diferentes. Por un lado se equipara este caso al de los delitos especiales que acabamos de tratar, sea afirmando un «dominio social» del hecho en el que obra por detrás con el elemento subjetivo, sea postulando la no punibilidad de estos hechos por constituir «formas mixtas de participación» no punibles.

¹⁹ Artículo 185 CP peruano.

Por otra parte se rechaza la autoría mediata por estimarse que en este supuesto no hay hurto sino apropiación indebida; esta solución no es compatible con el Derecho español, porque carece de un texto similar al del § 246 del Código Penal alemán. Sin embargo, también se admite autoría por parte del que obra dolosamente sobre la base del principio del dominio del hecho en virtud de una interpretación del elemento subjetivo del hurto; a su vez, el que obra por detrás sería inductor.

En realidad, la solución del problema depende de la interpretación de los elementos subjetivos del hurto. Si se admite el criterio de la jurisprudencia, que identifica el ánimo de lucro con el *animus rem sibi habendi*, de apreciar cuándo el agente quiere las cosas para entregarlas a otro, la cuestión deja de ser problemática.

VI. Participación en sentido estricto

1. Fundamento de la punibilidad del partícipe

Condición esencial de la participación es que el partícipe no haya realizado la acción típica. Esta delimitación negativa no debe entenderse en un sentido formal, sino material: es preciso que el partícipe no haya tenido el dominio del hecho o no haya estado obligado por el deber especial en los delitos de infracción del deber.

Las formas, como se vio, fueron caracterizadas como «fundamentos de extensión de la pena» (M. E. MAYER) o del tipo penal (ZIMMERMANN). Esto significa que la participación no da lugar a un tipo autónomo, a un delito en sí, sino a un «tipo de referencia» o «concepto de referencia». No es posible la participación si no se la conecta a un hecho punible cuyo autor es otro, distinto del partícipe. La extensión de cualquiera de los tipos de la parte especial a otras conductas que no son su comisión misma sólo es posible mediante el dispositivo técnico que proporcionan las reglas referidas a la participación en sentido estricto (inducción y complicidad).

De esta manera se rechazan las teorías que tienden a concebir la participación con una cierta autonomía.

En la adopción de una u otra tesis está en juego el fundamento que se otorgue a la participación.

a) Teoría de la culpabilidad de la participación

Para ella el fundamento de la punibilidad de la participación reside en la culpabilidad del partícipe respecto de la corrupción del autor, en otras palabras, en la influencia de aquél en éste, de lo que se deriva su culpabilidad y su pena. De esta manera la medida de la culpabilidad del partícipe depende de la existencia y medida de la culpabilidad del autor.

La teoría es comúnmente rechazada en la medida en que no se compatibiliza con un sistema legislativo en el que la culpabilidad del partícipe es independiente de la del autor.

b) Teoría de la causación

El punto de partida de esta teoría es la incidencia causal del partícipe en la realización del hecho. La circunstancia de que el aporte causal de aquél se analice a través del autor determina su mayor distancia respecto del resultado y, por lo tanto, su menor punibilidad. Si lo esencial es el aporte causal, la tipicidad de la conducta del autor desaparece como requisito y, en consecuencia, la participación se convertiría en un delito autónomo, es decir, perdería su naturaleza accesoria.

También esta teoría es insostenible en el Derecho vigente porque choca con el requisito de la dependencia o accesoriadad del hecho del partícipe de otro principal.

c) Teoría de la participación en lo ilícito

La participación consiste, según ella, en la violación de la prohibición de impulsar o apoyar otro hecho prohibido. Tal prohibición está contenida en las disposiciones particulares de la participación y no en las normas de la parte especial. La participación está dirigida a la lesión del mismo bien jurídico que el hecho principal.

2. Accesoriedad de la participación

La accesoriedad de la participación presupone tomar parte en un hecho ajeno. Por ello, tiene carácter accesorio. Accesoriedad de la participación quiere decir, entonces, dependencia del hecho de los partícipes respecto del hecho del autor o los autores. La cuestión requiere ser analizada en dos sentidos distintos: en primer lugar, desde el punto de vista del grado de realización que debe haber alcanzado el hecho principal; en segundo lugar, desde el punto de vista de los elementos del hecho punible que se deben dar en este último.

a) Dependencia del grado de realización

La participación punible presupone que el hecho principal haya alcanzado, por lo menos, el nivel de la tentativa, es decir, al menos el principio de ejecución. Por esta razón la conspiración, proposición y provocación del art. 17 CP son, en realidad, tipos penales independientes, en los que se sancionan actos preparatorios de otros delitos²⁰.

El desistimiento de la tentativa no afecta a la punibilidad del partícipe que no haya desistido (art. 16.3 CP)²¹. Esto es consecuencia del carácter personal de la excusa absolutoria sobreviniente de desistimiento.

b) Dependencia de los elementos del hecho punible

El grado de dependencia de los elementos del hecho punible del delito ejecutado por el autor principal da lugar a distintas posibilidades:

- Accesoriedad mínima. El hecho principal sólo requiere ser típicamente adecuado;
- Accesoriedad limitada. El hecho principal debe ser típico y antijurídico;
- Accesoriedad extrema. El hecho principal debe ser típico, antijurídico y culpable;

²⁰ Ya señalamos que en nuestro Código penal no hay una norma de Parte General similar.

²¹ Artículo 19 CP peruano.

- Hiperaccesoriedad. Cuando las circunstancias personales agravantes o atenuantes del autor del hecho principal también benefician o perjudican al partícipe.

La opinión hoy dominante entiende que debe regir el sistema de accesoriedad limitada: el hecho principal debe ser típico y antijurídico; la culpabilidad, de cada partícipe, por el contrario, es individual.

En principio, la accesoriedad mínima está excluida, pues un hecho típico solamente no es antijurídico cuando concurre una causa de justificación y ello excluye toda consecuencia jurídica del hecho. Por lo tanto un hecho justificado pero típico no puede dar lugar a una participación punible.

c) *La cuestión de la dependencia del dolo del hecho del autor principal*

Una de las cuestiones más debatidas de la accesoriedad es la de la dependencia del hecho del partícipe del dolo del autor del hecho principal. Este punto no depende de la forma en que se fundamenta la accesoriedad limitada ni tampoco de la fundamentación de la punibilidad de la participación *stricto sensu*. La cuestión es independiente inclusive del concepto de acción (finalista o no).

La dependencia del dolo del autor del hecho principal en la instigación o inducción está impuesta por la propia naturaleza de ésta. Instigar o inducir es crear en otro la decisión al hecho antijurídico: «inducir» (art. 28, 2 a) CP) directamente a otro a la comisión²².

Lo mismo ocurre con la cooperación y la complicidad. Sólo es posible en relación con un hecho principal en el cual el autor tenga el dominio del hecho, lo que sin dolo no es posible.

En la dogmática española requieren también el dolo en el hecho de autor principal: CEREZO MIR, CÓRDOBA RODA, SUÁREZ MONTES Y GIMBERNAT ORDEIG.

²² Artículo 24 CP peruano.

La exigencia de un hecho principal doloso es cuestionada en el marco de los delitos de infracción de deber, pues se piensa que el dolo del que infringe el deber es irrelevante.

d) *La accesoriadad de la participación y la responsabilidad por el hecho*

La accesoriadad limitada requiere como hecho principal una acción típica (dolosa) y antijurídica, sin exigir además que sea culpable; la culpabilidad del autor y la de cada partícipe son individuales e independientes. La teoría dominante deduce de aquí que las causas de inculpabilidad, que son parte del concepto de culpabilidad, sólo tienen—consecuentemente—incidencia en la responsabilidad individual de cada partícipe: la inducción o la complicidad en un hecho principal cometido por el autor en una situación de necesidad en la que colisionan intereses de igual jerarquía, por ejemplo, sería punible, a pesar de la no punibilidad del autor por hallarse excluida su culpabilidad.

De la teoría de la responsabilidad por el hecho se dedujo que, siendo las llamadas por la doctrina dominante causas de inculpabilidad ajenas al concepto de culpabilidad, la participación en los casos en que se excluye la responsabilidad por el hecho no debía ser punible.

Désde el punto de vista que hemos sostenido las causas que excluyen la responsabilidad por el hecho no tienen una extensión uniforme respecto de los partícipes. En consecuencia sólo el estado de necesidad (no justificante) debe extenderse también a ellos, siempre y cuando la acción del partícipe revele un grado de solidaridad socialmente comprensible con respecto al autor. Este grado de solidaridad sólo deberá apreciarse cuando los bienes jurídicos afectados del tercero no sean fundamentales. En este sentido el estado de necesidad debe experimentar una considerable limitación respecto de los bienes jurídicos. Por lo tanto, el estado de necesidad excluyente de la responsabilidad por el hecho sólo deberá extenderse a los casos en que el bien jurídico de un tercero afectado por el mismo no sea ni la vida, ni el cuerpo, ni la libertad²³.

²³ En el Código penal peruano, el estado de necesidad exculpante (o excluyente de la responsabilidad por el hecho) del artículo 20 inciso 5 CP se limita sólo a los bienes

e) *Las excepciones de la accesoriadad limitada (influencia de las «relaciones, circunstancias y calidades personales» o de las circunstancias agravantes o atenuantes que consisten en la «disposición moral del delincuente»)*

El art. 65 CP establece que las agravaciones o atenuantes de la pena que provengan de circunstancias especiales del autor no se extienden a los partícipes²⁴. A tal fin el legislador ha distinguido entre circunstancias agravantes y atenuantes que «consistieren en la disposición moral» del autor, «en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal», de efecto puramente personal, y las que «consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla», que sólo tienen efecto agravante o atenuante si son conocidas por el partícipe²⁵.

Como se ve, el Código Penal no hace referencia a las circunstancias que fundamentan la punibilidad. En la jurisprudencia esta cuestión ha sido planteada por los *delitos especiales propios*. El Tribunal Supremo ha considerado en su jurisprudencia más moderna que el partícipe no cualificado en un delito especial propio (p. ej. prevaricación) es punible con una pena de dicho delito atenuada por la vía del art. 21.6^a²⁶.

La jurisprudencia ha entendido —con razón— que el precepto del art. 65 se refiere tanto a las circunstancias genéricas (arts. 21 y 22 CP²⁷) como a las contenidas en los delitos particulares.

Por otra parte, el citado precepto rige para elementos que no correspondan a la culpabilidad, ya que éstos están excluidos de la accesoriadad por el principio de la accesoriadad limitada. El párrafo segundo del art. 65, que se refiere a las «circunstancias agravantes y atenuantes», no rige para los elementos de culpabilidad.

jurídicos vida, integridad corporal y libertad. Esta situación llevaría a la conclusión de que cuando se trata de otros bienes jurídicos, existirá una responsabilidad penal del autor y de los partícipes, a no ser que se considere estos supuestos como una eximente incompleta que conlleve una reducción de la penalidad (artículo 21 CP).

24 En el mismo sentido puede interpretarse el artículo 26 CP peruano.

25 Esta distinción no es hecha por el artículo 26 CP peruano.

26 Aquí se regula la llamada atenuante analógica.

27 Estos artículos del Código penal español regulan las atenuantes y agravantes genéricas.

nuantes que consistieren en la ejecución material del hecho», no distinga entre las que fueran de carácter personal y las que no tuvieran esa naturaleza. Por lo tanto, no hace sino repetir una regla referente al dolo, es decir, al conocimiento de los elementos del tipo objetivo. Como tal es una disposición superflua.

La distinción requerida por la aplicación del párrafo primero del art. 65 no es en modo alguno fácil: la alevosía, por ejemplo, se refiere tanto a la disposición moral del autor como a la ejecución, pues importa el quebrantamiento de una relación especial de confianza que es la base del tipo penal, pero también un aprovechamiento de la indefensión, por lo que afecta también a la «ejecución material». Aquí cabría recurrir, con toda la inseguridad que la fórmula tiene, a la distinción entre elementos vinculados al hecho y elementos vinculados al autor, limitándose la aplicación del art. 65, I a los segundos. Es decir: en cada circunstancia habrá que decidir si se trata de una circunstancia que revela predominantemente una disposición del autor o una mayor o menor gravedad del hecho.

La jurisprudencia ha operado, en este sentido, con la distinción entre *circunstancias objetivas y subjetivas*, que en los resultados vienen a significar lo mismo que la distinción entre circunstancias vinculadas al autor y vinculadas al hecho. En efecto las circunstancias objetivas se deben regir por el art. 65 (2) CP y por lo tanto comunican sus efectos al partícipe que las conoce; mientras las subjetivas sólo son de apreciar en aquél en el que concurren (no se comunican al partícipe, aunque la haya conocido). Sin embargo, lo cierto es que la distinción de las circunstancias en objetivas y subjetivas es conceptualmente confusa, dado que la mayoría de las circunstancias tienen, en principio, elementos objetivos y subjetivos. La decisión, por ejemplo, sobre si la circunstancia agravante del art. 22,3º («ejecutar el hecho mediante precio, recompensa o promesa») es objetiva o subjetiva (apoyada en la motivación que dichos elementos revelan) es prácticamente irrealizable. Ejemplo acabado de estas dificultades se percibe también en el caso de la *alevosía* (art. 22.1ª CP) en el que la jurisprudencia ha terminado (luego de inclinarse alternativamente por el carácter objetivo y subjetivo) por afirmar su «naturaleza mixta», pero destacando un predominio del aspecto objetivo, que se ignora en qué se fundamenta.

En lo que se refiere a las relaciones personales con el ofendido que agravan o atenúan la penalidad, su aplicación ofrece menos dificultades; en realidad «*el ofendido*» es siempre el titular del bien jurídico y ello determina que, en los delitos especiales impropios en los que el fundamento de la agravación es la relación personal con aquél, la consecuencia práctica sea que el partícipe no cualificado deba ser punible por el delito común [por ejemplo: el autor de lesiones del art. 153 será punible con la pena prevista por este artículo, mientras que el que no es cónyuge o padre:(en su caso madre) que haya intervenido en el hecho será sancionado por el delito o la falta común], lo que es una solución correcta²⁸.

Poco claro, por el contrario, es el significado de la expresión «*otra causa personal*», que en realidad no quiere decir sino que toda agravación o atenuación con fundamento personal (como los dos supuestos anteriores) debe considerarse de efecto exclusivamente personal.

Las opiniones se dividen respecto de lo que debe entenderse por «*culpables en quienes concurran*». la cuestión tiene importancia sobre todo en los delitos especiales impropios en los que el cualificado (*intraneus*) se vale de un no cualificado (*extraneus*) que realiza el hecho de propia mano. El Tribunal Supremo considera que «culpable» no se debe entender como autor en sentido estricto sino como partícipe en general. Probablemente llegaría al mismo punto de vista Córdoba Roda. Por el contrario hay quienes sostienen que esta solución no es correcta y se pronuncian por un punto de vista contrario.

Ambos criterios disputan en torno al alcance del art. 65 y en verdad todo depende de lo que debe entenderse por la expresión «*culpables*». Quienes rechazan el punto de vista del Tribunal Supremo presuponen que «culpables» debe significar *autores en sentido estricto*. A nuestro modo de ver el criterio del Tribunal Supremo es preferible, pues permite una aplicación sin fricciones del art. 65 CP, en la medida en la que deja abierta la cuestión de si la circunstancia concurrente en el partícipe es personal o no; esto sólo puede ser decidido a la luz del caso concreto.

²⁸ Los artículos 121A y 122A CP peruano castigan las lesiones que cometió el padre, la madre, el tutor, guardador o responsable de un menor de 14 años.

VII. La inducción

Inductor es el que determina directamente a otro a cometer un hecho punible. En otras palabras, instigar es crear en otro (el autor) la decisión de cometer el hecho punible (dolo).

Determinar o inducir a otro a la comisión del hecho punible significa que el instigado debe haber formado su voluntad de realizar aquél como consecuencia directa de la acción del inductor. La inducción a un delito que el autor ya decidió cometer (*omnimodo factururus*) es, por lo tanto, imposible. En tal caso sólo queda por analizar si puede tratarse de una tentativa punible de instigación.

Los medios por los cuales se crea en otro el dolo del hecho *son indiferentes*. Son medios adecuados tanto los beneficios prometidos o acordados al autor como la coacción u otra amenaza mientras el autor, naturalmente, no pierda el dominio del hecho, pues en este caso estaríamos ante un supuesto de autoría mediata. De cualquier modo se requiere en todos los casos una concreta influencia psicológica. El simple crear una situación exterior para que otro se decida al delito no es suficiente.

La inducción requiere siempre una conducta activa; la inducción por omisión no es en general admisible. No se requiere por lo demás que el inductor haya tenido que vencer una determinada resistencia por parte del autor.

El instigador debe obrar dolosamente; el dolo eventual es suficiente. Vinculado con esa cuestión se encuentra el problema del llamado «*agente provocador*»: el que induce con el objeto de hacer incurrir a otro *no en la consumación, sino sólo en tentativa*, es considerado como no punible, pues la inducción —se dice— requiere una voluntad dirigida a la lesión del bien jurídico. En la doctrina esta exigencia se manifiesta en el llamado *doble dolo de la inducción*, por el cual el inductor debe haber querido no sólo la realización de la acción, sino la *consumación* del hecho. En los delitos de tenencia (de armas o de drogas) se requiere que el «segundo» dolo alcance al *agotamiento* del delito. Consecuentemente, si el agente provocador contempla la posibilidad de que la acción del provocado alcance la consumación e, inclusive, una irreparable lesión del bien jurídico,

habrá que admitir inducción punible pues habrá existido, al menos, dolo eventual. Ejemplo: A induce a B para que presente al Banco X, del que el mismo A es gerente, una solicitud de crédito en la que B hace una afirmación de bienes que es falsa; cuando B realiza la tentativa de estafa A lo denuncia. No importa la manera en que A llegó a tener conocimiento de los planes de B; incluso se pudo haber enterado de la preparación del hecho por el mismo B. Sólo es esencial que B se haya decidido por la inducción de A, o que no haya estado decidido antes.

El agente provocador no es por tanto punible. La punibilidad del agente provocador sólo se podría fundamentar en la teoría de la participación en la culpabilidad.

En un delito como la estafa (art. 248 CP²⁹) la inducción podría determinar un supuesto de tentativa inidónea por parte del instigado. Pero, dado que ésta es punible no se explica modificación alguna respecto de la solución propiciada.

La voluntad del inductor debe estar dirigida a la provocación de un delito concretamente determinado; una inducción indeterminada es insuficiente para justificar la punibilidad. Sin embargo no se requiere una total precisión jurídica del hecho. Basta con que el inductor haya determinado dentro de sus rasgos fundamentales el hecho al que induce. Las conductas que realizan el tipo de delito al que indujo el inductor son, en este sentido, suficientes, aun cuando puedan presentarse variedades en la modalidad de ejecución no previstas por aquél.

El dolo del inductor debe estar dirigido también a uno o varios *sujetos asimismo determinados*. Es admisible una cadena de inducciones. Ejemplo: A se dirige a B para que éste determine a C a matar a D.

El autor principal debe por lo menos haber comenzado la ejecución del hecho. De no ser así la inducción permanece impune como tal, aunque cabe su punibilidad como *tentativa de inducción* según el art. 17.2 y el art. 18.2 CP.

²⁹ Artículo 196 CP peruano.

El inductor no responde por el exceso en que incurra el instigado.

La limitación de responsabilidad al hecho inducido y la no responsabilidad por el exceso del autor se deriva del principio de culpabilidad. La opinión contraria sólo puede fundamentarse en el *versare in re illicita*, es decir, en una violación del principio de culpabilidad.

En relación con el exceso del autor inducido es conveniente tratar aquí tres supuestos diferentes:

- a) El autor realiza un tipo penal que contiene los mismos elementos que el delito inducido, pero además otros que determinan una mayor punibilidad (llamado exceso intensivo o cualitativo). Ejemplo: A induce a B a apoderarse de una cosa mueble de C. Cuando B concurre a ejecutar el hecho se encuentra con que la cosa ha sido guardada bajo llave: rompe la cerradura y se apodera de aquélla (inducción a un hurto del art. 234 CP³⁰ y comisión de un robo de los arts. 237 y 238 CP³¹). La fuerza en las cosas no es imputable al inductor, que responde solamente por inducción al hurto.
- b) Distinta es la hipótesis cuando no existe entre el delito instigado y el delito cometido una relación *minus-plus*, pero sí una *cierta semejanza*. Ésta puede provenir del modo de comisión o del bien jurídico protegido. Ejemplo: se induce a la comisión de una estafa (arts. 248 y stes. CP³²) mientras el autor comete una extorsión (art. 243 CP³³). También aquí el autor resultará punible por el delito cometido y el inductor por el que instigó.
- c) Si el delito que resulta cometido por el autor es sustancialmente diverso del inducido, el inductor no es responsable por él.

Lo contrario del exceso es el caso en que el autor cometa un hecho menos grave que el inducido. Se instiga un robo y se comete un hurto,

30 Artículo 185 CP peruano (hurto simple).

31 Artículo 186 inciso 3 CP peruano (hurto agravado).

32 Artículo 196 CP peruano

33 Artículo 200 CP peruano.

o un homicidio y se cometen unas lesiones. En estos supuestos debe beneficiarse al inductor reduciendo su responsabilidad al hecho realmente realizado por el autor.

VIII. La cooperación y la complicidad

Cooperador o cómplice, en sentido amplio, es el que dolosamente coopera en la realización de un delito doloso.

Como se ha visto, el Código Penal distingue entre cooperadores necesarios (art. 28 b³⁴) y cómplices en sentido estricto (art. 29³⁵), según que la aportación al hecho sea necesaria o no para su realización.

1. Conceptos comunes

La cooperación prestada puede consistir tanto en hechos como en consejos. La aportación, en consecuencia, no debe ser necesariamente materialmente causal.

La cooperación debe ser dolosa. El cómplice debe saber que presta una aportación a la ejecución de un hecho punible.

Dicha aportación debe ser «co-causal» respecto del hecho del autor principal. Sin embargo, no se trata, como se dijo, de una causalidad en el sentido de la teoría de la condición: rigen aquí las reglas de la imputación objetiva y ello da lugar al problema de si deben imputarse objetivamente al cómplice las circunstancias causadas antes de su participación. En consecuencia, una complicidad por omisión no podría darse si se sostiene que el omitente no es causal respecto del resultado. Sin embargo, teniendo en cuenta que la co-causación no se debe juzgar desde puntos de vista estrictamente causales, la omisión también puede ser una forma de cooperación cuando haya tenido por efecto facilitar la comisión del hecho.

La diferente importancia al hecho principal determina, a su vez, diferencias en el grado de responsabilidad del partícipe (arts. 28.b y 29 CP).

34 Artículo 25 primer párrafo CP peruano.

35 Artículo 25 segundo párrafo CP peruano.

El límite de tal responsabilidad está dado por el alcance del dolo. El cooperador responde hasta donde se extiende su voluntad. Por último, el hecho en el que el cooperador colabora debe ser doloso: no hay cooperación punible en los delitos culposos.

2. El cooperador necesario

El cooperador necesario es el que en la etapa de preparación del hecho principal aporta al mismo una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse (art. 28 b) CP³⁶).

Dos elementos caracterizan esta forma de complicidad:

- I. La intensidad objetiva de su aportación al delito: sin él el hecho no se hubiera podido cometer.
- II. El momento en que realiza la contribución: quien pone una condición sin la cual el delito no hubiera podido cometerse sólo será punible según los arts. 28, b) y 62 CP si no toma parte en la ejecución, sino sólo en la *preparación* del hecho. Si intervino en la ejecución sería coautor pues, con una aportación decisiva, hubiera tenido el dominio del hecho. Ejemplo: el director de un banco que brinda a los autores antes de la ejecución la combinación de la caja fuerte, que éstos utilizarán en la ejecución del asalto, es cooperador necesario. Si, en cambio, el gerente concurre con los autores a la ejecución del hecho y abre la caja, aprovechando su conocimiento de la clave, será coautor, pues habrá tenido el dominio del hecho hasta el final.

3. El cómplice (art. 29 CP)

El cómplice (art. 29 CP) sólo es caracterizable negativamente; es el que ha prestado una colaboración *que no es indispensable* para la comisión del delito³⁷.

³⁶ Artículo 25 primer párrafo CP peruano.

³⁷ Artículo 25 segundo párrafo CP peruano.

La única distinción que corresponde hacer entre los cómplices es la relativa a su aportación al hecho principal y al momento de la participación, que son presupuestos para determinar la pena aplicable.

Desde el punto de vista del momento de la aportación de los cómplices, sólo cabe señalar que puede darse tanto en la etapa de preparación como en la etapa de ejecución. No hay —como se dijo— una complicidad posterior a la consumación, ni siquiera cuando se cumple una promesa anterior al delito: lo que determina la complicidad es la promesa anterior. Si esta promesa no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad, pero si la tuvo habrá complicidad aun cuando luego no se cumpla. El que promete asegurar y guardar el botín a quienes han decidido un robo es cómplice si los autores han contado con esa ayuda para la comisión del hecho, aun cuando éste quede en tentativa y no haya luego botín a asegurar y, por lo tanto, falte la posibilidad de cumplir la promesa.