

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN CRISTÓBAL
DE HUAMANGA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**



**“INCIDENCIA EN LA DELIMITACIÓN NORMATIVA
ENTRE COAUTORIA Y COMPLICIDAD PRIMARIA EN LA
DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL
DELITO DE ROBO AGRAVADO, EN LOS PROCESOS
PENALES DE LA PRIMERA Y SEGUNDA SALA PENAL
DE AYACUCHO, DURANTE LOS AÑOS 2012 Y 2013”**

TESIS PARA OBTENER EL GRADO ACADÉMICO DE ABOGADO

**Presentado por:
SERGIO EMERSON VILCHEZ PAREDES**

**Ayacucho - Perú
2016**

INDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	1
<u>CAPÍTULO I</u>	5
I. Planteamiento del problema	7
II. Objetivos de la investigación.	14
III. Justificación, importancia y limitación	15
IV. Formulación de las hipótesis de trabajo	17
V. Identificación y clasificación de las variables	18
VI. Operacionalización de hipótesis, variables e indicadores	19
VII. Metodología de la investigación	24
VIII. Administración del plan	25
<u>CAPITULO II</u>	31
Autoría y participación	28
Fundamentos o bases teóricas de la autoría y participación.	28
1. Concepto Unitario de Autor.	29
2. Concepto Extensivo de Autor.	33
2.1.) Teoría del dolo.	35
2.2.) Teoría del interés	36
3. Concepto Restrictivo de Autor.	38
4) Teoría del dominio del hecho.	47
Coautoría y complicidad primaria	58
1.- La coautoría.	58
1.1.) Definición conceptual:	58
1.2.) Planteamiento:	60
1.3.) Coautoría como dominio del hecho funcional.	65
1.5.) Requisitos de la coautoría.	75
1.5.1.) Requisitos objetivos.	76
a.1 Intervención en la fase ejecutiva.	76

a.2 Contribución esencial para la configuración del hecho punible.	79
1.5.2.) Requisito subjetivo.	85
b.1 Decisión conjunta de realizar el hecho punible.	85
2.- La complicidad primaria	94
2.1.) Definición conceptual:	94
2.2.) Complicidad primaria como figura intermedia.	96
2.3.) La cooperación necesaria del Derecho penal español como fuente de la regulación de la complicidad primaria.	98
2.4.) La complicidad primaria en el Derecho penal peruano.	105
2.5.) Complicidad primaria como contribución esencial al hecho punible durante la fase de preparación.	124
2.6.) Coautoría y complicidad primaria en la doctrina del dominio del hecho	133
<u>CAPITULO III</u>	151
La responsabilidad penal y el delito de robo agravado en el Perú	149
A.- La responsabilidad penal	149
A.1) La Culpabilidad:	152
B.- El delito de robo en el derecho penal peruano	156
B.1.) Naturaleza del delito de robo	156
B.1.1.) El robo como variedad del hurto agravado	156
B.1.2.) El robo como delito complejo	156
B.1.3.) El robo es de naturaleza autónoma	157
B.2.) Diferencias sustanciales entre hurto y robo	158
b.3.) El robo simple	159
B.3.1.) Tipicidad objetiva	159
B.3.2.) Bien jurídico protegido	161
B.3.3.) Sujeto activo	162
B.3.4.) Sujeto pasivo	163
B.3.5.) Tipicidad subjetiva	163
B.3.5.) Antijuridicidad	164
B.3.6.) Culpabilidad	164
B.3.7.) Tentativa	165

B.3.8.) Consumación	167
B.3.8.) Autoría y participación	169
B.3.9.) Penalidad	170
B.4.) El delito de robo agravado	171
B.4.1) Tipo penal	172
B.4.2) Tipicidad objetiva	174
B.4.3) Circunstancias agravantes	175
a. Robo en inmueble habitado	175
b. Robo durante la noche	176
c. Robo en lugar desolado	177
d. Robo a mano armada	178
e. Robo con el concurso de dos o más personas	182
f. Robo de turistas, no turistas y cualquier medio de locomoción	188
g. Robo fingiendo el agente ser autoridad o servidor público o privado.	191
h. Robo en agravio de menores de edad, personas con discapacidad.	193
i. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios	196
j. Robo con lesiones leves en la integridad física o mental de la víctima	198
k. Robo con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima.	201
l. Robo colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica	203
m. Robo de bienes de valor científico.	204
n. Robo por un integrante de organización criminal	206
ñ. Robo con lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima	210
o. Robo con subsiguiente muerte de la víctima.	211
B.4.4.) Concurso aparente de leyes.	212
B.4.5.) Penalidad.	215
<u>CAPITULO IV</u>	218
Sistematización del procesamiento de datos	218
1) Sistematización de expedientes (sentencias)	218
2) Sistematización de las entrevistas	222
3) Sistematización de las encuestas	228

<u>CAPITULO V</u>	234
Derecho Comparado	234
1. Legislación Colombiana:	234
2. Legislación Argentina:	236
3. Legislación Chilena	237
4. Legislación Boliviana:	240
5. Legislación Mexicana	241
6. Legislación Española:	243
6. Legislación Francesa	245
CONCLUSIONES	247
RECOMENDACIONES	253
INICIATIVA LEGISLATIVA	255
BIBLIOGRAFÍA	258
ARTÍCULOS	262
ANEXOS	263

Dedicatoria:

A mis padres; Sergio y Bety, con su esfuerzo y sacrificio ven logrados mis sueños profesionales, a mi hermana Kamuchita por ser ejemplo a seguir, y a mi abuelita Ida por su bendición y apoyo constante.

INTRODUCCIÓN

Si las teorías de la imputación objetiva y subjetiva sirven para poder determinar la responsabilidad del sujeto activo del delito luego de cometido el suceso criminal, las tesis sobre autoría y la participación en el delito resultan útiles a efectos de esclarecer sobre el nivel de la intervención del agente en la comisión del ilícito jurídico –penal.

La historia del derecho penal nos muestra una evolución en ese sentido, pero a su vez tal historia nos coloca ciertas visiones sistémicas del delito que influyen en toda la estructura de la teoría del delito, incluyendo por cierto a las categorías propias de la autoría y la participación criminal, en un universo de observación científica que se ha revelado como tal en el terreno de la dogmática jurídico penal, consolidando la necesidad de la delimitación y distinción conceptual y categorial entre autor y partícipe, o la diferenciación entre coautor y el cómplice primario, pues, como se verá en la presente investigación, a lo largo de los años se han ido superando pues antes no se hacía diferenciación alguna al respecto, cuando aún regía el sistema unitario y el derecho penal interpretaba el fenómeno del ilícito penal a través del prisma de la teoría de la equivalencia de condiciones.

La categorización actual, reflejada a nivel procesal, en autoría y participación no solamente debe ser de interés por la exigencia impuesta al respecto al nuevo modelo procesal penal perteneciente al sistema acusatorio garantista de corte adversarial, sino que debe de

ser entendida como un necesario comportamiento de corrección dogmática, en donde se especifique debidamente el alcance de la imputación jurídico-penal; esto es, si la imputación es a título de autor o de partícipe. Y si a título de autoría, es preciso indicar si se trata de una autoría directa o de coautoría, y si es a título de participación, resulta necesario señalar si se trata de una instigación o de complicidad (primaria o secundaria).

La participación delictiva o intervención en el delito es un tema fundamental y uno de los más difíciles de la moderna discusión de la teoría del delito, que se encuentra en plena evolución y cambios. Se registra un permanente debate y diferentes opiniones para resolver los diversos problemas que presenta, con soluciones muy novedosas y discutibles¹.

Se entiende entonces que el comportamiento humano puede estructurar distintas formas de autoría criminal, pues no termina con la realización directa y de propia mano de los hechos descritos en los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal, ni tampoco con la ejecución de éstos por intermedio de una persona que lleva adelante la voluntad. La fenomenología de la codelinuencia nos muestra que el quebrantamiento de las normas penales, puede realizarse también a través de la actuación conjunta de varias personas. Esta última forma de vulneración de la norma penal se suele denominar en el Derecho

¹VILLAVIGENCIO TERREROS, Felipe, Prologo en "Autoría y participación criminal nuevos paradigmas" – Carlos Parma e Iván P. Guevara Vásquez, pág. 19.

Penal como coautoría, el sujeto del hecho contenido en los tipos penales se extiende a aquellos que toman parte del dominio colectivo del hecho y su ejecución, con el fin que todos ellos puedan ser considerados como autores del hecho conjunto. En este sentido, la coautoría representa una forma de extensión de la responsabilidad, siendo este el motivo para que se haga referencia a ella como modalidad impropia o imperfecta de participación, en contraste con sus manifestaciones propias: instigación y complicidad.

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

En la presente tesis, busco entregar las pautas, criterios y delimitaciones necesarias para que se adopte a nivel teórico y de la práctica, un tratamiento normativo-valorativo para determinar la responsabilidad penal en las formas de intervención en el delito de

Robo Agravado (artículos 188º y 189º del Código Penal) contenido en el Capítulo II, del Título V, referente a los Delitos contra el Patrimonio de la Parte Especial del Código Penal vigente, con la finalidad de reconducir y delimitar normativamente la calificación como autor o partícipe (coautor o cómplice primario) a límites político-criminalmente aceptables, a favor de la seguridad jurídica y las garantías que ostentan los ciudadanos frente al *ius puniendi* estatal.

CAPÍTULO I

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Descripción de la realidad problemática:

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

Así, los artículos. 23°, 24° y 25° del Código Penal peruano junto a las tres formas de autoría y a la inducción se considera una clasificación de la complicidad en primaria y secundaria. Ambas, conforme la

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

Tal distinción la podemos encontrar también en el Derecho comparado. Así, por ejemplo, el Código Penal Español diferencia entre cooperador necesario y cómplice. Esta clasificación de la complicidad en una de tipo esencial y otra no esencial para la materialización del hecho punible, demanda el desarrollo de un proceso de delimitación doble: primero, determinar el límite máximo de la complicidad primaria a partir del establecimiento de sus fronteras frente a la coautoría, y segundo, establecer su límite mínimo a partir de su demarcación respecto a la complicidad secundaria.

Esta ausencia de criterios generales que permitan distinguir entre coautoría, complicidad primaria y secundaria, tiene como consecuencia que en la aplicación del Derecho penal, como es el caso en el delito de robo, los jueces peruanos, no sólo no existan parámetros fijos y determinados a efectos de definir el título de imputación y su responsabilidad que se le asigna a los intervinientes en un hecho punible, sino incluso que supuestos similares se califiquen de forma distinta o simplemente sean considerados como autores todos los intervinientes.

En tal sentido, como la regulación de la complicidad primaria trae consigo más inconvenientes que ventajas debido a su naturaleza intermedia entre la coautoría y la complicidad secundaria, **me pregunto, si es necesario seguir manteniendo la regulación de la complicidad primaria en el Código Penal peruano o es preferible suprimirla, trasladando los supuestos englobados bajo ella a la regulación legal de la coautoría y mantener el aporte secundario en la perpetración del ilícito como una forma de complicidad.**

A partir del desarrollo de modernas formulaciones dogmáticas en las que se plantea la necesidad de reformular los alcances de la comisión conjunta del hecho punible (coautoría) desde criterios normativo-valorativos, con lo que la complicidad primaria, que es acuñada desde una perspectiva teórica ya superada, quedaría sin sustento teórico y en la práctica funcionaría sólo como una figura residual; pues, en el marco de los denominados delitos comunes, como es el caso del delito de robo, materia de la presente tesis, nuestro Código Penal ha previsto que el castigo para el cómplice primario es el mismo que el de coautor, quebrantando con ello la seguridad jurídica y las garantías establecidas en favor de los ciudadanos frente al ius puniendi estatal.

2. Formulación del problema:

a. Problema principal.

- ¿En qué medida la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria incide en la determinación de responsabilidad penal en el delito de robo agravado?

b. Problemas secundarios.

- a. ¿De qué forma la jurisprudencia de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado?

- b. ¿De qué manera la labor hermenéutica de la coautoría y la complicidad primaria incide en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado?

- c. ¿En qué medida la doctrina de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado?

3. Indagación sobre investigaciones preexistentes:

Se efectuó la búsqueda a nivel de la biblioteca de nuestra facultad de derecho encontrando los siguientes textos:

□ “Manual de Derecho Penal” – Parte General - Luis Miguel Bramont Arias Torres, Cuarta Edición - Año 2008.

□ “Tratado de Derecho Penal I” - Estudio Programático de la Parte General, Raúl Peña Cabrera – Editora Jurídica Grijley – Segunda Edición, junio 1995.

□ “Manual de Derecho Penal – Parte General”, Eugenio Raúl Zaffaroni, Ediciones Jurídicas – Lima Perú, Año 1994.

□ “Derecho Penal Parte General”, Francisco Muñoz Conde, Cuarta edición revisada y puesta al día, Valencia – España, Año 2000.

□ “Derecho Penal Parte General”, Materiales de enseñanza, Víctor Prado Saldarriaga, Uldarico Bojorquez Padilla, y Edgar Solis Camarena, Editora Jurídica Grijley – Instituto Peruano de Ciencias Penales, Primera Edición, Marzo 1995.

Asimismo, se efectuó la búsqueda de artículos en internet, destacándose los siguientes:

- “La complicidad como forma de participación criminal” - José Luis Castillo Alva, publicado en la edición número 9 de la Revista Peruana de Ciencias Penales.

- “Cuestiones fundamentales de autoría y participación en los delitos de organización” – Trabajo de investigación de posgrado – Doctorado de la Universidad Particular San Martín de Porres – año 2010.

- “Autoría y participación” – Cuadernos de investigación y jurisprudencia - Javier Villa Stein – año 2005.

- Autoría y participación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención? - Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008 – Luis Gustavo Guillermo Bringas. Año 2008.

- Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho - Percy André Sota Sánchez - Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de San Martín de Porres. Año 2010.

Del mismo modo, realizada la búsqueda de tesis a nivel nacional e internacional, destacan las siguientes tesis:

Nacionales:

TESIS: Calificación del ejecutor consciente en los supuestos de autoría mediata: contribución en el establecimiento de criterios de autoría y participación en el ámbito judicial peruano - Torres Jimenez, Lucas Eduardo (Año – 2013) - Tesis de pre-grado Facultad de Derecho – Universidad Católica del Perú.

TESIS: La coautoría en el derecho penal: ¿es el cómplice primario un coautor? - Rosales Artica, David Emmanuel (Año – 2008) Tesis de posgrado Maestría – Universidad Católica del Perú.

Internacionales:

TESIS: La autoría y la participación en el delito: análisis comparado de los ordenamientos español, francés, e italiano desde la perspectiva de un derecho común europeo. Tesis Doctoral - Lozano Maneiro, Amparo (Año - 2003) - Tesis de la Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Penal.

TESIS: Autoría y participación y el delito de receptación - MackinnonRoehrs, John R. W. – Tesis de pre-grado para Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Año – 2002) – Tesis de la Universidad de Chile.

“La coautoría y la complicidad (necesaria) en el derecho penal” - Juan Pérez Alonso, publicada en 1998 - España

“La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial” - Carolina Bolea Bardon, año 2004.

“Autoría y Participación” - Miguel Díaz Y García Conlledo, año 2008, publicado en la Revista de estudios de la justicia de España, aparecido en el Libro Homenaje a Don José Cerezo Mir.

4.- Delimitación de la investigación:

La presente tesis se circunscribe en el campo del Derecho Penal, tanto nacional como extranjero, teniendo como base conceptos teóricos dogmáticos de la autoría y participación (coautoría – complicidad).

4.1. Delimitación espacial.

Se ha tomado en consideración para la presente investigación, delimitar espacialmente su ámbito de aplicación y estudio, geográficamente en el departamento de Ayacucho.

4.2. Delimitación temporal.

En lo que concierne a la delimitación temporal, se ha visto por conveniente el estudio de las causas penales resueltas en primera instancia por el delito de robo agravado, tramitadas en los años 2012 y 2013 en la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

4.3. Delimitación orgánica.

La investigación se realizará en la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en los expedientes formados en los años 2012 y 2013, y que se encuentran con sentencia de primera instancia.

5.- Alcances de la Investigación:

El alcance de la presente investigación, en primer lugar, será a los operadores de justicia del Distrito Judicial y Fiscal de Ayacucho, en segundo lugar, a los abogados en ejercicio, y en tercer lugar a la

población Ayacuchana en general, los que se verán beneficiados con la investigación.

II. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.

a. Objetivo general:

- Analizar en qué medida la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.

b. Objetivos específicos:

- Analizar de qué forma la jurisprudencia de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.
- Analizar de qué manera la labor hermenéutica de la coautoría y la complicidad primaria incide en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.
- Determinar en qué medida la doctrina de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.

III. JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y LIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

a. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se justifica en la necesidad de demostrar que la regulación normativa de la complicidad primaria es superflua, pues se trata de una figura residual que sirve para recoger todos aquellos comportamientos que no pueden ser calificados como coautoría por carecer los sujetos que los llevan a cabo de un dominio o poder sobre el hecho al no tomar parte en la fase ejecutiva del delito, y a su vez, la necesidad de evitar que en las decisiones judiciales sobre coautoría y complicidad se sigan observando fallos confusos, contradictorios o simples, ocasionados por la poca claridad que existe alrededor de la complicidad primaria y la coautoría, pues en la mayoría de oportunidades la justicia nacional resuelve en función de las circunstancias concretas del hecho en particular, ocultando muchas veces las razones que llevaron a una u otra calificación, simplificando la participación de todos los agentes del ilícito penal a la calidad de autores.

b. IMPORTANCIA DE LA INVESTIGACIÓN.

Su importancia reviste a nivel teórico y práctico, debido a la utilidad que le puedan dar los operadores de justicia, tanto del Ministerio Público y

el Poder Judicial, respecto a la reformulación y fundamentación de la coautoría y complicidad primaria; pues, se busca evitar lagunas de impunidad y buscar formular imputaciones coherentes y garantistas, debiendo partir de perspectivas normativas, correctamente delimitadas y no arbitrarias, o simplemente igualadas a la calidad de autores. Asimismo, no se pretende solamente una investigación dogmática y doctrinaria, sino más bien un análisis jurídico-social y práctico, observando en los distintos fallos (sentencias) recabadas en la investigación la labor de los operadores de justicia.

En ese sentido, al analizar las causas tramitadas en la Primera y Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, podremos tener un panorama de cómo los operadores de justicia – Ministerio Público y Poder Judicial -, han venido tipificando la participación criminal a nivel de coautoría y complicidad primaria respecto al delito de robo agravado, explorar el porcentaje de su incidencia y analizar su frecuencia.

c. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.

Las limitaciones que ha tenido el investigador a lo largo del desarrollo de la presente tesis, son:

- Poco acceso a la información estadística que posee la Corte Superior de Justicia en Ayacucho, el porcentaje y cuantía de los

expedientes tramitados a nivel de las Salas Penales respecto a los casos de robo agravado.

- Dificultad en realizar indagaciones en las oficinas de la Primera y Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en donde el investigador ha observado que existe reserva en el trámite de los procesos penales respecto al caso de robo agravado.

- De los expedientes consultados a nivel de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, muchos de ellos se encuentran con reserva de fallo y que no han sido resueltos por múltiples factores, teniendo poco material para investigar.

IV. FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS DE TRABAJO

a. Hipótesis general:

La delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de responsabilidad penal en el delito de robo agravado.

b. Hipótesis específica.

- La jurisprudencia de la coautoría y la complicidad primaria influye positivamente en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.
- La labor hermenéutica de la coautoría y la complicidad primaria incide negativamente en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.
- La doctrina de la coautoría y la complicidad primaria influye positivamente en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.

V. IDENTIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LAS VARIABLES

TEMA: “INCIDENCIA EN LA DELIMITACIÓN NORMATIVA ENTRE COAUTORIA Y COMPLICIDAD PRIMARIA EN LA DETERMINACION DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO, EN LOS PROCESOS PENALES DE LA PRIMERA Y SEGUNDA SALA PENAL DE AYACUCHO, DURANTE LOS AÑOS 2012 Y 2013”.

VARIABLE INDEPENDIENTE (X):

La delimitación normativa entre Coautoría y Complicidad Primaria.

VARIABLE DEPENDIENTE (Y):

La determinación de responsabilidad penal en el delito de Robo Agravado, en los procesos penales de la Primera y Segunda Sala Penal de Ayacucho, durante los años 2012 y 2013.

VI. OPERACIONALIZACIÓN DE HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES

3.1 HIPOTESIS GENERAL

La delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de responsabilidad penal en el delito de robo agravado.

3.1.1 VARIABLE INDEPENDIENTE

La coautoría

VARIABLE	INDICADORES
LA COAUTORIA	<ul style="list-style-type: none"> - Marco Normativo - Jurisprudencia - Doctrina

La Complicidad Primaria

VARIABLE	INDICADORES

LA COMPLICIDAD PRIMARIA	<ul style="list-style-type: none"> - Marco Normativo - Jurisprudencia - Doctrina
-------------------------	---

3.1.2 VARIABLE DEPENDIENTE

La determinación de responsabilidad penal en el delito de Robo Agravado.

VARIABLE	INDICADORES
LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO	<ul style="list-style-type: none"> - Responsabilidad Penal - Robo Agravado

3.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICA.

3.2.1 PRIMERA HIPOTESIS ESPECÍFICA:

La jurisprudencia de la coautoría y la complicidad primaria influye positivamente en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.

VARIABLE INDEPEPENDIENTE	INDICADORES
LA COAUTORÍA Y LA COMPLICIDAD PRIMARIA	<p><u>LA JURISPRUDENCIA</u></p> <p>Jurisprudencia nacional</p>

	<ul style="list-style-type: none"> - Tribunal constitucional - Corte suprema de justicia
--	--

3.2.2 SEGUNDA HIPOTESIS ESPECÍFICA:

La labor hermenéutica de la coautoría y la complicidad primaria incide negativamente en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES
LA COAUTORÍA Y LA COMPLICIDAD PRIMARIA	<p><u>LABOR HERMENÉUTICA</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Interpretación y valoración en los casos concretos. Sentencias Judiciales de primera instancia.

3.2.3 TERCERA HIPOTESIS ESPECÍFICA:

La doctrina de la coautoría y la complicidad primaria influye positivamente en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.

VARIABLE INDEPENDIENTE	INDICADORES
LA COAUTORÍA Y LA COMPLICIDAD PRIMARIA	<p><u>LA DOCTRINA</u></p> <p>LA COAUTORIA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Doctrina nacional

	<ul style="list-style-type: none"> - Doctrina extranjera - Finalidad - Requisitos <p>LA COMPLICIDAD PRIMARIA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Doctrina nacional - Doctrina extranjera - Finalidad - Alcances
--	---

3.3 VARIABLE DEPENDIENTE (Y)

La determinación de responsabilidad penal en el delito de Robo Agravado.

VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
La determinación de responsabilidad penal en el delito de robo agravado	<ul style="list-style-type: none"> - La determinación de responsabilidad penal. - El robo agravado

3.3.1. VARIABLE DEPENDIENTE

La determinación de responsabilidad penal

VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
La determinación de responsabilidad penal.	<p><u>LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL (CULPABILIDAD)</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Culpabilidad - Regulación normativa - Imputabilidad

3.3.1. VARIABLE DEPENDIENTE

El delito de robo agravado

VARIABLE DEPENDIENTE	INDICADORES
El delito de robo agravado	<p><u>EL DELITO DE ROBO AGRAVADO</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Naturaleza - Robo Simple - Tipo Penal - Tipicidad objetiva - Circunstancias agravantes - Concurso de delitos - Penalidad

VII. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.- TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Tipo de investigación: Básico

Nivel de investigación: Descriptivo – Causal – Explorativa.

2.- METODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

Método: análisis y síntesis.

Diseño: descriptivo.

3.- UNIVERSO, POBLACIÓN Y MUESTRA

Universo: Los expedientes judiciales por el delito de robo agravado tramitados durante los años 2012 y 2013 en la Primera y Segunda Sala Penal de Ayacucho.

Población: Aproximadamente 100 expedientes judiciales tramitados durante los años 2012 y 2013 en la Primera y Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

Muestra: El investigador considera, dada la escases de expedientes judiciales, tomar el 50% de la población, por lo que corresponde la muestra un total de **50** expedientes judiciales tramitados durante los años 2012 y 2013 en

la Primera y Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

4.- TÉCNICAS, INSTRUMENTOS Y FUENTES DE RECOLECCIÓN DE DATOS

TÉCNICAS: Recopilación y análisis bibliográfico, fichado, entrevistas y encuestas.

INSTRUMENTOS: Fichas, registro de datos, encuesta estructurada, entrevista.

FUENTES: Bibliografía, expedientes judiciales, resoluciones judiciales, jurisprudencia, normas, leyes, constitución, códigos, páginas de internet.

VIII. ADMINISTRACIÓN DEL PLAN

1. Cronograma de actividades y tareas

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES																	
ACTIVIDADES		MAYO 2015				JUNIO 2015				JULIO 2015				AGOSTO 2015			
		SEMANAS				SEMANAS				SEMANAS				SEMANAS			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
01	Corrección final del	*	*														

	proyecto.																		
02	Aprobación del proyecto.			*	*														
03	Elaboración del planteamiento del problema.				*														
04	Elaboración de objetivos.				*														
05	Elaboración de importancia, justificación e importancia.				*	*													
06	Elaboración de marco teórico.						*	*	*										
07	Elaboración de la metodología de la investigación.								*										
08	Revisión del avance.									*									
09	Revisión de bibliografía.									*									
10	Elaboración de conclusiones.										*								
11	Revisión de tesis.										*								
12	Corrección final.											*	*						
13	Aprobación de tesis.																	*	
14	Sustentación de tesis.																		*

2. Recursos Humanos:

La presente investigación, contará con la colaboración de un profesional de lengua y literatura a fin de realizar la revisión y corrección del trabajo tesis.

Materiales:

- ✓ Libros.
- ✓ Internet.
- ✓ Materiales de escritorio, comprendidos entre:
lapiceros, hojas bond, impresora, tinta de impresora, computadora.

3. Presupuesto del proyecto:

PRESUPUESTO	
RECURSOS HUMANOS	MONTO
Profesional de Lengua y literatura	S/. 800.00
METRIALES	MONTO
Libros	S/. 2000.00
Internet	S/. 200.00
Materiales de escritorio	S/. 500.00
TOTAL PRESUPUESTO	S/. 3 500.00

4. Financiamiento:

El desarrollo de la investigación es autofinanciado, es decir corre a cuenta del investigador los gastos dinerarios que origine el mismo.

CAPITULO II

A) AUTORIA Y PARTICIPACIÓN

FUNDAMENTOS O BASES TEÓRICAS DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN.

El investigador ha realizado la indagación de los fundamentos o bases teóricas, en las que se encuentra consenso que para tratar el fenómeno de la codelincuencia o intervención en el delito, existen básicamente dos posibilidades: primero, que todas las clases de colaboración deben ser llevadas bajo el denominador común de un concepto de autor (**Autoría**), o segundo, deba distinguirse entre las diferentes formas de colaboración según el grado o la importancia material del aporte al hecho. (**Participación**).

En ese sentido, la gran mayoría de los Códigos Penales no definen quién es autor y que –siguiendo a JESCHECK- “la división de las formas de manifestarse la intervención en una acción punible no es una materia que pertenezca a la libertad del legislador o a la discrecionalidad judicial” sino está determinada “por sólidas estructuras de relaciones sociales de las que no puede alejarse la valoración jurídica si es que la aplicación del Derecho no quiere perder su fuerza de convicción”², debe repararse que el concepto de autor no ha sido siempre el mismo durante todos los estadios de evolución de la dogmática penal. Pues, han sido fundamentalmente tres los conceptos mantenidos por la ciencia del Derecho penal, unas veces teorizando sobre el mismo concepto de autor, otras siguiendo la orientación marcada por las distintas legislaciones positivas³. **Estos conceptos son el unitario, el extensivo y el restrictivo.**

1. Concepto Unitario de Autor.

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

² JESCHECK, Hans H., *Tratado de Derecho Penal, parte general* - Editorial Bosch - 5ta edición – 1981, p. 693.

³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 41.

accesoriedad entre las responsabilidades de los distintos intervinientes en el hecho punible⁴.

Los orígenes de este concepto se pueden hallar en los planteamientos de v. SCHIRACH y STÜBEL (siglo XIX)⁵, a favor de la equivalencia de las condiciones. Según sus argumentaciones, resulta imposible establecer una diferenciación entre autores y partícipes, pues desde el punto de vista de la causalidad todas las intervenciones en el hecho son necesarias para la producción del resultado, tal y como se produjo.

Cabe precisar, que el concepto unitario de autor descansa sobre dos bases, en primer lugar, la teoría de la equivalencia de condiciones debida a v. BURI, magistrado del Tribunal Supremo del Reich, y que es propia del sistema causalista de la teoría del delito.⁶ Conforme a la fórmula de la conditio sine qua non, todas las condiciones de un resultado son equivalentes, por lo que una vez comprobado el nexo causal entre la acción del sujeto y el resultado, automáticamente se configura la autoría⁷. En efecto, con este criterio todos los que intervienen en el hecho delictivo deben ser considerados causantes del mismo y, por consiguiente, autores. Ello significa, además, que la

⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Óp. Cit., p. 41

⁵ Ibidem p. 67

⁶ Esta teoría respondía a una metodología positivista, la cual implicaba el traslado del método de las ciencias naturales a las ciencias sociales. Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, La imputación objetiva del resultado, Edersa, Madrid, 1992, p. 4-5

⁷ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, José "El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código penal peruano", en: AAVV, Dogmática actual de la autoría y la participación criminal, Idemsa, Lima, 2007, p. 584; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Óp. Cit., p. 68

importancia objetiva de las contribuciones de los distintos intervinientes sólo se toma en cuenta al momento de la determinación o medición judicial individual de la pena⁸.

En segundo lugar, siguiendo a MIR PUIG, la otra base sobre la que se sustenta el concepto unitario responde a una opción de política-criminal, pues se parte de la contemplación del delito como la obra en común de todos quienes contribuyen a él y se estima conveniente castigar por igual a todos ellos, sin que el castigo de unos (partícipes) dependa de lo que hagan los otros (autores)⁹.

Contra el concepto unitario de autor se han planteado algunas críticas: desde el plano de la política-criminal, se señala que este concepto no puede tener asidero en un Estado que garantiza la libertad de los ciudadanos, pues con su adopción se ocasiona un incremento desmedido de la represión penal, toda vez que si todas las contribuciones al hecho constituyen una lesión del bien jurídico protegido, se perdería el injusto específico de la acción en cada tipo penal, abandonándose la fronteras de aquél y, por tanto, la función garantista del Derecho penal¹⁰. Además, se reprocha a este concepto restringir la libertad de los ciudadanos en extremo, pues bastaría la existencia de un nexo causal entre su conducta y la producción de un

⁸ Cfr. MAURACH, REINHART - GÖSSEL, KARL H. - ZIPF, HEINZ, Derecho penal, PG 2, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 400 §50 n° 1.

⁹ Cfr. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, PG, 8ª edición, Montevideo – Buenos Aires, 2008, p. 370.

¹⁰ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, Lecciones de Derecho Penal, PG, Grijley, Lima, 2008, p. 554

resultado delictivo para que se los relacione con un hecho punible¹¹. Asimismo, se critica al concepto unitario su incompatibilidad con los presupuestos del Derecho penal de un Estado de Derecho¹², debido a que al renunciar a delimitar entre las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos, las fronteras de lo típico se disuelven, pues se declara que cualquier provocación causal de un delito previsto en la Parte Especial del Código Penal es típica y debe ser castigada como autoría. De esta forma se vulnera el principio constitucional de determinación de los tipos penales, el mismo que guarda una estrecha relación con el principio de legalidad.

En atención a lo antes mencionado, el investigador considera que el concepto unitario debe ser rechazado, pues como ha sostenido ROXIN: *“un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del «Estado Leviatán»”*¹³.

¹¹ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, José, El concepto de autor, p. 585.

¹² En contra, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Op. Cit., pp. 129-133

¹³ ROXIN, Claus, Derecho Penal, PG, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, traducción de la 2ª edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Madrid, Civitas, 2000, p. 137, §5 párr. 1. (Con negritas en el original).

Los desaciertos del concepto unitario también han sido planteados desde la dogmática penal. En tal sentido, se critica que con este concepto habría que considerar como autores en los delitos especiales a sujetos que no reúnen las condiciones exigidas por el tipo penal. Lo mismo valdría para los denominados delitos de propia mano. Por otro lado, en tanto este concepto se basa en la fórmula de la *conditio sine qua non*, los autores de delitos omisivos quedarían impunes pues no se podría comprobar el nexo de causalidad.

2. Concepto Extensivo de Autor.

De igual forma a lo que ocurre con el concepto unitario de autor, el concepto extensivo tiene como fundamento dogmático a la teoría de la equivalencia de condiciones. De esta manera, es autor todo individuo que ha contribuido causalmente a la realización del hecho delictivo con un comportamiento sin el cual no se habría producido. En tal sentido, la índole física o psíquica, ejecutiva o auxiliadora del aporte causal resulta indiferente, siempre que la contribución se pueda estimar como *conditio sine qua non* de la existencia del hecho¹⁴.

En efecto, según el concepto extensivo ni la autoría ni la participación se pueden diferenciar desde el plano objetivo, debido a que al fundarse el referido concepto sobre la teoría de la equivalencia de condiciones,

¹⁴ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, y HUERTA TOCILDO, Susana, Óp. Cit., p. 472

todo el que ha contribuido a causar el resultado es autor aunque no haya realizado una acción típica, pues “consideradas como condiciones del resultado típico, las contribuciones del autor y del cómplice no pueden diferenciarse”¹⁵.

Consecuentemente, la delimitación entre autoría y participación no se puede llevar a cabo a partir de criterios situados en el mundo exterior (objetivos), ya que en el aspecto objetivo del delito no es posible distinguir entre las diversas formas de intervención delictiva. En tal sentido, para la diferenciación -y por eso no es concepto unitario de autor- se debe tomar en consideración el aspecto subjetivo, atendiendo a datos intra-psíquicos tales como la voluntad, la intención, los motivos y actitudes de los partícipes¹⁶. De esta forma, el concepto extensivo resulta siendo una teoría subjetiva de la participación, la misma que en la actualidad goza de poca aceptación doctrinal como jurisprudencial y que tradicionalmente se ha manifestado a través de dos corrientes formadas por las *teorías del dolo y del interés*. Las primeras distinguen entre los intervinientes en función de la clase de voluntad; mientras que las segundas centran su atención en establecer si el hecho se realizó en interés propio o ajeno.

2.1.) Teoría del dolo.

¹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique Óp. Cit., p. 29. (Con cursivas en el original).

¹⁶ Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de la 7ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, §9 p. 71.

De acuerdo con estas teorías, en los hechos delictivos donde intervienen varios sujetos es posible reconocer la concurrencia de dos voluntades distintas: de autor y partícipe, sin embargo, sus defensores renuncian a profundizar en la diferencia existente entre dichos aspectos volitivos, resultando poco claro el porqué de tal delimitación¹⁷.

Entre todas las teorías del dolo destaca aquella que atribuye al partícipe una voluntad dependiente o subordinada¹⁸. A este planteamiento se le ha criticado que traza los límites de modo exclusivamente subjetivo sin correspondencia con los sucesos externos, lo cual conlleva a soluciones inaceptables como la siguiente: si dos personas realizan conjuntamente un hecho, dejando internamente cada una la ejecución a criterio de la otra, tendrían que ser ambas sólo partícipes y faltaría el autor¹⁹. En esa misma línea, se le reprocha considerar como partícipe y no como autor a quien ejecuta la acción típica, pero lo hace internamente subordinado a otro²⁰. Como se puede apreciar, el “«talón de Aquiles de la teoría subjetiva de la participación»” radica en su rechazo a la importancia del elemento externo del hecho delictivo²¹.

¹⁷ Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, Editorial Marcial Ponce España - Enero del 2000 §9 pp. 71-72.

¹⁸ Como ha expresado ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §9 p. 72; estas teorías parten del hecho que “el partícipe se hace dependiente del autor al dejar la ejecución del hecho al criterio de éste”.

¹⁹ Ibídem §9 p. 75.

²⁰ Ibídem §9 p. 7

²¹ Ibídem §9 p. 75.

2.2.) Teoría del interés²².

De acuerdo con esta teoría, cuando varios sujetos toman parte en la realización de un delito se calificará como autor a quien obró con ánimo de autor (*animus auctoris*) y como partícipe a quien lo hizo con ánimo de partícipe (*animus socii*). En tal sentido, la distinción entre los diversos intervinientes se convierte en un asunto de reproche de sus motivaciones internas²³.

Naturalmente esta formulación subjetiva ha sido objeto también de múltiples críticas. Así, desde puntos de vista político-criminales, se ha cuestionado que la importancia concedida al contenido de la voluntad y la actitud mental del sujeto por encima de los elementos objetivos del hecho pueda ser determinante para la calificación de los intervinientes como autores o partícipes. Ello se observa, por ejemplo, en el llamado caso de la bañera (se consideró cómplice a la que en interés y a instancias de la madre, ahogó en una bañera, por su propia mano y sin colaboración de ninguna otra persona, al hijo ilegítimo de la que le solicitaba que cometiera el asesinato²⁴) y en el denominado caso Staschynskij de 1962 (se consideró también cómplice de asesinato al agente Staschynskij, quien por encargo de una potencia extranjera, mató alevosamente, sin cooperación alguna, a dos políticos exiliados que vivían en Alemania, utilizando para ello una pistola con munición

²² Hay que precisar que este planteamiento ha sido frecuentemente concebido como inherente a las teorías del dolo, en tanto, la fórmula del interés implica la existencia de un indicio de la subordinación de la voluntad. Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §9 p. 76.

²³ Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy, Óp. Cit., p. 558

²⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Óp. Cit., pp. 37-38.

envenenada²⁵). En estos casos, sobre la base de la teoría subjetiva los Tribunales alemanes castigaron como simples partícipes a quienes realizaron por sí mismos todos los elementos del tipo y consideraron autores a los que no habían tenido ningún tipo de intervención material en el hecho.

Empero, la principal crítica contra el planteamiento del interés es aquella que pone de relieve la vulneración del principio de legalidad, pues es claro que los tipos penales establecen un límite objetivo al concepto de autor, el mismo que no puede ser traspasado con el ánimo del sujeto interviniente (función de garantía de los tipos legales). Los postulados de las teorías subjetivas pretenden remplazar la comisión objetiva del hecho por el subjetivo querer el hecho como propio, lo que en un Estado de Derecho no está permitido²⁶.

También la posición en comento ha sido reprobada desde el Derecho procesal, pues se señala que ésta provoca un subjetivismo exacerbado que además de las dificultades probatorias que entraña como cualquier prueba referida a procesos mentales, tiene por sencillas, distinciones psicológicas casi irrealizables²⁷. En tal sentido, como han señalado acertadamente OCTAVIO DE TOLEDO y HUERTA TOCILDO, el emplear elementos subjetivos para la distinción, tan escasamente fiables y carentes de significado material, supone utilizar “criterios que,

²⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Óp. Cit., p. 38.

²⁶ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, José, El concepto de autor, p. 596

²⁷ DONNA, Edgardo Alberto, La autoría y la participación criminal, 2ª edición, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2002, p. 23.

a la postre, constituyen otras tantas puertas abiertas para la arbitrariedad judicial”²⁸.

En mérito a las dos teorías explicadas, las teorías subjetivas del dolo y del interés, se manifiesta que éstas no explican “por qué, desde el punto de vista objetivo, las actividades de autor y cómplice han de ser consideradas únicamente como condiciones”²⁹. Así, si un sujeto entrega a otro una pistola para que éste mate a otra persona, es posible que la actividad de quien entrega el arma y quien dispara sean consideradas como condiciones del resultado y, entonces, desde el punto de vista subjetivo, no existiría entre ellas ninguna diferencia objetiva. No obstante, si se parte desde otro enfoque, sí que se podrían presentar distinciones, pues no es lo mismo entregar el arma que dispararla³⁰.

3. Concepto Restrictivo de Autor.

De acuerdo con el concepto restrictivo de autor, no todos los intervinientes que causan el delito son autores. En tal sentido, el establecimiento de formas especiales de participación como la inducción y la complicidad, supone la presencia de causas de extensión de la punibilidad (en sentido amplio) a acciones que se

²⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, y HUERTA TOCILDO, Susana, Óp. Cit., p. 474

²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Óp. Cit., p. 29

³⁰ *Ibidem*, p. 30

encuentran fuera del tipo, pues con éste tan sólo sería castigado quien por medio de su propia persona, por ejemplo, mata o roba. Los otros participantes, quienes tan sólo determinan o ayudan al autor, quedarían impunes de no ser por las disposiciones penales relativas a las formas de intervención distintas a la autoría (inducción y complicidad)³¹. En esta misma línea, la adopción de un concepto restrictivo de autor consecuentemente desarrollado, no puede aceptar mayores extensiones al mismo que las que estando materialmente justificadas, encuentran un apoyo positivo en la ley³².

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

Ese resultado distinto consistió en restringir la causalidad pura -propia de la teoría de equivalencia de condiciones- como único elemento determinante de la autoría y construir ésta sólo en función de la causalidad adecuada. Con esto, la autoría no se configuró en virtud de cualquier causa o condición, sino únicamente en base a las causas o

³¹ Cfr. JESCHECK, Hans H, Óp. Cit., p. 697; ROXIN, Claus "La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán", en: Dogmática penal y política criminal, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998, p. 351

³² Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Óp. Cit., p. 753

condiciones que ex post eran objetivamente idóneas para producir un resultado lesivo, lo que significa que la producción del resultado tenía que ser objetivamente previsible. Para ello se recurrió, precisamente, al juicio de valor conocido como pronóstico-posterior, según el cual el juez debe tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto cognoscibles por una persona inteligente (hombre medio), más las conocidas por el autor (saber ontológico), así como la experiencia común de la época sobre los nexos causales (saber nomológico). La consecuencia dogmática derivada de este planteamiento, fue la posibilidad de restringir el campo de imputación de los delitos calificados por el resultado en calidad de autoría con la ayuda de la teoría de la causalidad adecuada. Ello significó que no siempre que se comprobara el nexo de causalidad entre un resultado lesivo y el comportamiento de un sujeto estaríamos, sin más, ante la configuración de la autoría³³.

Sin embargo, este planteamiento fue rechazado por emplear como elementos estructurales de la autoría criterios como el del hombre medio y el de la previsibilidad objetiva. Efectivamente, se criticó que mediante su utilización se llegaba al extremo de homogeneizar a todos los individuos como si fueran instrumentos o maquinarias robotizadas y, por ende, a imputar –en forma automática e injusta– la realización de

³³ URQUIZO OLAECHEA, José, El concepto de autor, p. 587

un injusto de autoría a todas las personas que no se han comportado, en forma abstracta, como ciudadanos medios o normales.³⁴

A pesar de lo expresado en el párrafo precedente, en los últimos tiempos esta concepción propia del sistema neoclásico ha sido objeto de ciertas matizaciones que han transformado su rigidez originaria y la han hecho aceptable por la mayoría³⁵. En su formulación actual se sostiene que no todo el que es causa del delito es autor, porque no todo el que interpone una condición causal del hecho realiza el tipo³⁶, pues para ello es preciso algo más que la causación. En ésta misma línea de argumentación, si el simple apoyo a la realización de la acción típica resulta siendo algo objetivamente distinto que la realización de la acción típica, es evidente que tanto autoría como participación deben ser diferenciadas de acuerdo con criterios objetivos: según la clase de contribución al hecho. Ello significa que el carácter determinante de la diferenciación se encuentra en los aspectos externos de la conducta, en su entidad material³⁷. **Precisamente, la búsqueda de esta entidad ha dado lugar a que se formulen las siguientes teorías de base objetiva:**

³⁴ *Ibíd.*, p. 588.

³⁵ Cfr. MIR PUIG, Santiago, *Óp. Cit.*, p. 372 párr. 17

³⁶ *Ibíd.*, p. 372 párr. 18

³⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Óp. Cit.*, p. 612.

3.1.) Teoría objetivo-formal³⁸:

La principal característica de la teoría objetivo-formal es que en ella toma importancia la literalidad de las descripciones típicas. De esta manera, será autor quien ejecuta todo o algunos de los elementos de la acción típica descrita en los tipos de la Parte Especial; mientras que será partícipe quien realiza acciones meramente de auxilio, durante la preparación del delito o durante la ejecución del mismo³⁹. Ello significa que la distinción entre autor y partícipe radica en el aspecto exterior de los respectivos comportamientos, es decir, según si la acción se puede subsumir (lógico) - formalmente bajo el tipo penal⁴⁰.

Este planteamiento objetivo-formal que tiene a BELING como exponente más connotado, ha pretendido ser justificado desde diversas perspectivas. Por un lado, se sostiene que el ejecutar el delito revela una mayor peligrosidad y reprochabilidad que el cometer un mero acto preparatorio o de colaboración⁴¹. Así, por ejemplo, en un delito de asesinato con intervención de varias personas, no sería ajeno al sentido común - sostienen los defensores de esta postura- castigar con mayor dureza a aquellos que han atentado contra la vida de la víctima que a quienes sólo actuaron como vigilantes. Por otro lado, como ha expresado ROXIN, esta teoría -atendiendo a su núcleo, al margen de

³⁸ Acerca de la esencia objetiva de este planteamiento, ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §7 p. 55; ha expresado que "se denomina «objetiva» sin razón", pues, por ejemplo, el homicida o el estafador aparecen "como personas que actúan finalmente, dirigiendo el curso del hecho de propia mano".

³⁹ Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §7 p. 54

⁴⁰ BACIGALUPO, Enrique, Óp. Cit., p. 357.

⁴¹ Cfr. DONNA, Edgardo Alberto, Óp. Cit., p. 25.

sus variantes- no solamente pretende evitar los defectos del planteamiento causal -concepto único de autor-, sino que “se mantiene felizmente en el medio entre el modo de considerar exclusivamente valorativo y el simplemente captador de sentido”⁴².

Si bien la teoría en mención presenta la ventaja de poner de relieve la vinculación entre autoría y tipo interpretado éste de un modo estricto, este planteamiento ha sido criticado y abandonado en la doctrina y legislación (por ejemplo, la alemana). Desde el punto de vista dogmático, la objeción más importante y contundente⁴³ que se le ha planteado y que ha sido determinante para dejarla de lado en la discusión penal, señala que con ella se deja fuera de la autoría los supuestos de autoría mediata (pues en ésta, el “sujeto de atrás” no realiza actos típicos, sino que éstos son realizados por otro, al que se designa como “instrumento”) y los casos de coautores⁴⁴ que no realizan un hecho típico, por ejemplo, los hechos en los cuales nos encontramos frente al jefe de una banda encargado únicamente de dirigir la realización de los delitos. Además, las objeciones al planteamiento objetivo-formal han sido deducidas a partir de las soluciones que éste ha planteado en determinados casos. Así, en el supuesto en el cual A y B deciden envenenar a C, consistiendo la conducta de A en mezclar el veneno en el café de C; mientras que éste

⁴² ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §7 p. 55

⁴³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, Óp. Cit., p. 27

⁴⁴ Con la teoría objetivo-formal, para ROXIN en la coautoría se llega a un “deshilachamiento (absurdo e insatisfactorio incluso por su resultado) de un proceso unitario en actos individuales sin relación entre sí”. Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §8 p. 58

es distraído por B para que no capte el extraño sabor de la bebida; para la doctrina en comento A sería autor y B cómplice.

Asimismo, se le reprocha al planteamiento objetivo-formal el conducir a una expansión del comportamiento que fundamenta la autoría, pues si se reconoce la equiparación de todos los elementos típicos, habría que señalar como autor a un sujeto aun cuando sólo haya intervenido configurando un elemento subjetivo del tipo. De esta manera, por ejemplo, todo aquél que interviene en un hurto y que tiene ánimo de apropiación debería ser calificado como autor a pesar que su conducta en sí no implique una cooperación activa en la sustracción⁴⁵.

Finalmente, se afirma también que la concepción objetivo-formal presenta inconvenientes en los supuestos de delitos especiales propios, en los que la realización corporal de la acción típica no es suficiente para la tipicidad de la acción y, por lo tanto, para la autoría⁴⁶.

b) Teoría objetivo-material.

La teoría objetivo-material surgió como alternativa al planteamiento objetivo-formal que, como se pudo apreciar ante, presenta varias falencias. Si bien ambas teorías tienen como característica común el buscar la distinción entre autores y partícipes en función a las aportaciones objetivas, la fórmula objetivo-material no toma en

⁴⁵ Cfr. JAKOBS, Günther, Derecho Penal, p. 734 párr. 25

⁴⁶ BACIGALUPO, Enrique, Óp. Cit., p. 358.

consideración el criterio de la contribución ejecutiva típica (forma misma del comportamiento), sino el de la más importante⁴⁷. En tal sentido, esta propuesta se encuentra en la línea de las concepciones que defienden la idea de la causalidad eficiente, es decir, aquellas que distinguen entre condición y causa, considerando, en el viejo sentido de las teorías restrictivas de la causalidad, que sólo ciertas condiciones especialmente importantes son causa de un resultado⁴⁸.

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

⁴⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago, Óp. Cit., pp. 373-374 párr. 22; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo Óp. Cit., pp. 612-613

⁴⁸ *Ibidem* p. 374 párr. 23.

generalmente que todas las condiciones (necesarias) de un hecho son igualmente causales (teoría de la equivalencia)”⁴⁹.

Ahora bien, son diversas las variantes que tiene la concepción objetivo-material. Entre ellas, siguiendo lo expresado por DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO⁵⁰, resalta la teoría de la necesidad conforme con la cual será autor el sujeto cuya actuación se configure como condición necesaria e imprescindible del resultado. Destaca también la teoría de la simultaneidad por la cual serán autores todos los que actúan en la fase de ejecución del delito. Tenemos asimismo a la teoría de la supraordinación según la cual se debe atender a las circunstancias de cada caso concreto, a fin de determinar si un sujeto está en posición de superioridad frente a otro o de inferioridad o existe una posición de igualdad.

Sin embargo, la principal variante de la formulación objetivo-material es la denominada **teoría del dominio del hecho**. Empero, su estudio en un apartado distinto al planteamiento objetivo-material -pese a ser sustancialmente tal- se debe, por un lado, a la importancia que ha conseguido en la ciencia penal moderna y, por otro, a que no se apoya

⁴⁹ MIR PUIG, Santiago, Óp. Cit., p. 374 párr. 24.

⁵⁰ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, Óp. Cit., pp. 536-544.

fundamentalmente en criterios causales, lo que sí ocurre en el resto de propuestas.

4) Teoría del dominio del hecho.

Si bien fue AUGUST HEGLER el primero en utilizar la expresión dominio del hecho, el contenido que bajo ella se formuló nada tiene en común con su actual significado. Para HEGLER, el control del hecho se configuraba como un elemento del sujeto del delito (el autor), en tal sentido sólo era válido en referencia a los requisitos materiales de la culpabilidad jurídico-penal, es decir, a la imputabilidad, dolo e imprudencia, así como a la ausencia de causas de exculpación⁵¹. En tal sentido, HEGLER sostenía que actuaba culpablemente “sólo el que tiene en este sentido «pleno dominio del hecho», esto es, quien como autor imputable y no coaccionado ha sido «señor del hecho en su concreta manifestación»”⁵². Fue con ADOLF LOBE que tuvo lugar la primera formulación de la idea del dominio del hecho en sentido estricto. En su Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches (Introducción a la Parte General del Código penal) de 1933, LOBE deja apreciar una exposición concisa de las ideas básicas, aún válidas, de la teoría del dominio del hecho⁵³. Postula que lo esencial para la autoría “no es... sólo la existencia de una voluntad

⁵¹ Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §11 p. 81.

⁵² Ibídem, §11 p. 81.

⁵³ Ibídem, §11 p. 86.

con el contenido de cometer el hecho como propio, sino que la realización de esta voluntad debe tener lugar de manera que el hecho se ejecute bajo su dominio; que la voluntad también domine y dirija la ejecución tendente a su realización... Quién es autor se determina, por tanto, con arreglo a estos dos elementos subjetivo-objetivos... Se posibilita así también una delimitación suficiente de la participación con respecto a la autoría. En la participación falta el dominio de la acción ejecutiva, encaminada a realizar el resultado, siendo esta acción más bien desencadenada y dominada por la voluntad de otro...”⁵⁴.

A pesar de lo interesante de la propuesta de LOBE, su propuesta no ejerció influencia alguna en su tiempo. Es recién con WELZEL que la doctrina del dominio del hecho comienza propiamente su desarrollo evolutivo, convirtiéndose posteriormente en la teoría dominante. El punto de partida metodológico del planteamiento welzeniano radica en su alejamiento del normativismo neokantiano (con su separación del ser y el valor) y el giro hacia lo ontológico, a la concepción de la autoría y la participación como “manifestaciones características del actuar final dentro del mundo social”⁵⁵. En tal sentido, el dominio final del hecho se convierte en “la característica general de la autoría”⁵⁶.

⁵⁴ Citado por ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §11 p. 86. (Con cursivas en el original).

⁵⁵ *Ibidem*, §11 p. 87.

⁵⁶ WELZEL, Hans Estudios sobre el Sistema de Derecho penal”, en: Estudios de Derecho Penal, traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 6, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2002, p. 121.

Esta propuesta de WELZEL aparece en sus Estudios sobre el sistema de Derecho penal de 1939.⁵⁷ En ella, por vez primera se enlaza la idea del dominio del hecho con la doctrina de la acción de la que surge una autoría final basada, precisamente, en el criterio del dominio del hecho⁵⁸. Como el mismo WELZEL precisó: “Autoría final es la forma más abarcadora de dominio final”⁵⁹. De esta manera, “el autor es el señor sobre el hecho, en cuanto él tiene el dominio sobre la decisión y su ejecución; quien lo instiga o lo ayuda en eso contribuye en el acto, pero no lo domina”⁶⁰. Sin embargo, ello nada tiene que ver con la autoría en los delitos imprudentes, pues para la perspectiva welzeniana, en aquellos casos no se diferencia entre autores y partícipes⁶¹, porque “toda clase de concausación en la producción no dolosa de un resultado mediante una acción que lesiona el cuidado conforme al ámbito de relación, es ya autoría”⁶². Sobre la base de esta comprensión, WELZEL expresó que “un concepto de autor conjunto para el tipo penal doloso e imprudente es dogmáticamente imposible”⁶³.

Debemos resaltar que de la idea formulada por WELZEL en el sentido que “la voluntad final de realización (el dolo de tipo) es el momento

⁵⁷Ibidem, pp. 15-120.

⁵⁸ Cfr. ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §11 p. 85.

⁵⁹ WELZEL, Hans, “Estudios sobre el sistema de Derecho penal”, p. 82.

⁶⁰Ibidem, p. 83.

⁶¹Ibidem, p. 119.

⁶²Ibidem, p. 81.

⁶³Ibidem, p. 83.

general del dominio sobre el hecho”⁶⁴, se puede verificar una aproximación de su teoría sobre el dominio del hecho con las teorías del dolo, pues la exigencia que el autor posea una voluntad incondicionada de realización del suceso equivale a sostener el no reconocimiento de una voluntad superior a la suya⁶⁵. Precisamente, ROXIN ha manifestado al respecto que: “por su contenido material, la teoría del dominio del hecho de WELZEL se presenta, pues, como evolución ulterior de la teoría del dolo, lo que ha reconocido el propio WELZEL al llamar al principio a su concepción «teoría subjetiva ampliada»”⁶⁶.

Aun cuando el desarrollo de la teoría del dominio del hecho ha sido posible debido a los planteamientos de HANS WELZEL y a partir de él con las obras de REINHART MAURACH, WILHELM GALLAS y RICHARD LANGE, **es con CLAUS ROXIN, desde la publicación de su obra titulada “Autoría y dominio del hecho” en 1963**, que tal doctrina se ha impuesto en la dogmática, las legislaciones y la jurisprudencia penales. La teoría del dominio del hecho de ROXIN parte por considerar al autor como “figura central del acontecer en forma de acción”⁶⁷. Este es el criterio orientador para determinar el

⁶⁴ WELZEL, Óp. Cit., p. 120.

⁶⁵ Situación parecida se advierte en las teorías del dolo, en las cuales se sostiene que será partícipe quien deja a criterio del autor la ejecución del hecho, al faltarle a aquél la voluntad incondicionada de realización de la infracción penal.

⁶⁶ ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §12 p. 90.

⁶⁷ *Ibidem*, §6 p. 44.

concepto de autor e implica el recurso a un dato pre-jurídico: el autor, coautor y autor mediato se encuentran en el centro del hecho, del acontecimiento, en tanto el inductor y el cómplice están al margen⁶⁸.

Según la propuesta de ROXIN, en los delitos de dominio (tradicionalmente llamados delitos comunes) la intención del legislador es tipificar el dominio material del sujeto sobre las configuraciones fenomenológicas en las que se manifiesta el delito, con lo cual es autor quien tiene el dominio. En este planteamiento, la idea del dominio del hecho debe ser entendida como un concepto abierto⁶⁹ caracterizado por:

- a) optar por una descripción en lugar de una definición exacta o de un concepto indeterminado del dominio del hecho. Este procedimiento tiene la ventaja de ajustarse a los cambiantes casos concretos, es decir, se amolda al contenido de sentido de los casos divergentes⁷⁰. De esta manera, señala ROXIN, “como la descripción no delimita el concepto de autor mediante fórmulas, nunca está definitivamente concluida”⁷¹; y
- b) la inclusión de principios regulativos, esto es, “cuando en la determinación del concepto de autor en cualquier ámbito vital que ha de captarse mediante la descripción, la multitud de

⁶⁸ *Ibidem*, §6 p. 45.

⁶⁹ *Ibidem*, §17 pp. 145-148.

⁷⁰ *Ibidem*, §17 pp. 146-147.

⁷¹ *Ibidem*, §17 p. 147.

elementos del supuesto de hecho con relevancia para la determinación del dominio del hecho es tan grande que se sustrae al enjuiciamiento anticipado generalizador, el legislador o bien el creador del concepto tienen que conformarse en este lugar con una directriz y para lo demás dejar al encargado e aplicar el Derecho el enjuiciamiento del caso concreto de la mano del principio regulativo dado⁷², el cual sólo si tiene adecuadamente delimitado su ámbito de aplicación, permite en éste una solución lo suficientemente segura, incluso cuando dependa de la consideración del suceso concreto.

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

⁷² *Ibidem*, §17 p. 148.

A pesar que la teoría del dominio del hecho constituye un importante avance en materia de autoría y participación, ello no significa que nos encontramos ante una tesis infalible para identificar al autor en todos los casos, aunque pueda ser útil en muchos⁷³. A esta doctrina se le ha reprochado que si bien permite explicar la autoría mediata, tiene dificultades para determinar la autoría en los delitos imprudentes, pues en éstos no existe control del curso causal de manera consciente y la responsabilidad proviene de la infracción de un deber de cuidado. En tal sentido, la capacidad limitada del criterio del dominio del hecho supondría la necesidad de contar como mínimo con dos conceptos de autor, uno para los delitos dolosos y otro para los culposos⁷⁴. Por otro lado, existen reparos contra la doctrina del dominio del hecho cuando se intenta relacionar la coautoría con la definición que hace ROXIN del autor como “figura central de la acción determinante del suceso”⁷⁵, sobre todo cuando se pone atención a la ejecución de propia mano como ejemplo próximo a ésta. En la coautoría no puede establecerse la presencia de una figura central, pues como correctamente señala LESCH, “en la ejecución delictiva en forma de división de trabajo no existe, por principio, varios hechos de cada uno de los (co)autores, sino un único hecho que se imputa a todos los intervinientes en conjunto”⁷⁶.

⁷³ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Óp. Cit., p. 615.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 614.

⁷⁵ De esta forma en la traducción de Javier Sánchez-Vera y Gómez-Trelles. En: LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 51.

⁷⁶ LESCH, Heiko, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995. p. 51.

También se le puede criticar al planteamiento del dominio del hecho de ROXIN, el empleo de un concepto abierto como método de verificación de la autoría, pues ello supone que el contenido del dominio no se obtiene desde cláusulas generales, sino a partir de las respuestas que se brinden a los casos particulares. Como el mismo ROXIN sostiene, “no podemos dominar la problemática desarrollando «por anticipado» desde la directriz de la figura central un concepto de dominio del hecho; por decirlo así, no podemos, sin conocer el contenido del paréntesis, sacar el concepto delante del paréntesis y después aplicarlo a los casos concretos. Más bien tenemos que internarnos desde el principio en la diversidad de la materia, registrar las distintas formas de la intervención en el suceso delictivo que se encuentran empíricamente y describir para cada grupo de casos individualmente cómo surte efecto la idea del dominio del hecho. Si después estas descripciones muestran algún modelo estructural ello debe resultar del trabajo sobre la materia jurídica y ponerse de manifiesto al final de la investigación dedicada al concepto del dominio del hecho”⁷⁷.

A pesar de las críticas a las que ha sido expuesta la teoría del dominio del hecho, su adopción en la doctrina y los órganos jurisdiccionales es mayoritaria. En la justicia peruana, por ejemplo, la autoría y la participación en los delitos comunes o de dominio se encuentra en función a dicho planteamiento, pues las diferencias entre las formas de

⁷⁷ ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §17 p. 149.

intervención en el hecho punible se establecen a partir de elementos objetivos y materiales, en tanto éstos constituyen la esencia de la teoría del dominio del hecho⁷⁸. De esta manera, será autor quien domina el desarrollo del injusto (art. 23°) y partícipe quien no tiene tal dominio (arts. 24° y 25°).

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

*“Que los procesados (...), se encuentran en calidad de autores del hecho delictivo por cuanto han realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo penal del homicidio calificado, **lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho que los citados encausados han sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección final del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado**”⁷⁹.*

Así, también, en otra decisión judicial se indica:

“Para la vigente, clásica y mayoritaria doctrina denominada teoría del dominio del hecho, que surge de las determinaciones fundamentales de la teoría final de la acción y del concepto

⁷⁸ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, José, El concepto de autor, p. 602.

⁷⁹ Sentencia de la Sala Penal Transitoria del 16 de Junio de 2004 (R.N. Nº 299-2004).

personal de lo injusto para la acción dolosa, autor es solamente aquel que mediante una conducción consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo; en términos generales, considera que la voluntad determinante de la realización del hecho, es el momento general del dominio sobre el hecho, entonces será autor sólo el que tiene el dominio del hecho, vale decir aquella persona que tiene capacidad y poder de dirección de todos los actos y circunstancias del delito, de forma tal que tiene la potestad de encausarlos hacia la consumación y agotamiento del delito”⁸⁰.

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

“es autor quien tiene el poder para manipular el resultado del hecho, cuya contribución, aun siendo distinta, es considerada como un todo, y el resultado total le es atribuible independientemente de la entidad material de su intervención; y es partícipe aquel cuya intervención está condicionada al resultado obtenido por el autor o aquel cuyo accionar no

⁸⁰ Sentencia de la Sala Penal Especial B de la Corte Superior de Justicia de Lima del 28 de junio de 2004 (Exp. N° 11-2001).

contribuye decididamente a la ejecución del delito, sino que su intervención se limita a coadyuvar en su ejecución”.

Asimismo, para el máximo intérprete de la Constitución peruana:

“el partícipe está supeditado a la actuación del autor, pues su intervención solamente se produce siempre que el autor, por lo menos, arriba al grado de tentativa, sin el cual no hay complicidad ni instigación. Consecuentemente, el partícipe no tiene dominio del hecho”⁸¹.

⁸¹ Sentencia del TC del 29 de abril de 2004, Exp. N° 01805-2005-HC/TC, fs. 34 y 35.

B) COAUTORIA Y COMPLICIDAD PRIMARIA

1.- LA COAUTORIA:

1.1.) Definición conceptual:

Coautor(es): Es el autor que, teniendo conjuntamente con otro u otros autores el dominio de la realización del hecho delictivo, tiene con éstos un plan común y una distribución de funciones para la realización del delito. Junto a esta coautoría, nacida antes de la realización del delito, cabe la posibilidad de que el acuerdo mutuo se establezca cuando el hecho delictivo ha empezado a realizarse. En tal caso, se habla de coautoría sucesiva. Cuando la concurrencia de más de un autor se produce sin existir acuerdo previo entre ellos, se trata de la llamada autoría concomitante o autoría accesoria.⁸² Por coautor se entiende a la persona que toma parte directa en la ejecución de un delito. Esta tipificación no procede aplicarla cuando varias personas incurrir con carácter individual en un mismo tipo penal (aunque participen en el mismo acto delictivo), pues entonces a todos los implicados se les conceptúa en grado de autoría. Por ejemplo, si varias personas violan sucesivamente a otra, todas serán autores de los correspondientes delitos de violación que resultaren y no coautores de un solo delito de violación. Por otro lado, este concepto resulta muy útil cuando varias personas participan en la comisión de un delito pero no se sabe a

⁸² Enciclopedia Jurídica. Ed. 2014 /www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/coautor/coautor.htm

ciencia cierta quién lo ha consumado. Así, si varios disparan contra alguien y sólo uno causa la muerte, no acertando en la víctima el resto de los tiradores, consideraremos a todos los implicados coautores, pues de no estimarlo de tal modo, nos encontraríamos con un autor por un lado y con otros que estarían a medio camino entre la autoría y la complicidad. **2.** Es sinónimo de "segundo autor", u "otro autor" o "coejecutor". Es quien toma parte en la ejecución de un hecho o presta al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no se habría podido cometer. O quien participa en forma directa y principal, juntamente con otro u otros, en la comisión de un hecho ilícito. No debe confundirse coautoría con participación criminal, porque en ésta efectivamente se tiene la relación de accesoriedad. "Coautor únicamente lo puede ser quien muestra calidad de autor, o sea de cotitular del dominio del hecho. En los delitos de propia mano, o en los delitos especiales, sólo es posible complicidad o instigación pero no autoría" (R. Maurach). "Serán tratados como coautores los que realicen el hecho punible en conjunto, conociendo la concurrencia de los demás aportes y división de funciones, mientras satisfagan las demás condiciones de la autoría"⁸³

1.2.) Planteamiento:

⁸³ Dicc. Jurídico ://www.drleyes.com/page/diccionario_juridico/significado/C/565/COAUTOR/

En la mayoría de los tipos penales contenidos en el Código Penal peruano y en las Leyes penales especiales se alude a la intervención de un solo sujeto en la realización del hecho punible (el recurrente “el que”, con el cual comienzan las descripciones típicas), es frecuente que en éste intervengan dos o más personas. En efecto, cuando dirigimos la atención a los acontecimientos criminales que ocurren en la vida diaria, nos podemos percatar que un hecho punible puede ser llevado a cabo por una sola o también por más de una. Este último supuesto es calificado como codelincuencia o intervención delictiva y se caracteriza por el concurso de varias personas en la persecución por parte de todos de las mismas metas o finalidades, en donde el aporte de cada uno y la división del trabajo constituyen los elementos que coadyuvan a ello⁸⁴.

En este contexto, el Estado en el marco de su Política Criminal debe reaccionar frente a tales formas de configuración de la actividad delictiva, sirviéndose para ello del Derecho penal, en tanto medio más importante del control social formal que ejerce el poder estatal (iuspuniendi). Sin embargo, tal actuación estatal no debe llevarse a cabo⁸⁵ mediante un ejercicio ilimitado y arbitrario del poder en la búsqueda por otorgar protección a los ciudadanos, debiéndose plantear

⁸⁴Como afirma FIERRO, Teoría de la participación criminal, 2ª edición, 1ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 1; la pluralidad de sujetos activos es, pues, un elemento esencial para configurar una hipótesis participativa.

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

como principal exigencia la observancia, de la naturaleza subsidiaria del Derecho penal y de los principios político-criminales como el de mínima intervención y fragmentariedad, en tanto aplicación directa del principio general de proporcionalidad. Ello es así, debido a que en los procesos de comunicación entre el Estado y los ciudadanos, la pena no puede cumplir su función, si en la forma en la que es aplicada no se respetan las garantías existentes, pues la comunicación penal no puede hacerse de cualquier forma.

Ahora bien, dentro de los casos de codelincuencia y fuera de los de autor único, el problema nuclear de la teoría de la intervención delictiva se ha centrado tradicionalmente en cómo diferenciar entre autores y partícipes. Al respecto, es clásico en la doctrina de la intervención en el delito, traer a colación una cita realizada por ROXIN en su *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, cuando sostiene que “la teoría de la participación es «el capítulo más oscuro y confuso de la ciencia del Derecho penal»”. Esta expresión que procede -como bien reconoce el profesor alemán- de HERMANN KANTOROWICZ, se ha convertido en una frase histórica⁸⁶.

⁸⁶ ROXIN, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª edición, 1ª reimpresión, Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 47-48. Según expresa el propio ROXIN, la afirmación de KANTOROWICZ, luego fue tomada por BINDING y desde entonces hasta hoy por otros numerosos autores. Así también lo considera, FIERRO, *Óp. Cit.*, p. 399. Recientemente SCHÜNEMANN, “El dominio sobre el fundamento del resultado”, p. 981; se ha manifestado en similar sentido al sostener que “nada supera a este tema (la teoría de la autoría y participación) en su complejidad y grados de diferenciación de los problemas dogmáticos que presenta”. En la doctrina peruana, MEINI, “Comisión por omisión”, en: *Imputación y Responsabilidad Penal*, Ara, Lima, 2009, p. 62; refiriéndose al tema de la participación criminal (instigación y complicidad) ha afirmado que ésta “es, tal vez, el tema más espinoso y sobre el que menos consenso existe en materia penal”.

Las dificultades de delimitación entre autoría y participación también tienen lugar cuando se pretende diferenciar entre las diversas configuraciones fenomenológicas que se presentan al interior de cada una de ellas. Precisamente, una de estas complicaciones radica en la pretensión por deslindar entre coautores y cómplices. Cuando la acción delictiva se estructura de manera colectiva, surge la necesidad de determinar si todos los que han intervenido deben responder de forma independiente (coautoría) por el hecho punible cometido, entendiendo éste como un injusto propio o si su responsabilidad es dependiente (complicidad), en la medida que quienes intervinieron en la realización de la infracción penal actuaron colaborando con otro para que realice la acción típica y, por lo tanto, tomaron parte en un “ilícito ajeno”. En tal sentido, frecuentemente se pregunta si es coautor o cómplice: quien favorece mediante consejos la realización de un asesinato por un tercero; quien sólo describe el lugar y otras circunstancias para la comisión de un hurto; quien elabora el plan e indica la oportunidad para la ejecución del robo por otros; quien transporta a un sujeto al lugar donde ocasionará un incendio; quien en un delito de violación contra la libertad sexual, sólo está presente en el lugar de los hechos de modo aprobatorio sin abusar por sí mismo de la víctima; quien ejecuta asesinatos por mandato de un tercero; etc.

Los esfuerzos para delimitar entre coautores y cómplices se multiplican cuando, por ejemplo, a nivel de legislaciones penales como la peruana se adopta la figura del cómplice primario (art. 25° CP). Así, en nuestra regulación nacional sobre autoría y participación (arts. 23°, 24° y 25° del CP), el legislador penal ha considerado una clasificación de la complicidad en primaria y secundaria junto a las tres (“Autoría y Participación”) se erige como uno de los referentes más importantes sobre la intervención delictiva en el Derecho penal.

En los últimos años, la polémica sobre las formas de intervención en el delito se ha visto fortalecida, a partir de la pretensión por reformular la teoría del delito desde una perspectiva netamente normativa-valorativa, abandonando todo tratamiento fenomenológico u ontológico. En esta línea, destaca la obra de Günther JAKOBS sobre “El ocaso del dominio del hecho. Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”.⁸⁷

De esta forma, en el Derecho penal peruano no sólo nos encontramos ante la dificultad que plantea la diferenciación entre coautoría (forma de autoría) y complicidad (forma de participación), sino ante la necesidad de buscar parámetros para deslindar al coautor del cómplice primario y de éste al cómplice secundario. En tal sentido, es necesario la

⁸⁷A nivel del Derecho comparado, la distinción entre dos formas de complicidad se encuentra también, por ejemplo, en el CP español bajo las denominaciones de cooperador necesario (que sería el cómplice primario en nuestro Derecho penal) y cómplice (que sería el cómplice secundario en nuestro Derecho positivo). Al respecto, debemos indicar que en España, la figura de la complicidad necesaria aparece en el CP de 1848 y tiene como antecedente más cercano a la doctrina medieval de la causa necesaria. Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”, en: La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo, LH al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid, 2002, p. 645.

construcción y aplicación de una fórmula dogmática a fin de llevar a cabo una clara separación entre las mencionadas figuras penales, cuya utilidad no sólo sea apreciada desde un punto de vista teórico, sino también práctico, ya que para la aplicación del Derecho penal por los jueces peruanos es fundamental que existan criterios fijos y determinados a efectos de definir el título de imputación que se les asigna a los intervinientes en un hecho punible para evitar calificar de forma distinta supuestos similares, pues ello quebranta la seguridad jurídica y las garantías establecidas en favor de los ciudadanos frente al ius puniendi estatal.

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

Al respecto, se debe dejar aclarado que el presente estudio tiene lugar en el marco de los denominados delitos comunes, delitos de dominio, es decir, supuestos en los cuales no se requiere una cualidad o deber especial para ser autor de un ilícito penal; por lo que, el investigador ve por conveniente el delito de robo agravado, como la conducta delictiva

a investigar, y de ella, poder diferenciar normativamente, la coautoría y complicidad primaria en su intervención.

1.3.) Coautoría como dominio del hecho funcional.

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

con otros el curso del acontecer"; siendo ésta la definición que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria adoptan⁸⁸.

En el campo del Derecho positivo, la coautoría (art. 23° del CP peruano) implica cometer conjuntamente un hecho punible. De esta forma, como han puesto de manifiesto MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, tanto de su regulación en el CP como de la propia naturaleza de la coautoría se puede sostener que se trata de una figura mediante la cual se extiende la determinación del sujeto del hecho contenido en los tipos penales a aquellos que tomen parte del dominio colectivo del hecho y su ejecución, para que puedan ser considerados como autores del hecho conjunto. En este sentido, la coautoría es una forma de extensión de la responsabilidad, siendo ello el motivo para que un sector de la doctrina aluda a la coautoría como una forma impropia o imperfecta de participación en contraste con sus manifestaciones propias: instigación y complicidad. Ahora bien, para la doctrina dominante lo característico de la coautoría es que el coautor tiene en sus manos la realización del hecho punible, en la medida que desempeña una función dentro del marco de un plan global y común, siendo ello el motivo por el cual cada coautor puede ser tenido como autor de la totalidad del hecho punible y por el cual la imputación a los coautores se realiza sobre la base del principio de imputación recíproca

⁸⁸ROXIN, Claus "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en: Revista Penal, N° 2, 1998, p. 63.

de todas las aportaciones al hecho realizadas conjuntamente y de mutuo acuerdo a diferencia del principio de imputación en virtud de accesoriadad que rige en la participación criminal. Todo esto significa, como sostiene la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, que la actuación con dominio del hecho funcional es el presupuesto esencial de la coautoría.⁸⁹

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

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

⁸⁹JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 727; MIR PUIG, Óp. Cit., p. 395 párr. 2; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 205.

esencia objetiva y subjetiva de la coautoría caracterizaría a cada uno de los colaboradores como coautor⁹⁰.

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

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

⁹⁰JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 726; la polémica sobre la coautoría gira, con frecuencia, en torno a sus requisitos como a su delimitación. DIAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “«Coautoría» Alternativa y «Coautoría» Aditiva: ¿Autoría o Participación? Reflexiones sobre el concepto de coautoría”, en: SILVA SÁNCHEZ, Política Criminal y nuevo Derecho Penal, LH a Claus Roxin, Bosch editor, Barcelona, 1997, p. 312.

suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación, quiere decir que la participación ejecutiva da contenido final al dominio funcional del hecho en la coautoría”⁹¹.

Como es de advertirse, también para los jueces peruanos si se comprueba la concurrencia de dichos factores, se podrá sostener que cada uno de los intervinientes tuvo en sus manos la decisión por el sí del hecho punible y, por lo tanto, a cada uno se le deberá atribuir el mismo bajo la figura de la coautoría.⁹²

Seguidamente nos referiremos a los presupuestos como a los requisitos de la coautoría.

1.4.) Dominio del hecho funcional como presupuesto de la coautoría.

Desde el surgimiento de la doctrina del dominio del hecho en el análisis y tratamiento de la intervención en el delito se ha sostenido que el fundamento sobre el cual gira la coautoría es la existencia de un dominio funcional. En tal sentido, para ROXIN lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que *“cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás”*. Ello es así, pues como sostiene WELZEL, la coautoría se sustenta en el **principio de**

⁹¹ Ejecutoria Suprema (R.N. N° 4484-97. CAÑETE), tomada de El Código penal en su Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pp. 100-101.

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

⁹² JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 726; la polémica sobre la coautoría gira, con frecuencia, en torno a sus requisitos como a su delimitación.

división del trabajo, el mismo que hace posible la realización del hecho punible. En efecto, el coautor no tiene un dominio total del suceso por sí solo, ni tampoco un dominio parcial del mismo, sino que *“el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global”*, pues *“cada uno es «co-autor del todo»”*. Es por ello que puede sostenerse que la estructura de la coautoría basada en dicho principio, implica que la suma de fuerzas y de contribuciones individuales tomadas en sí, complementan la total realización del tipo. Tan igual como el engranaje de distintas piezas, mutuamente integradas y dependientes entre sí permite el funcionamiento de una máquina, en la coautoría los distintos actos parciales prestados para el logro del plan conjunto, y configurados colectivamente para tal finalidad, permiten la realización conjunta del hecho típico penal.⁹³

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

“Que, del estudio de autos, se verifica que existió un acuerdo criminal común para la perpetración del suceso(...); que, esa decisión mancomunada, valorada con los datos objetivos siguientes, como: i) que se colocó previamente por

⁹³ ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §27 p. 307; JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 726, ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §27 pp. 307-308. Así también, BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 32; WELZEL, Óp. Cit., p. 129; STRATENWERTH, Óp. Cit., p. 398 párr. 77; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 368 §49 n° 7. Cfr. PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 204-205. (La negrita y cursiva es nuestra).

*inmediaciones de la carretera diversas piedras para lograr que el vehículo ómnibus detenga su marcha y así poder facilitar la intervención de la móvil, ii) que los intervinientes se encontraban provistos de distintos tipos de armas de fuego -la pericia balística de fojas ciento ochenta, informa la presencia de casquillos y proyectiles de calibres treinta y ocho y nueve milímetros-, iii) se rompieron distintas lunas y faros del ómnibus (...), hecho realizado, por cierto, en la ejecución, mientras otros amenazaban a los agraviados, iv) el escenario delictivo denotado por un lugar desolado y en horas de la noche, a donde los agentes habían arribado trasladándose en un vehículo StationWagon; **permiten afirmar una distribución de roles o división del trabajo criminal, con específicos aportes objetivos para la concretización del suceso;** y, por ende, desestiman los agravios en relación a la complicidad secundaria que propone el justiciable, y por el contrario, afirman su coautoría”.⁹⁴*

En correspondencia con lo señalado en el párrafo anterior, el elemento objetivo que fundamenta la coautoría es *“la participación objetiva de una persona individual en el tener entre manos el curso del acontecer típico por una comunidad de personas”*. Este dominio del hecho que recae en un determinado grupo de sujetos, se materializa en el

⁹⁴ Ejecutoria Suprema del 27 de Abril del 2006 (R.N. N° 4788-2005. JUNÍN). (La negrita es nuestra)

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

realiza actos preparatorios, porque *“el dominio sobre la preparación no puede fundamentar dominio sobre el hecho”* y ello es así, porque aquél que solamente realiza los actos preparatorios más importantes y no toma parte en la ejecución, aleja el hecho de su mano.

De esta manera, para la constitución de la coautoría no sería suficiente con la concurrencia de varios aportes realizados en división de tareas y sobre la base de un plan global, sino que se requeriría de un elemento que permita mayores delimitaciones y precisiones. Conforme lo señala la doctrina y jurisprudencia dominantes, ese criterio a través del cual se justifica este dominio -que no es ni único ni parcial- es el del dominio del hecho funcional o dominio del hecho conjunto, siendo con éste que se cumple, a decir de ROXIN, con la principal exigencia de la teoría del dominio del hecho, esto es, la existencia de una *“figura central del suceso de la acción”*⁹⁵. Asimismo, tal criterio no sólo supondría que el dominio conjunto del individuo deriva de su función en el marco del plan global, sino también permitiría describir claramente la coautoría, en la cual cada uno de los intervinientes –como se indicó supra- tiene el hecho *“en sus manos”*.

En efecto, en la coautoría por dominio del hecho funcional se trata de la determinación de cuáles de todos los intervinientes poseen una posición clave en la realización del hecho punible.

⁹⁵ ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §27 p. 309.

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

“que en autos ha quedado suficientemente acreditada la responsabilidad penal de los mencionados acusados, en el delito de robo agravado y secuestro que se les imputa, habiendo actuado con total dominio del hecho delictivo al momento de su perpetración, planificándolo y distribuyéndose roles en base al principio de la división funcional de trabajo, que genera lazos de interdependencia entre los agentes, todo ello tendiente al logro de su ilícita finalidad”⁹⁶.

De esta manera, sostener que el dominio del hecho funcional es el criterio a través del cual se logra captar la mayor cantidad de aristas de la coautoría y distinguirla de la mera complicidad, supone que en los supuestos de concurrencia del aporte de varios sujetos para la realización de un hecho punible ni se trata de meras contribuciones yuxtapuestas dirigidas a una finalidad común (como una mera suma de esfuerzos), ni tampoco cabe referirse a un dominio parcial de cada uno de los participantes como dato suficiente para ser coautor (el cómplice también tiene un dominio parcial del suceso). Ello es así, porque se estaría cometiendo el error de afirmar coautoría sin que concurra un

⁹⁶Ejecutoria Suprema del 2 de Octubre del 2002 (R.N. N° 2206-2002. CUSCO). (Las cursivas son nuestras).

sujeto que controle el suceso, esto es, que tenga dominio del hecho. La única manera de no llegar a tal error sería optar por el camino de entender que cada contribución brindada por cada interviniente se unifica en una prestación colectiva unitaria, de manera que cada participante consigue una parte del dominio sobre el hecho global a través de su propia contribución al mismo. Siguiendo en este punto a PÉREZ ALONSO, *“el coautor no tiene por sí solo el dominio del hecho global (no es autor inmediato, ni mediato), ni tampoco ejerce un dominio parcial, sino que codomina el hecho con otros, es decir, se da un dominio completo que corresponde a varias personas, que está en manos del colectivo de coautores como tal”*.⁹⁷

1.5.) Requisitos de la coautoría.

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

⁹⁷PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 214-215., En la doctrina nacional, HURTADO POZO, Manual de Derecho Penal, PG, 3ª edición, Grijley, Lima, párr. 2304 p. 897; sostiene que “a la inversa de lo que sucede en el caso de la coautoría, los cómplices no tienen el dominio del hecho, pues éste pertenece, por definición, a los autores”.

Ahora bien, para que se configure el dominio del hecho funcional que supone una tercera forma de estructuración del comportamiento penalmente relevante, se requieren, según los postulados del dominio del hecho, **dos elementos fundamentales de esencia objetiva: intervención en la fase ejecutiva y que el aporte prestado por los intervinientes tenga la calidad de imprescindible para la realización del ilícito penal.** Mientras que desde una perspectiva subjetiva, para la coautoría se demanda que los sujetos se conecten a través de un acuerdo o conexión de voluntades para la realización del hecho punible, en tanto se puede plantear que la “*decisión conjunta por el hecho*” configura el trasfondo de la coautoría y permite de dotar de sentido completo al dominio funcional del hecho⁹⁸.

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

1.5.1.) Requisitos objetivos.

a.1 Intervención en la fase ejecutiva.

Se trata de la configuración del aspecto objetivo o externo de la coautoría, el mismo que requiere que varios sujetos participen de forma conjunta en la ejecución del hecho punible, llevando a cabo un aporte imprescindible para su realización. De esta forma, tal como indica la

⁹⁸. PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 211. (La negrita es nuestra)

doctrina mayoritaria, solamente puede ser coautor quien interviene durante la ejecución del hecho punible, esto es, desde el inicio de la tentativa hasta la consumación. Ello es así, pues sólo en dicha etapa del *itercriminis* los intervinientes pueden configurar el sí y el cómo de la realización típica.⁹⁹

Así también lo consideran los jueces penales nacionales:

“Que, finalmente, respecto al alegato referido a que su intervención, en todo caso, debiera ser considerada a nivel de complicidad y no de autoría, ha de señalarse que en el hurto agravado, además de otorgar el vehículo con el que trasladaron los bienes sustraídos, intervino retirándolos de la esfera de custodia del agraviado, con lo cual participó en la propia ejecución de dicho ilícito, por lo que le corresponde el título de coautor (...)”¹⁰⁰

Esta exigencia de intervención durante los actos ejecutivos es el resultado de la tesis del dominio del hecho funcional en el marco de un concepto restrictivo de autor, tan igual como aquella que señala que para ser coautor no es suficiente con sentirse tal, ni con planificar el hecho punible, ni con el establecimiento de los actos previos para la realización de aquél. Ello es así, pues para los partidarios del dominio

⁹⁹ ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, §27 p. 309; BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 43; QUINTERO OLIVARES, Óp. Cit., pp. 618-619.

¹⁰⁰Ejecutoria Suprema del 5 de Junio del 2006 (R.N. N° 564-2006. ICA). (Con cursivas en el original).

del hecho y el concepto restrictivo, en la coautoría es esencial la presencia de un co-dominio sobre la ejecución del hecho típico, es decir, se requiere un dominio de los intervinientes de aquella parcela de actuaciones que suponen ya la realización de un determinado tipo penal y con ello de un hecho punible.¹⁰¹

Asimismo, el requerimiento conforme al cual para ser coautor se debe actuar durante los actos ejecutivos y no los preparatorios, supone el establecimiento de dos tipos de precisiones: primero, respecto al requerimiento de tomar parte en los actos ejecutivos, habría que indicar que aquél no se enmarca en los planteamientos ya superados de la teoría objetiva-formal, es decir, en el cual se calificaba como autor a quien llevaba a cabo lo expresamente señalado por cada uno de los tipos penales, esto es, básicamente a la realización de los elementos típicos. En la actualidad esta exigencia no es válida, pues como ponen de manifiesto MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, lo decisivo *“es solamente si el acto de colaboración ha conducido o no a participar en el dominio colectivo del hecho”*¹⁰².

Segundo, en lo que concierne a la calificación como autor de quien actúa sólo en los actos preparatorios, habría que sostener que se trata de uno de los puntos menos pacíficos en el tratamiento de la coautoría. En efecto, conforme los seguidores de la doctrina del dominio del hecho, no es sencillo decidir el título de imputación por el que debe

¹⁰¹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 653.

¹⁰² PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 220

responder, por ejemplo, quien sólo toma parte en la planificación y organización de una estafa con división de roles entre varios sujetos o quien traslada a otros al lugar de los hechos o los espera fuera con el auto encendido para huir o incluso quien sólo se desempeña como “campana”. Precisamente esta última situación, ha dado lugar a que se planteen varias propuestas doctrinales ligadas con la determinación del objeto del dominio colectivo, es decir, el punto de referencia a partir del cual puede plantearse la existencia de un dominio del hecho funcional.

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

Una de las principales consecuencias de considerar al dominio del hecho funcional como presupuesto de la coautoría es aquella que indica que será coautor *“todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido”*, es decir, la estructura global del plan. En efecto, para ser coautor no sería suficiente con que un sujeto intervenga durante la etapa de ejecución, pues también los cómplices actúan en ésta (por ejemplo, los cómplices secundarios del segundo párrafo del art. 25° del CP peruano).¹⁰³

¹⁰³ ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho, 27 p. 310-311.

De esta manera, para diferenciar a un cómplice de un coautor durante la ejecución del hecho punible se sostiene que es necesario determinar el nivel de importancia o relevancia de la contribución prestada a fin de afirmar la posesión del dominio del hecho funcional, esto es, el poder de dominio y configuración sobre la ejecución del hecho punible, es decir, *“el sí y el cómo de la realización material del tipo penal en coautoría”*. En tal sentido, habrá coautoría solamente cuando la contribución constituye un presupuesto imprescindible para la realización del tipo y su no prestación supone la no realización del hecho punible, en la medida que existe una interdependencia funcional y la necesidad de todos los aportes para lograr el éxito del plan. De esta manera, como sostienen JESCHECK/WEIGEND, *“aquello que cada uno de los coautores desencadena debe mostrar una determinada medida de significado funcional, de forma que el desarrollo de cada uno del papel que le corresponde se presente como una pieza esencial de la realización del plan delictivo conjunto”*¹⁰⁴.

Efectivamente, como ya se ha venido indicando hasta aquí, por lo general se entiende que la estructura de la coautoría involucra la existencia de una interdependencia funcional entre las distintas contribuciones prestadas para la realización del ilícito penal, esto significa que las mismas se compenetran de forma completa y mutua

¹⁰⁴JESCHECK/WEIGEND, Óp. Cit., p. 726.

como un perfecto engranaje destinado al eficaz cumplimiento de una finalidad determinada (positiva o negativa), a partir del cual es posible comprobar la existencia de división del trabajo y la imputación recíproca a cada coautor por su cooperación. Así tenemos, por ejemplo, la unión de varios músicos en una sinfónica para interpretar una pieza musical o la de varios sujetos para llevar adelante una acción criminal (secuestro, robo, etc.). Esta manera de describir y explicar lo característico de la coautoría, permite sostener que el necesario dominio funcional del hecho para ser catalogado como coautor lo tiene *“todo aquel que le corresponda y preste una contribución independiente y esencial para la realización del tipo –de acuerdo con el plan delictivo conjunto- cuya no prestación interrumpe o desbarata el plan global”*. Ello permite afirmar, desde un punto de vista empírico, que si bien la coautoría supone la suma de individuos que contribuyen con un aporte esencial para la consecución de una finalidad criminal, no se debe olvidar que cada una de esas cooperaciones constituye un acto parcial-individual esencial pero independiente. Así, es opinión generalizada que la naturaleza del aporte que permite diferenciar al coautor del cómplice presentaría una doble manifestación: positiva y negativa. De esta manera, por ejemplo, en el supuesto en el cual dos sujetos deciden violentar sexualmente a una mujer, la configuración del dominio del hecho funcional no sólo dependerá que uno de los sujetos retenga a la víctima y el otro lleve a cabo el acceso carnal, requiriendo

cada uno de ellos la intervención del otro para el éxito del plan (manifestación positiva), sino también de la comprobación que el plan fracasaría con la ausencia o retirada de uno de los sujetos (manifestación negativa).¹⁰⁵

En efecto, la manifestación positiva supondría plantear la relevancia del aporte desde una perspectiva ex ante y objetiva, a partir de las cuales se logre establecer de forma satisfactoria si la cooperación prestada ejerce una función esencial para la realización del hecho. Con esta manifestación se pretendería establecer la relevancia objetivo-material del apoyo para permitir a su aportante decidir y configurar plenamente la realización del tipo penal. Ello será posible, en la medida que la prestación realizada pueda cumplir una función independiente y esencial –sin olvidar que se trata de un mero acto parcial- dentro del esquema conjunto de labor planteado a partir de la división del trabajo. Ello es así –aquí con PÉREZ ALONSO- debido a que sólo “la conjunción de estos dos aspectos estrechamente interrelacionados permite aprehender el sentido de las contribuciones fundadoras de la coautoría”¹⁰⁶.

La independencia de la prestación a la que se alude en el párrafo precedente, no significaría el quebrantamiento de la relación de igualdad o la equivalencia de rango que debe existir entre todos los coautores, es decir, no se referiría al establecimiento de relaciones

¹⁰⁵PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 244.

¹⁰⁶*ibid* p. 244.

jerárquicas de superioridad e inferioridad en la coautoría (tal como sí ocurre en otras formas de estructuración de la autoría: la autoría mediata con el dominio de la voluntad). La indicada independencia estaría ligada a la exigencia de autonomía en la actuación del coautor para la realización del ilícito penal. En tal sentido, como pone de ejemplo PÉREZ ALONSO, en el supuesto en el cual tres sujetos (A, B y C) se disponen a robar un banco, si A rompe la cerradura de la puerta de entrada y con un soplete abre un forado en la caja fuerte a través de la cual puede ingresar sólo B debido a su contextura y pueda apropiarse del dinero y C solamente se dedicó a llevar las herramientas que usó B, a secarle a éste el sudor, ofrecerle bebidas refrescantes y darle aliento; quedará claramente establecido que las únicas prestaciones autónomas para con el hecho (y por ende independientes) y para la calificación como coautores serán las de A y B; mientras que el comportamiento de C al no disponer de autonomía y necesidad en referencia con el suceso, quedará fuera de la coautoría. De esta manera, sólo para A y B regirá el principio de imputación recíproca de las contribuciones.

Por su parte, la exigencia según la cual el aporte de los sujetos debe cumplir una función esencial para la materialización del hecho y para su calificación como coautores, supondría que aquellos deben tener durante el transcurso del suceso y hasta el último momento “la decisión

relevante y el poder de configuración sobre la realización del tipo”, con lo cual el injusto realizado se les atribuye totalmente debido a que han desempeñado un rol fundamental y configurativo en la ejecución misma del hecho típico.¹⁰⁷

Es importante exponer el argumento de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO para quien existe un criterio concreto que debe presentar todo aporte para ser catalogado como esencial y que puede ser inferido a partir de un caso planteado por ROXIN. Se trata del supuesto en el cual una banda de delincuentes decide llevar por primera vez a un “aprendiz”, dándole un papel de vigilancia secundaria para que vaya ejercitándose en el “oficio”. Para ROXIN, en este caso dicho sujeto sería meramente partícipe (cómplice), pues aquí “la realización del plan no depende de su aportación al hecho”. Empero, sería coautor “si la ejecución del hecho exigía un puesto así, esto es, si esta actividad aparecía como función autónoma en el marco de la cooperación bajo forma de división del trabajo”.¹⁰⁸

En resumen, en lo que concierne a los elementos objetivos de la coautoría, se afirma que éstos suponen necesariamente que la intervención (comúnmente acordada) consista en la realización de un aporte esencial para la materialización del hecho punible y tenga lugar

¹⁰⁷PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 248.

¹⁰⁸DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel p. 668.

durante la ejecución. Ello significa, contrario sensu, que si la prestación del aporte por uno de los intervinientes tiene lugar en la fase de preparación aunque sea indispensable o es realizada en la fase de ejecución tratándose de una prestación no esencial, no se configura la coautoría, sino –y esto desde un punto de vista netamente de Derecho positivo- la complicidad primaria (si está regulada) o secundaria respectivamente (art. 25° CP peruano). Ello es así, porque como indica PÉREZ ALONSO, “sólo quien actúe durante la fase de ejecución del hecho, prestando una contribución independiente y esencial para el logro del mismo, domina funcionalmente el hecho, es decir, co-domina de forma poderosa la ejecución del hecho, configurando plenamente el sí y el cómo de la co-realización del tipo”.¹⁰⁹

1.5.2.) Requisito subjetivo.

b.1 Decisión conjunta de realizar el hecho punible.

Tenemos hasta este punto, que para la doctrina del dominio del hecho funcional es coautor quien interviene junto a otros en la fase ejecutiva del delito, con un aporte indispensable para la consecución del resultado delictivo, todo ello dentro de la estructura global de un determinado plan. En esta construcción, la decisión conjunta de los intervinientes para la ejecución del hecho y la realización de sus

¹⁰⁹.PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 219.

consecuencias constituye también un requisito indispensable. Efectivamente, si bien la coautoría supone el principio de imputación recíproca, esto es, que todo lo que haga cada uno de los coautores es imputable a todos los demás, para que se configure dicho principio se requiere la existencia de un acuerdo mutuo o conjunto, el mismo que *“convierte en partes de un plan global unitario las distintas contribuciones”*.¹¹⁰

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

La decisión conjunta de realizar el hecho, caracterizada generalmente por la doctrina como el aspecto subjetivo o interno de la coautoría, puede ser descrita -en términos de MAURACH/GÖSSEL/ZIPF- como una “convención de ilicitud”, pues cada uno de los intervinientes se compromete con la realización de una parte esencial del plan delictivo. En efecto, aunque se trata de una regla que presenta excepciones, a menudo se sostiene que la coautoría entraña una relación o vinculación subjetiva entre los distintos intervinientes, esto es, una coincidencia de

¹¹⁰BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 49; señala que es preferible usar la expresión dependencia recíproca.y MIRPUIG, Óp. Cit., p. 395 párr. 2.

voluntades, una resolución común al hecho. Así pues, el acuerdo con división de tareas o suma de esfuerzos es para la coautoría, lo que la existencia de coacción o error es para la autoría mediata. Ello es así, en tanto, sin dicha decisión nos encontraríamos ante una suma de acciones y no ante una acción conjunta que busca vulnerar una norma penal. Empero, aquí se debe tener en cuenta lo indicado por OCTAVIO DE TOLEDO en el sentido que “una cosa es señalar la necesidad de ese acuerdo para que exista la coautoría, y otra muy distinta decir que para afirmar tal existencia basta con un acuerdo previo”, pues lo contrario conllevaría a resolución delictiva comunes a todos los coautores que forman el ente colectivo y, por otro, una actuación conjunta querida, en virtud de la cual cada coautor particular efectúe su aporte objetivo al servicio de la realización del plan común.¹¹¹

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

¹¹¹ Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 653.

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

partidarios de la doctrina del dominio del hecho mantienen posiciones menos o más próximas a planteamientos subjetivos.¹¹²

Asimismo, es preciso resaltar que el acuerdo conjunto no debe ser necesariamente previo al inicio de la ejecución de los actos delictivos, pues el mismo puede tener lugar también durante la ejecución del hecho tal como ocurre en la denominada coautoría sucesiva. En la misma línea, el acuerdo no implica la aceptación por parte de los potenciales coautores de un “pacto criminal” completamente detallado, pues no es imprescindible que todos aquellos participen en la elaboración del plan. Además, el conocimiento de los sujetos no debe estar dirigido a saber quiénes son sus “camaradas”, sino que junto con uno intervienen otros para la consecución de un mismo fin delictivo, esto es, el reconocimiento de la existencia de una división del trabajo.¹¹³

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

¹¹²Óp. Cit., p. 129; PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 286.

¹¹³WELZEL, Óp. Cit., p. 129; PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 286.

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

a) Permite identificar cuándo existe coautoría. En efecto, el acuerdo común implica que sólo quien participa de él tiene objetivamente el dominio conjunto del hecho.

b) Permite determinar la distribución de funciones parciales de carácter esencial entre los intervinientes, con lo cual hace posible la participación de cada uno de los sujetos en el dominio del hecho funcional.¹¹⁴

c) Para que los coautores obren conjuntamente, tienen necesariamente que estar de acuerdo. De esta manera, “si la aportación al hecho de un interviniente ha contribuido a un resultado, sin estar de acuerdo con los demás, no puede ser coautor; le tiene que haber faltado entonces el conocimiento de la relación mutua, requisito para el ejercicio de la coautoría efectiva”.

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

¹¹⁴Cfr. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 683.

sujetos acuerdan ir a robar a una casa de cambio de dinero, para ello decidieron solamente golpear y maniatar al vigilante y al encargado del negocio. Sin embargo, durante la ejecución del plan, uno de los tres sujetos mata al vigilante porque reconoció en él a un viejo enemigo.¹¹⁵ En este caso, el exceso de dicho copartícipe, no debe ser imputado a sus “camaradas”, pues se encuentra fuera de lo planeado antes de perpetrar el ilícito. Lo mismo ocurre cuando un coautor comete un robo a pesar que sólo se pactó una coacción o cuando fueron objeto de apropiación indebida, objetos distintos a los que se pactaron.¹¹⁶

e) Además, para la doctrina del dominio del hecho funcional, la decisión conjunta no permitiría la configuración de coautoría en los supuestos de operatividad ulterior causal, es decir, en los cuales uno de los involucrados no conoció las circunstancias que fundamentan el dominio conjunto. Aquí no se podría configurar la existencia de un plan común, debido a que quien no conoce ni cuenta con la acción posterior de la otra persona no puede ser considerado como parte de un acuerdo mutuo.

Consecuentemente, debo señalar que tanto para la doctrina mayoritaria del dominio del hecho y la opinión dominante de la jurisprudencia

¹¹⁵ PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 288; a dicha regla se le puede plantear una excepción: “sólo si los demás aceptan (eventualmente) o pueden prever (objetiva y subjetivamente) dicho exceso, podrían responder a título doloso o culposo, respectivamente, por el mismo”.

¹¹⁶ Así también, MIR PUIG, Óp. Cit., p. 399 párr. 20.

nacional, **la composición de la coautoría como tercera forma de estructuración del comportamiento humano penalmente relevante supone la concurrencia básica de un dominio del hecho funcional y junto con éste de una intervención esencial prestada en la fase ejecutiva del delito dentro del marco de un acuerdo común entre los intervinientes.** De esta manera, a decir de la doctrina analizada, los límites entre coautoría y complicidad quedan suficientemente zanjados. Así, por ejemplo, quedaría fuera de dudas que también es coautor y no mero cómplice el sujeto que sólo retiene a golpes a la víctima, mientras su compañero la accede carnalmente o el que amenaza con una pistola a los cajeros de un banco, siendo otro el que toma el dinero. No obstante la aparente idoneidad de la mencionada fórmula teórica para determinar la constitución o no de coautoría, en el campo de la literatura penal, sobre todo en aquella destinada al estudio del fenómeno de la coautoría, diversos autores han planteado grupos de casos en los que se pone a prueba la mayoritariamente aceptada doctrina del dominio del hecho funcional como criterio caracterizador de la coautoría.

Así, por ejemplo, se pregunta si debe responder como coautor o cómplice: (a) quien ve a un tercero golpeando violentamente a otro y se suma en los golpes o si serán coautores: (b) los miembros de un pelotón de fusilamiento que disparan sobre otro, sin que se haya logrado determinar cuál de todos los disparos causó la muerte del

infortunado o (c) si lo es el sujeto A que espera a su víctima por un determinado camino, pero siendo ésta acribillada por B quien también la aguardaba aunque por otro camino, estando que A y B actuaron en contubernio. De acuerdo con la doctrina penal, en el primer caso (a) nos encontramos frente a la denominada Coautoría Sucesiva, en el segundo (b) ante la llamada Coautoría Aditiva y en el último (c) ante la conocida como Coautoría Alternativa.¹¹⁷

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

¹¹⁷DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Coautoría» Alternativa y «Coautoría» Aditiva..., p. 296

A pesar de la denominación empleada, en todos estos supuestos –a los que habría que agregar el del cabecilla o jefe de banda y el del “campana”- no queda claro si cabe afirmar la coautoría, pues pareciera que éstos saldrían de los marcos establecidos tanto por el presupuesto como los requisitos de aquella. En todo caso, tanto en el Derecho penal peruano como el español cabría la posibilidad de encontrar una solución con arreglo a la denominada complicidad primaria, la cual funcionaría como una suerte de figura residual respecto de la coautoría¹¹⁸.

¹¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO. “«Coautoría» Alternativa y «Coautoría» Aditiva...”, pp. 322-324 y “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”. pp. 649 y 652;

2.- LA COMPLICIDAD PRIMARIA

2.1.) Definición conceptual:

CABANELLAS¹¹⁹ la define como, el que, sin ser autor, coopera a la ejecución de un hecho delictivo por actos anteriores o simultáneos. Siendo el “Cómplice” la persona que, sin ser autora de un delito, coopera a su perpetración por actos anteriores o simultáneos. A veces también posteriores, si ellos se ejecutan en cumplimiento de promesas anteriores. Claro es que, para la complicidad delictiva, se requiere que el cómplice conozca que sus actos tienen como finalidad la comisión del delito de que se trate. Y esto hasta el punto de que, si el cómplice no quiso cooperar sino a un delito menos grave, la pena le será aplicada en razón del hecho que prometió ejecutar. Es de advertir que los actos ejecutados por el cómplice no han de ser de tal naturaleza que sin ellos no hubiera podido someterse el delito; pues, si lo fuesen, ya no se estaría en el terreno de la complicidad, sino en el de la coautoría o participación criminal.

OSSORIO¹²⁰ en su definición penal, señala que, la complicidad primero, surge de la codelinuencia, cuando el ejecutor material del hecho punible recibe la cooperación imprescindible o útil de otro para la perpetración del delito. Este otro es el denominado cómplice necesario por algunos penalistas y que el codificador no vacila en calificar de

¹¹⁹Dicc.Leg//www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Comparte&hasta=Compresiss%20labris&lang=es.

¹²⁰Dicc.Leg//www.lexivox.org/packages/lexml/mostrar_diccionario.php?desde=Comparte.

autor, en la fórmula, dentro del Código Penal español, que establece esa equiparación personal y en la condena para "los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado". Tal es el caso del que conduce el vehículo desde el cual se ametralla a la víctima al pasar ante ella.

Otro concepto:

La complicidad es una forma de participación en un delito por el que una o varias personas cooperan con el autor de un hecho punible realizando actos anteriores o simultáneos a éste sin llegar a ser su actuación imprescindible para la realización del delito. En caso contrario, no serían cómplices, sino cooperadores necesarios, Participación culpable accesoria en un crimen o un delito punible, anterior o concomitante a la infracción principal y realizada por hechos estrictamente determinados en la ley, a saber: provocación a cometer la infracción mediante dádivas, promesas, amenazas; abuso de autoridad o de poder; maquinaciones o artificios culpables; instrucciones dadas; provisión de medios; y, por último, ayuda y auxilio en la realización misma del delito.

Es una forma de participación en el delito, consistente en la colaboración dolosa en un hecho doloso mediante la actuación anterior

o simultánea al hecho delictivo. Cuando esta cooperación a la ejecución del hecho se realiza mediante un acto sin el cual no se habría efectuado el hecho delictivo, se dice que el sujeto en cuestión fue un cómplice necesario y, legalmente, es considerado un autor. De ahí que se hable entonces de la autoría por cooperación. En cambio, cuando la actuación del cómplice no es imprescindible para que se cometa el delito, se dice que se trata de un cómplice simple o, sencillamente, de un cooperador del delito.¹²¹

2.2.) Complicidad primaria como figura intermedia entre coautoría y complicidad secundaria.

Conforme ha indicado ROXIN, la complicidad se debe entender “como un incremento causal y jurídicamente desaprobado del riesgo para la realización del tipo penal”. Ahora bien, por naturaleza y esencia ésta supone un comportamiento complementario, pues su característica central es designada a través de la noción de “auxilio”, la que supone la contribución, anterior o simultánea, útil para la ejecución de un delito.¹²²En la doctrina, es posible encontrar diversas definiciones sobre la complicidad, entre ellas tenemos: *“La complicidad es circunscrita por el legislador como la prestación de auxilio dolosa a un hecho típico, antijurídico y doloso”*¹²³; *“cooperador o cómplice, en sentido amplio, es*

¹²¹ Diccionario jurídico://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/complicidad/complicidad.htm

¹²²QUINTERO OLIVARES, Óp. Cit., p. 628; GARCÍA CAVERO, Óp. Cit., p. 591.

¹²³ROXIN, Strafrecht. Band II, p. 192 § 26 n° 183

quien coopera dolosamente en la realización de un hecho doloso cometido por otro"¹²⁴; En efecto, para la opinión doctrinal dominante el cómplice pone su aporte sólo como medio subordinado al hecho ajeno, incluso cuando es indispensable en el caso concreto. En tal sentido, podría manifestarse que la complicidad consiste en apoyar el hecho punible realizado por otro, constituyendo tanto la concurrencia del principio de accesoriedad como la actuación dolosa¹²⁵.

En ese sentido, la justicia penal nacional reconoce la complicidad:

*"requiere que el sujeto, objetivamente, realice un aporte cocausal (psíquico, o por medio de consejos, y/o material, mediante la ejecución de los hechos concretos), según las reglas de la imputación objetiva, respecto del hecho del autor principal; y, que lo haga en la etapa de preparación o, según el caso, en la etapa de ejecución del delito; y subjetivamente, que su actuación sea dolosa, esto es, que conozca que presta aporte a la realización de un hecho punible..."*¹²⁶

Como indicamos antes, en algunos ordenamientos jurídico-penales como el peruano es característico la distinción de dos clases de cómplices: el cómplice primario y el cómplice en sentido estricto, siendo

¹²⁴DONNA, Óp. Cit., p. 107

¹²⁵KÖHLER, Óp. Cit., p. 532

¹²⁶Ejecutoria Suprema del 16 de Septiembre de 2004. (R.N. N° 2270-2004. LA LIBERTAD).

que de una u otra calificación depende que se castigue al interviniente como al verdadero autor o con la pena inferior en grado¹²⁷.

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

En el Derecho penal español, cobra importancia la cooperación necesaria como fuente de regulación de la complicidad primaria, pues aplica para calificar a aquellos sujetos que a pesar de la importancia de su aporte para la materialización del ilícito no son coautores, debido a una ausencia de intervención en el proceso ejecutivo material del delito. Es decir, a pesar que el comportamiento de un sujeto se constituyó como un eslabón imprescindible para el curso causal del hecho punible, el que no haya tenido lugar durante la ejecución hace que sea calificado como cooperador necesario y no como coautor, compensándose esta abierta contradicción con la igualdad de pena para ambos¹²⁸.

Así puede observarse en la Sentencia del Tribunal español, recogida por SERRANO BUTRAGUEÑO, en la que se condena *“como cooperador necesario el activista de ETA que, por encargo de la cúpula de dicha organización, realizó una larga labor de vigilancia y estudio de*

¹²⁷MIR PUIG, Óp. Cit., p. 413 párr. 77

¹²⁸FERRER SAMA, Comentarios al Código penal, Tomo II, Sucesores de Nogués, Murcia, 1947, pp. 43-44

*algún lugar para cometer un atentado contra miembros de la Guardia Civil, «y procedió a continuación a levantar el plano de un bar, pues tal era el lugar elegido». Lo cual, perpetrado un atentado contra cuatro miembros de la citada Institución, constituye «un acto de auxilio a la ejecución y no propiamente ejecutivo», ya que si fuese de esta índole el procesado sería autor y no cooperador necesario».*¹²⁹

La denominada cooperación necesaria fue incorporada en el CP español de 1848 y figura actualmente en el art. 28° II b) del CP de 1995.¹³⁰

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

“Art. 11°. Son responsables criminalmente de los delitos y faltas: 1° Los autores. 2° Los cómplices. 3° Los encubridores.

“Art. 12°. Se consideran autores:

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

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

¹²⁹SERRANO BUTRAGUEÑO (Coordinador), Código Penal de 1995, Granada, Comares, 1998, p. 445

¹³⁰BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 19

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

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

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

También serán considerados autores:

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.*
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.”*

Mientras que del cómplice se afirma:

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

En su aparición en el CP español de 1848, la cooperación necesaria formó parte de un sistema normativo que se alejaba del antiguo Derecho español, pues respondía a los avances de la Ciencia Penal. En materia de autoría y participación, este CP se apartó de su

antecesor de 1822, al reconocer la posibilidad de intervención de varias personas en la comisión de un delito (codelincuencia), encuadrando entre los autores a los cooperadores necesarios (art. 12° numeral 3). De éstos, y como consecuencia del carácter amplio de la noción de autoría incorporada en el referido Código, había que diferenciar la simple complicidad regulada en el art. 13° y que tenía un carácter esencialmente restringido¹³¹.

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

¹³¹IÑESTA PASTOR, El Código Penal Español de 1848, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 537

comprenda, sin género alguno de duda, que sin ella no se hubiese perpetrado el crimen, porque entonces es causa eficiente de él”¹³².

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

a) La primera se refería a cómo deberían responder los sujetos que en el marco de la codeincuencia (intervención múltiple) cometían un delito. Así, en el tratamiento jurídico-penal de dichos casos, tradicionalmente se consideraba la existencia de un delito único con tantas responsabilidades como intervinientes. Como indicaron JIMENEZ DE ASUA y ANTON ONECA, se trataba de la concepción de la “unidad de delito con pluralidad de agentes”¹³³. Además, la referida teoría tradicional hacía depender la responsabilidad accesoria del cómplice o inductor con la principal del autor, lo que tuvo lógicamente como consecuencia la presencia de casos en los que, por ejemplo, a pesar que el inductor pusiera todo su empeño, no era castigado al desistir el ejecutor material de realizar el delito. Asimismo, cuando se declaraba la irresponsabilidad del autor o este había fallecido, no se

¹³²SILVELA, El Derecho penal, Parte Segunda, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903, p. 229.

¹³³JIMENEZ DE ASUA/ANTON ONECA, Óp. Cit., p. 174.

podía castigar a los participantes “puesto que su responsabilidad es accesoria y se determina en función a la principal”¹³⁴.

Como estas soluciones resultaban inaceptables para el entendimiento de aquella época (siglo XIX), se postuló la doctrina de la autonomía de la complicidad o de la complicidad delito distinto, conforme con la cual se consideraba la acción realizada por cada uno de los intervinientes como una infracción independiente. En esta dirección cabían dos sistemas: considerar que el cómplice es también autor o hacer de la complicidad un delito sui generis, que se imputaría por un título especial independientemente de la contribución prestada al delito principal. Como podrá inferirse con facilidad, la legislación española optó por calificar como autores no sólo a quien tomaba parte directa en la ejecución del hecho, sino también al inductor y al cooperador necesario.

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

¹³⁴ Ibídem, p. 175

clasificación de los codelincuentes o la importancia reconocida a la participación de cada uno de ellos.

De esta forma, la idea conforme a la cual “si el delito es el mismo para todos, cada uno responde según la propia acción”, fue la que se adoptó en España a partir del CP de 1848, pues en éste se reservaba el íntegro de la pena para la, así llamada por JIMENEZ DE ASUA y ANTON ONECA, “causa eficiente” del delito, es decir, para los autores materiales y aquellos que eran considerados como tales (inductor y cooperador necesario). Ahora bien, a pesar del reconocimiento legal de la cooperación necesaria en España, esta figura, como admiten los propios teóricos españoles, es inexistente en los países del entorno español y se sustenta en la vieja teoría objetivo-material de la necesidad, conforme con la cual “es autor (auctordelicti, sociusprincipalis) quien ha interpuesto una condición necesaria, imprescindible, decisiva, esencial, eficiente, para la producción del resultado. Es decir, se considera autor a quien aporta una contribución sin la cual el resultado no se habría producido. Es el cómplice principal, y por ello recibe el mismo castigo que el autor. Por el contrario, el cómplice simple (Gehülfe, sociusdelicti) interviene con actos accesorios, secundarios, prescindibles que favorecen la realización del

hecho, pero sin los cuales el resultado también se hubiera producido”¹³⁵.

Si bien ROXIN, destaca las virtudes de la teoría de la necesidad, no obstante reconoce su inutilidad como criterio general de delimitación “debido a su punto de partida causal, metodológicamente incorrecto, pues será pura casualidad que coincidan en todos los supuestos la existencia o ausencia de causalidad «necesaria»” pues “ni el coautor tiene que haber realizado siempre una aportación causal «necesaria» ni aquel que la ha realizado es en todo caso coautor”¹³⁶. De ahí que su mantenimiento en el CP de 1995, ha significado para los juristas y teóricos españoles un arduo trabajo en el intento de distinguirla tanto de la coautoría como de la complicidad simple, no necesaria, accidental, no condicionante o simplemente secundaria.

2.4.) La complicidad primaria en el Derecho penal peruano.

En el Derecho penal peruano, la complicidad primaria es regulada desde el CP de 1863, tomada de la regulación existente en España sobre la cooperación necesaria y prevista en dicho país desde 1848, manteniéndose en el actual artículo 25°, primer párrafo del Código Penal de 1991. También HURTADO POZO; ha aludido a la referida

¹³⁵BOLEA BARDON, Óp. Cit., p. 21

¹³⁶ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §8, p. 60.

influencia del CP español de 1848 sobre el nuestro de 1863, cuando recuerda que en una nota de remisión del resultado de las labores de una de las Comisiones (1857) encargada de la revisión del Proyecto CP 1863, se reconoció “haber seguido al Código Penal español de 1848-50, por haber «creído encontrar en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia».¹³⁷

La regulación de la complicidad primaria y las diversas formas de intervención en el delito en el CP de 1863 era como sigue:¹³⁸

“Art. 11°.- Son responsables criminalmente del delito o falta: 1.- Los autores; 2.- Los cómplices;3.- Los encubridores.

Art. 12°.- Son autores: 1.- Los que perpetran el hecho criminal; 2.- Los que deciden su ejecución y la efectúan por medio de otros.

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

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

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

¹³⁷HURTADO POZO, José;”.

¹³⁸VITERBO ARIAS, Óp. Cit., pp. 140-166.

“Art. 25°.- El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor...”

En efecto, en nuestro Derecho penal se reconocen dos formas de complicidad: primaria y secundaria. Según el propio texto legal, el cómplice primario (o cooperador necesario en el CP español) se caracteriza por la realización de un aporte sin el cual el delito no se hubiera podido llevar a cabo. Por su parte, el cómplice secundario es quien realiza una prestación de auxilio o asistencia al autor de menor relevancia, esto es, aquella cuya ausencia no implica la no configuración del delito¹³⁹.

Entonces debemos entender que el legislador nacional no ha establecido tal distinción aludiendo a la cercanía del aporte con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico (si es inmediata es primaria y si es mediata es secundaria), ni tampoco tomando en consideración los medios o las formas en las que se lleva a cabo la contribución del cómplice. Por el contrario, la distinción se ha hecho depender de la utilidad, la importancia objetiva o la eficiencia del aporte, esto es, de si es o no indispensable y eficaz para la realización del hecho punible,

¹³⁹BUSTOS RAMÍREZ/HORMAZÁBAL MALARÉE, Lecciones de Derecho Penal, PG, Trotta, Madrid, 2006, p. 414; se trata, como sostiene la doctrina, de una fórmula residual, pues el sujeto no está comprendido en el supuesto del primer párrafo del art. 25° de nuestro CP y, sin embargo, se considera que ha intervenido en el ilícito penal.

diferenciación que posee utilidad a efectos de la pena que se le impone a cada uno de los colaboradores. Efectivamente, al cómplice primario le corresponde similar pena a la prevista para el autor; mientras que al secundario se le rebajará prudencialmente la misma.

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

“TERCERO: Que, a partir de las declaraciones glosadas y de la última declaración del acusado MS, se tiene que el autor de los disparos fue él, que lo hizo dolosamente y en el marco de un mutuo acontecimiento con otro grupo de personas; Que por la forma y circunstancias del evento delictivo es de concluir que el acusado MS disparó dolosamente contra los agraviados y que como consecuencia de los disparos que efectuó un agraviado falleció y otro resultó herido; Que se trata de una conducta comisiva y con dolo directo, no eventual, en tanto que el resultado muerte y lesiones se produjo como consecuencia de los disparos que, en el marco de una agresión mutua, efectuó en dirección a los agraviados y con conocimiento de los resultados que la utilización de un arma de fuego traían consigo; Que el imputado, desde luego, era consciente del peligro concreto que generaba su acción, conocía la conducta que llevó a cabo y sus consecuencias, pero no sólo eso sino que tales consecuencias eran buscadas de propósito por él, constituían su meta, no de

otra forma se explica los disparos que efectuó en dirección a los agraviados: las circunstancias del hecho, el medio utilizado y la zona del cuerpo humano que fue afectada, acreditan esta conclusión. CUARTO: Que, en cuanto al encausado PC, las declaraciones de ... establecen que en el curso de la gresca proporcionó el arma a su coacusado MS para que dispare contra sus ocasionales contrincantes; Que, siendo así, PC tiene la calidad de cómplice primario o necesario, en tanto que en la etapa de preparación del hecho principal: disparos contra los agraviados, aportó dolosamente al mismo una contribución sin la cual el delito no hubiera podido cometerse (véase: artículo veinticinco, primer párrafo del Código Penal)..."¹⁴⁰.

Mientras que el cómplice secundario es:

"...Que como se desprende de autos los encausados WAZC y AAAC se mantuvieron a escasos metros donde se desarrolló el hecho imputado, expectantes e inactivos, consintiendo la consumación del ilícito, dialogando con los sujetos que ejecutaron el mismo a quienes conocían, configurándose por ende un caso de complicidad secundaria, ya que la presencia de

¹⁴⁰Ejecutoria Suprema del 16 de Mayo de 2005 (R.N. N° 938-2005. LIMA). .

los citados procesados fue prescindible, no requiriéndose su concurso activo en la consumación del objetivo trazado...”.¹⁴¹

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

En efecto, la doctrina no ha llegado a ningún acuerdo al respecto, pues la fórmula legal de distinción entre aquellas nos conduce a un problema casi irresoluble. En lo que sí concuerda, es que si el legislador no hubiese establecido tal diferenciación, no habría mayor necesidad que emplear la teoría del dominio del hecho (criterio dominante en la doctrina y la jurisprudencia para distinguir entre autores y partícipes) según la cual el cómplice es tal debido a que no posee dominio alguno en el suceso criminal¹⁴².

Los esfuerzos desplegados para lograr delimitar ambas formas de complicidad, sólo han alcanzado validez para la solución de algunos casos y no para la generalidad de los supuestos, tornándose la distinción en un debate con continua actualidad. Coadyuva a ello que el legislador nacional no nos ha brindado elementos suficientes para poder llevar a cabo la delimitación y los elementos estructurales de

¹⁴¹Ejecutoria Suprema del 15 de Julio de 2004 (R.N. N° 989-2004. CALLAO).

¹⁴²DONNA, Óp. Cit., p. 107; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 728; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., pp. 400 y 406 §50 n° 3 y 29

ambas formas de complicidad – según la redacción del art. 25°- no están claramente determinados. Ello es así, porque – siguiendo en esto a DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO respecto de la cooperación necesaria española- la fórmula planteada por el legislador nacional para diferenciar ambas clases de complicidad nos remite a un juicio hipotético en el cual se debe preguntar: ¿Qué habría pasado si no se hubiera producido el acto del cooperador? ¿Se habría efectuado o no el hecho?¹⁴³

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

“(...) encausada MP tenía vinculación directa con los ejecutores materiales del robo, con quienes acordó que el dinero proveniente de la venta de la mercadería robada, fuera depositado en su cuenta; que, en tal virtud, participó en el delito como cómplice secundario -no puede calificarla de complicidad

¹⁴³DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “¿Es necesaria la cooperación necesaria?”. pp. 655-656.

primaria porque no apporto una conducta esencial para la comisión del delito- (...).¹⁴⁴

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

En tal sentido, corresponde recordar lo ya señalado sobre la coautoría como dominio del hecho funcional, es decir, que alguien es coautor cuando toma parte junto con otros en la realización de un hecho punible a partir de la división del trabajo e interviene durante la fase de ejecución del mismo con un aporte esencial o relevante –desde un punto de vista objetivo- para su materialización, el cual le permite, asimismo, co-configurar de forma plena el sí y el cómo de la infracción penal, cuya base se encuentra en la existencia de un acuerdo común o decisión conjunta en el marco de un plan global delictivo destinado a la realización de determinado tipo penal. De esta manera y por exclusión,

¹⁴⁴Sentencia de la Sala Penal Permanente del 22 de Septiembre de 2005 (R.N. Nº 3456-2004. ANCASH).

el aporte de un sujeto que no se encuentra dentro de la forma de composición del dominio del hecho funcional y no comparta las características mencionadas, no permitirá catalogar a aquél como coautor, sino como partícipe (instigador o cómplice) en un “hecho ajeno”. Así, en nuestro ejemplo, el empleado X al no participar de determinados elementos propios del dominio del hecho funcional (v. gr., no interviene durante la fase ejecutiva del ilícito), no puede ser catalogado como coautor.

En segundo lugar, se debe decidir si el comportamiento del referido empleado constituye una complicidad primaria o secundaria. Para tal fin, algunos proponen prestar atención a la esencialidad del aporte del cómplice y otros al momento del itercriminis. En la doctrina peruana, BRAMONT ARIAS, es bastante descriptivo al respecto, cuando señala que *“Si, como se ha dicho, la necesidad se mide en abstractos, ningún cómplice es necesario y si se mide en concreto, prácticamente todos lo son”*.

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

Uno de los autores que se enmarca en esta línea es RODRIGUEZ MOURULLO, quien sostiene que frente al empleo de un criterio abstracto o concreto para el establecimiento del valor del aporte que determine si nos hallamos ante una complicidad primaria o secundaria, existe una fórmula según la cual será relevante la cooperación que determine el “sí” del hecho (aquella sin la cual el resultado no se hubiera producido de ninguna manera), aunque no condicione el “cómo del mismo”. De esta manera, será complicidad primaria, la cooperación de la que depende la comisión del delito y, simplemente, complicidad secundaria, aquella de la que depende únicamente la forma de comisión del mismo. La relevancia del aporte se determinará sobre la base de un “juicio hipotético a posteriori que versa sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto”. Dicho juicio, “no se refiere al mundo sin confines y al tiempo sin límites, sino al recortado mundo del autor en un momento concreto”.¹⁴⁵ Así, manifiesta, “si el autor hubiera tenido que renunciar a la ejecución o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente o de que un cambio de circunstancias no hiciera precisa la cooperación ajena, el auxilio es necesario. Si el autor podía realizar el hecho – aunque fuese recurriendo a una forma concreta de ejecución distinta – en la misma oportunidad en que lo realizó sin el concurso del

¹⁴⁵RODRIGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, Óp. Cit., pp. 874-875

cooperador ni otro similar, el auxilio no es necesario”. En conclusión, lo que decide la relevancia del aporte, está en función de las posibilidades que el autor disponía en el momento concreto para lograr la ejecución en sí –cualquiera que fuese su modalidad- prescindiendo de la colaboración ajena. Lo que el futuro le hubiera podido deparar al autor no es relevante.

Así, la denominada teoría de los bienes escasos, involucra el establecimiento de tres principios fundamentales:

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

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

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

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

Para GIMBERNAT, la determinación de la escasez del bien se lleva a cabo de la siguiente forma: primero, una calificación provisional que tenga en consideración factores generales. Desde esta perspectiva serán escasos, por ejemplo, una pistola, una medicina cuya venta sin receta está prohibida, dinamita, la maquinaria para falsificar billetes de banco o cualquier otro objeto cuya obtención presente serias dificultades. La calificación definitiva se produce cuando se examinan, a continuación, los componentes especiales del caso concreto (v. gr., teniendo en cuenta los factores especiales que concurren en la persona concreta que recibe la cosa). Según ha manifestado GIMBERNAT ORDEIG; “en abstracto, no es posible indicar sobre qué número de objetos de la misma especie debe poder disponer el sujeto para decir, respecto de él, que la cosa era escasa. Es ésta una cuestión que depende de la peculiaridad que tenga el bien objeto de examen (pistola, dinero, etc.)”.¹⁴⁶

Para MIR PUIG, la solución al problema de delimitación entre las formas de complicidad debe buscar combinar ambas pautas, pues a su juicio son compatibles, “porque fundamentalmente apuntan a aspectos distintos del problema”. Así, la importancia de la primera fórmula radica en diferenciar entre el “sí” y el “cómo” del hecho; siempre que por el “sí” se comprenda la realización de los elementos típicos dentro del tiempo

¹⁴⁶GIMBERNAT ORDEIG, Óp. Cit., p. 133.

que persiste la resolución criminal originaria y que en el “cómo” se incluyan todas las circunstancias ejecutivas irrelevantes para la individualización del tipo.¹⁴⁷

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

También aquí debe incluirse el planteamiento de PÉREZ ALONSO,¹⁴⁸ quien en su trabajo La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal ha planteado la adopción de un criterio intermedio al momento de pretender delimitar la complicidad primaria de la secundaria. Éste es denominado por PÉREZ como el principio de la importancia esencial de la contribución y es un criterio extraído de la doctrina del dominio del hecho funcional, pero desvinculado totalmente de los elementos del tipo de la coautoría. Además, este principio –en la misma línea a lo postulado por MIR PUIG- debe combinar “el criterio de la necesidad referida al sí del hecho en el caso concreto con la teoría

¹⁴⁷ MIR PUIG, Óp. Cit., p. 414 párr. 80 (de la misma opinión, OLMEDO CARDENETE, “Comentarios al Código Penal – Artículos 27, 28 y 29”, en: COBO DEL ROSAL (Director), Comentarios al Código Penal, Tomo III, Arts. 24 a 94, Edersa, Madrid, 2000, pp. 320-321).

¹⁴⁸PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 345-364

de los bienes escasos”. Para la materialización de su propuesta, PÉREZ señala la existencia de tres campos desde los cuales se puede distinguir entre una contribución esencial y una que no dispone de tal característica. Así, en un primer momento habrá que atender a la fijación del objeto de referencia de la complicidad primaria y secundaria, el cual está constituido por la referencia al sí de la ejecución del hecho punible para la primera y al cómo de la materialización del mismo para la secundaria. En tal sentido, el indicado autor menciona que “el sí del hecho como tipo significa que el cómplice principal establece las condiciones previas necesarias que posibilitan la realización del tipo por parte del que tiene el dominio del hecho punible (autor)”. Asimismo, continúa, “no debe referirse al cómo de la ejecución, es decir, a la actividad concreta desplegada o circunstancias ejecutivas individualizadoras del tipo, porque en tal caso toda contribución favorecedora del hecho ajeno sería necesaria, dejando sin contenido la complicidad”.

El otro campo de análisis que permite conocer cuándo una contribución alcanza el estatus de esencial es el del establecimiento de parámetros de valoración. Al respecto, PÉREZ ALONSO rechaza todas aquellas posturas que recurren a juicios hipotéticos causales a posteriori o ex post a fin de determinar la relevancia o no del aporte del cómplice. Siguiendo a GIMBERNAT, PÉREZ hace suya la idea que “cualquier

solución viable tiene que prescindir de la cuestión de qué es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto. Pues, y aunque sea repetirme: el examen de esta cuestión coloca al juez, en la mayoría de los casos, ante tareas insolubles”.

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

prescindible o de fácil acceso o reemplazo en la fase preparatoria o ejecutiva. También aquí existirá una dependencia vertical y accesorio respecto al hecho ajeno, “pero que contribuye en menor medida a la realización del tipo por parte del autor”.

A pesar de todo lo afirmado hasta aquí, PÉREZ ALONSO hace la salvedad que esta manera de determinar la esencialidad del aporte de los cómplices, no implica el establecimiento de parámetros fijos, de cumplimiento ineludible y de validez absoluta y general, pues ello iría en contra de la variedad en la cual suelen presentarse los fenómenos participativos humanos. De manera que el principio propuesto por este autor, denominado principio de la importancia esencial de la contribución, es un criterio orientativo de las decisiones del juez “para adoptar una resolución independiente mediante una consideración individualizadora”, en lenguaje sencillo, un criterio para ser concretado por los jueces en cada caso. Sin embargo, este último criterio no ha recibido el suficiente respaldo como para imponerse al de la esencialidad de la contribución para la realización del ilícito penal. Ello obedece no sólo a una estricta interpretación de la regulación legal de la complicidad, cuando en ella se indica que lo que diferencia a un cómplice de otro es que el auxilio prestado sea de tal magnitud sin el cual no se hubiere perpetrado el hecho punible (art. 25° CP peruano); sino también debido a la existencia de determinadas circunstancias en

las cuales se puede apreciar que un sujeto interviene durante la fase de ejecución del delito con un aporte relevante para el hecho punible pero que no lo convierte en coautor del mismo, sino sólo en un cómplice primario. Ello sucede, según postula por ejemplo PÉREZ ALONSO, cuando un sujeto contribuye con un auxilio esencial para la materialización del hecho punible durante su ejecución, pero que no califica como coautoría debido a que aquél carece de algún elemento subjetivo del injusto requerido por el tipo penal (por ejemplo, en los casos de delitos contra el patrimonio donde se requiere el ánimo de lucro junto con el apoderamiento ilegítimo). Lo mismo ocurriría cuando un sujeto actúa de forma unilateral y sin acuerdo con los demás intervinientes (autores), no pudiendo convertirse en coautor por faltarle el requisito subjetivo de la coautoría.¹⁴⁹

En ese sentido, en la jurisprudencia peruana se indica: “El cómplice secundario es aquél que otorga un aporte que no es indispensable para la realización del delito, resultando indiferente la etapa en que presta su aporte, siempre y cuando ésta se produzca antes de la consumación del delito”¹⁵⁰

Así se ha manifestado la justicia nacional, indicando:

“La complicidad primaria es una forma de ampliación del tipo que exige una colaboración dolosa de parte del agente, la que

¹⁴⁹PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 343

¹⁵⁰Ejecutoria Suprema (R.N.Nº 5361-1999. PIURA), tomada de El Código penal en su Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 109

*además está presente en la etapa de preparación del delito, constituyendo un aporte necesario al hecho*¹⁵¹.

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

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

¹⁵¹Ejecutoria Suprema (R.N. N° 2441-1999. LIMA), tomada de El Código penal en su Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 10

ejecutada. Será el juez quien aplicará dicho principio regulativo, atendiendo a la forma concreta de configuración de cada caso.¹⁵²

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

Para la doctrina del dominio del hecho, una de las principales consecuencias de exigir intervención durante los actos ejecutivos del hecho punible para ser coautor, es aquella según la cual no cabe calificar como tal a quien sólo toma parte en los actos preparatorios; Empero, la polémica sobre la posibilidad de apreciar coautoría en la etapa de preparación de un ilícito penal siempre ha estado presente – en particular en la doctrina alemana- en torno al caso del cabecilla o jefe de la banda, es decir, supuestos como el del sujeto que desde la prisión elabora el plan delictivo, distribuye funciones y desarrolla todos aquellos actos tendientes a preparar el delito que sus compinches – quienes se encuentran fuera de prisión- llevaran a cabo.

Al respecto, ROXIN ha indicado que en estos casos es necesario indagar si es posible en absoluto la coautoría o si cabe afirmar en general que “quien sólo toma parte en actos preparatorios debe estar excluido de la posesión del dominio del hecho en todos los casos”¹⁵³.

¹⁵²GARCÍA CAVERO, Óp. Cit., p. 593; PEÑA CABRERA, Tratado de Derecho penal, Estudio Programático de la PG, 1ª reimpresión de la 3ª edición, Grijley, Lima, 1999, pp. 355-356. Y Cfr. PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., pp. 431-432; ZUGALDÍA ESPINAR/PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 741

¹⁵³ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §28 p. 323.

La respuesta -como lo sostiene el mismo autor- es esta última, pues la cooperación en la fase preparatoria no entraña la existencia de una figura central del suceso de la acción, tal como lo exige la doctrina del dominio del hecho para calificar a un sujeto como autor. Para ROXIN, el cabecilla de una banda delictiva “no puede ser coautor si su actividad se limita a planear los delitos, dejando a los demás la ejecución”, pues “no se puede estimar autoría en virtud de la mera posición como jefe de la banda”. En efecto, como en la mayoría de supuestos el cabecilla no tiene ningún tipo de participación directa en el hecho, consecuentemente no puede ser coautor, pues sólo “el que toma parte en la ejecución puede tener el dominio del hecho como coautor”¹⁵⁴.

En este sentido, es categórico ROXIN cuando sostiene que no puede dominar el hecho quien sólo ayuda a crear las condiciones previas del delito, pues éste quedará a expensas de la iniciativa, las decisiones y la configuración del hecho del ejecutor directo, es decir, “tiene que «dejar de su mano» el hecho y confiar a partir de entonces en el otro”¹⁵⁵.

Es posible graficar la referida posición con el siguiente ejemplo: la empleada doméstica puede indicar a un grupo de sujetos dónde se encuentran las joyas y el dinero de sus adinerados patrones y los

¹⁵⁴Ibidem p. 331

¹⁵⁵ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §28 p. 326. Así también, PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 230

momentos en los cuales la casa se encuentra vacía. Empero, a partir de ese instante ella quedaría fuera de la comisión del delito de robo, pues lo que ocurra y la forma en la que se ejecute el hecho queda en manos de los ladrones. En este caso, a pesar de la participación esencial de la empleada o de su deseo ferviente que el plan delictivo resulte o que los malhechores le hayan prometido una parte del botín, por ningún motivo puede ser proclamada como cotitular del dominio del hecho. Lo mismo sucederá en el caso que un sujeto le procura a un falsificador la tinta para la elaboración de los documentos falsos, siendo el comportamiento del primero indiferente para el desarrollo del suceso. En ambos supuestos, a decir de ROXIN, las conductas de la empleada y el que suministra la tinta no constituyen coautoría, porque falta el criterio determinante: “que ambos sólo pueden obrar conjuntamente” y, además, porque desde “el punto de vista histórico, suponer que la cooperación en la fase preparatoria puede entrañar dominio del hecho representa una secuela de la teoría subjetiva”¹⁵⁶.

También MAURACH/GÖSSEL/ZIPF rechazan la coautoría en acciones preparatorias, pues “no se corresponde con la esencia de la coautoría como dominio del hecho por parte de una comunidad de personas”. Sostienen que de ninguna manera “es decisivo si un colaborador ha producido un aporte en estado de tentativa de una agresión ejecutada

¹⁵⁶ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §28 p. 329.

en común contra un bien jurídico, sino exclusivamente si un colaborador, mediante su propio aporte, toma parte del dominio colectivo del hecho, es decir, si participa en el tener entre manos un acontecer típico que ha ingresado en la zona de punibilidad”¹⁵⁷.

Asimismo, en la doctrina española DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO niega también que el jefe de la banda (organizador, planificador, director o “cerebro” del grupo de sujetos que comete un delito) pueda ser calificado como coautor y, por el contrario, afirma que será normalmente un cooperador necesario. Ello es así, porque no posee el dominio del hecho y deja la realización del hecho típico en las manos de los otros sujetos que sí dominan el hecho. En tal sentido, plantea una serie de supuestos en los que aquél sujeto no puede llegar a convertirse en coautor: “cuando no dirija de ningún modo la ejecución, ni cuando, aun no dando instrucciones durante la ejecución, las que ha dado antes produzcan su efecto durante ella, ni cuando dé instrucciones a distancia durante la misma, ni cuando esté presente en la ejecución dando instrucciones”¹⁵⁸.

Por su parte, PÉREZ ALONSO es tajante en negar la calidad de coautor a quien solo toma parte en la fase preparatoria del hecho

¹⁵⁷MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, Óp. Cit., p. 374 §49 n° 29 y 30

¹⁵⁸DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Óp. Cit., p. 683

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

intervinientes en el hecho inician la realización del tipo, es decir, cuando «dan principio a la ejecución del delito»¹⁵⁹.

A pesar de lo indicado hasta aquí, para ROXIN y los demás seguidores de la doctrina del dominio del hecho ello no significa que se deseche completamente la posibilidad de calificar al cabecilla como coautor, pues no pasa por determinar si se trata del más peligroso de todos los criminales, sino por atender a si ocupa o no una posición central en la realización del acontecer típico, lo cual se puede presentar no sólo cuando, por ejemplo, el cabecilla o jefe se hubiese reservado la realización de alguna actividad esencial durante la ejecución del ilícito, incluso aunque no estuviera presente en el lugar de los hechos, sino también cuando el cabecilla a pesar de no reservarse acto alguno, interviene durante la ejecución dirigiendo y organizando, aun cuando – también aquí- no tome parte en los actos ejecutivos. De esta forma, en el caso propuesto del sujeto que desde la prisión en la que se encuentra recluido imparte por celular las órdenes a sus colaboradores, éste será coautor en la medida que sin su aporte “toda la empresa caería en la confusión y fracasaría si la «central de mando» se viniera debajo de repente”¹⁶⁰, es decir, en la medida que “sin poner mano propia, supervise el acontecer típico, regulándolo y dominándolo”.

¹⁵⁹PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 229

¹⁶⁰ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §27 p. 311

Por otra parte, no sólo la actuación del denominado cabecilla o jefe de la banda han suscitado discusión en los teóricos de la intervención en el delito, pues existen otros casos que han generado el mismo nivel de polémica tal como sucede con el de aquel que funge de campana durante la realización de un ilícito penal. Al respecto, también aquí tanto ROXIN como sus seguidores se niegan a generalizar el criterio del dominio del hecho funcional, pues aquél sería coautor sólo “si la ejecución del hecho exigía un puesto así, esto es, si esta actividad aparecía como función autónoma en el marco de la cooperación bajo forma de división del trabajo”. Empero, sería meramente partícipe (cómplice) si se trata de un aprendiz que ha sido llevado para “fogearlo” en el ejercicio de la “profesión” y se queda vigilando en un lugar poco importante, pues aquí “la realización del plan no depende de su aportación al hecho”. En conclusión, para ROXIN la calificación como coautor de quien sólo se queda vigilando “depende de las circunstancias del caso concreto y requiere una solución judicial individual”¹⁶¹.

Al respecto en la justicia nacional se ha argumentado:

“Los acusados tuvieron el codominio del hecho delictivo al momento de su perpetración, por cuanto planificaron y

¹⁶¹ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §27 p. 313. (Las negritas son nuestras). Así, también, STRATENWERTH, Op. Cit., p. 404 párr. 94; PÉREZ ALONSO, Op. Cit., p. 217.

acordaron su comisión, distribuyéndose los aportes en base al principio de la división funcional del trabajo que genera lazos de interdependencia entre los agentes; en el caso de autos, la participación del primer acusado es la de ejecutor en sentido estricto, mientras que del segundo corresponde a la de actor vigilante; ambos imputables a título de coautoría y sometidos a igual sanción penal”¹⁶².

La referida conclusión a la que arriba ROXIN, obedece a la propia esencia del concepto de dominio funcional, así como a la materia de regulación abarcada por la coautoría. En lo que concierne a lo primero, si bien es cierto existe un principio regulativo que indica: “alguien es coautor si ha desempeñado una función que era de importancia esencial para la concreta realización del delito”, dicho concepto de importancia esencial, carece de un contenido aprehensible. De esta manera, siempre existirá una zona en la que la solución no puede ser esbozada abstractamente, siendo papel del juez “continuar mentalmente la idea del dominio del hecho funcional sobre la base de las circunstancias individuales y adoptar entonces una decisión autónoma”. Respecto a lo segundo, esto es, a la incapacidad para que el principio de interdependencia funcional pueda ser establecido mediante criterios claros debido a la materia de regulación abarcada

¹⁶²Ejecutoria Suprema (R.N. N° 4647-95. LAMBAYEQUE), tomada de El Código penal en su Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 103

por la coautoría, es preciso señalar que dicha falencia obedece, precisamente, a que “donde puede cooperar un número ilimitado de intervinientes que obran literalmente el número de supuestos imaginables es tan inabarcablemente amplio que habría que violentar lo múltiple de la realidad para ajustarlo a una fijación demasiado rígida”¹⁶³.

Tales consideraciones llevan a ROXIN a sostener que el dominio del hecho funcional se presenta como un “concepto abierto”, que presenta matices de generalidad e indeterminación, es decir, se trata de un concepto en el que siempre que la forma de configuración de los casos lo permita se puede generalizar y verificarse mediante un procedimiento de subsunción; mientras que cuando ello no sea posible -pues no todas las modalidades de supuestos se pueden someter a la descripción abstracta conceptual-existirán espacios para la valoración judicial.¹⁶⁴

A partir de ello, se puede inferir que la construcción teórica de ROXIN presenta el inconveniente de no dotar a los juzgadores de criterios generales, obligándolos a interpretar el concepto de dominio funcional

¹⁶³ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §27 p. 314 y 315.

¹⁶⁴ROXIN, Autoría y dominio del hecho, §27 p. 315. Así también, PÉREZ ALONSO, Óp. Cit., p. 217

del hecho según las peculiaridades de cada caso. Ello, ciertamente, quiebra cualquier pretensión de seguridad jurídica¹⁶⁵.

Cabe indicar que según la opinión de la doctrina dominante que sigue los planteamientos de la doctrina del dominio del hecho, fundamentalmente la elaborada por ROXIN, el primer requisito objetivo de la coautoría requiere la intervención –con base en la división del trabajo- durante la fase de ejecución del hecho punible como dato mínimo e indispensable para codominar de forma funcional el suceso. De esta manera, todas aquellas contribuciones materializadas durante la fase de preparación del ilícito penal por muy relevantes que sean, no permiten que quienes las llevan a cabo accedan al dominio funcional debiéndose considerar dicha actuación como participación en un hecho ajeno y, por tanto, catalogarse a los sujetos como meros cómplices primarios. Tal afirmación nos permite sostener, asimismo, que en el trasfondo de la reconocida ausencia de claridad alrededor de la composición de la complicidad primaria, lo que existe es un debate por conocer si nos encontramos ante una figura autónoma o simplemente residual. En efecto, lo que hay detrás de las voces discordantes respecto a la complicidad primaria y su mantenimiento en el Derecho positivo, es el intento de buscar razones sólidas que permitan dotarle de fuerza y estabilidad y, a partir de ello, conocer la forma de su

¹⁶⁵Ibidem p. 218

estructuración. Sin embargo, ninguno de los muchos intentos destinados a tal finalidad han ofrecido respuestas que puedan aclarar el panorama, pues, a opinión del tesista, la respuesta al interrogante sobre la naturaleza de la complicidad primaria se encuentra más allá de los parámetros ontologicistas con los que constantemente busca ser explicada, siendo necesario un cambio de perspectiva metodológica.

2.6.) Coautoría y complicidad primaria en la doctrina del dominio del hecho

Conforme ha puesto de relieve LESCH, como la teoría del dominio del hecho considera únicamente autor a quien tiene el dominio sobre el suceso conjunto, ROXIN creó la figura del dominio funcional del hecho para defender a aquella contra la acertada objeción formulada por SCHROEDER según la cual cada coautor domina su parte en el hecho delictivo, pero no el suceso en su conjunto. En efecto, según ROXIN, *“lo peculiar de la coautoría estriba precisamente en que cada individuo domina el acontecer global en cooperación con los demás”, lo que significa que si bien el coautor “no tiene por sí solo el dominio total del hecho”, “tampoco ejerce un dominio parcial”, pues “el dominio completo reside en las manos de varios, de manera que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo así cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global”. Por tanto, conforme la opinión de ROXIN, el*

dominio completo del hecho en la coautoría debe recaer en “las manos de varios” y no sobre cada autor de manera individual.¹⁶⁶

En la misma línea de argumentación y frente a la idea según la cual el criterio del dominio del hecho no se puede aplicar para caracterizar a cada uno de los coautores como autor, en el sentido que cada uno tenga dominio sobre el suceso en su conjunto, ROXIN recurre, además, a otro criterio: la teoría de la necesidad. Conforme a ésta, quien realiza una aportación imprescindible al hecho, sin la cual éste no se habría podido ejecutar, debe ser equiparado a quien ejecuta el hecho de propia mano. A decir de ROXIN, esta teoría “se limita a la distinción entre coautoría y complicidad”¹⁶⁷.

Por lo tanto, según ROXIN, coautor es “todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo emprendido”. Siendo que lo imprescindible del aporte no se determina según un análisis ex post de la causalidad, sino conforme a un juicio hipotético al respecto, en el sentido de “si otro interviniente se hubiese hecho cargo

¹⁶⁶ Cfr. LESCH, *Gemeinsamer Tatenschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, JA, 2000, p. 75

¹⁶⁷ ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, §8, p. 61

de ese aporte y con ello podría haber hecho innecesaria su cooperación”¹⁶⁸.

Los defensores del dominio del hecho reaccionan reconociendo que el partícipe también domina una parte del suceso, sostienen que ese dominio sobre su contribución no es un injusto susceptible de ser calificado como autoría, a diferencia de lo que sucede con el autor quien sí tiene dominio sobre un injusto que posee la calidad de autoría. Como podrá notarse claramente, tal razonamiento nos lleva directamente hacia la teoría objetivo-formal la que guarda una estrecha vinculación con el concepto restrictivo de autor. En esta línea, como ello presupone una diferenciación entre autoría y participación en el plano formal-objetivo de la tipicidad, para la doctrina del dominio del hecho la autoría se caracterizaría por “tener en las manos el desarrollo del suceso típico”¹⁶⁹.

Siendo por ello que LESCH al referirse al proceso de diferenciación entre autores y partícipes ha indicado que “la doctrina tradicional de la intervención en el delito parte de una diferencia cualitativa entre autoría y participación. El fundamento de esa desigualdad se encuentra en la suposición que el autor lleva a cabo su propio hecho específico,

¹⁶⁸ Cfr. LESCH, *Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?*, p. 76

¹⁶⁹ LESCH, *Intervención delictiva*, p. 59

existiendo por tanto un injusto propio del autor que no es, a la vez, el mismo que el de los partícipes”¹⁷⁰. En ese sentido y en lo que concierne a la coautoría, si el dominio del hecho se vincula –a través del concepto restrictivo de autor- a la acción ejecutiva típica, ello supone que el fundamento de la punibilidad del coautor se encuentra en la prestación de un aporte durante la fase de ejecución.

Así lo entiende también nuestra justicia cuando refiere:

“Que, asimismo, de lo expuesto se tiene, como señala el recurrente, que no intervino en la ejecución específica del delito de robo agravado (violencia e intimidación), sin embargo la forma en la cual se desarrollaron los hechos materia de juzgamiento permiten inferir fundadamente que existió un acuerdo previo con los ejecutores materiales del robo, en el que se determinó como función del recurrente conseguir el vehículo que sirvió para la consumación del delito a través de la sustracción y posterior apoderamiento de los bienes objeto de delito, mediante la comisión de otro delito cual fue el robo del camión de HH; que, siendo así, atendiendo a que el recurrente aportó una función esencial para la materialización del hecho delictual durante la fase ejecutiva, cumpliendo con lo que se

¹⁷⁰Ibidem.

*le asignó, se puede afirmar que el hecho también le pertenece, y por ello es coautor del mismo*¹⁷¹.

No obstante, tal afirmación no es de recibo, no sólo porque una diferenciación entre las diversas formas de intervención en el delito no se debe obtener en atención a la ejecución típica del hecho (piénsese, por ejemplo, en la calificación de cómplice de secuestro del cabecilla de la banda de delincuentes que desde su celda dirigió el rapto de un funcionario público, sólo porque no participó en la acción ejecutiva del ilícito), sino también porque se alejaría de lo que LESCH denomina “cánones sociales de imputación” (considerar sólo actor secundario y no principal al compositor que ha elaborado una sonata para un pianista y que ha alcanzado gran preferencia del público, sólo porque aquél no ha intervenido en la ejecución de la pieza musical)¹⁷².

A partir de todo ello, podemos concluir que el concepto de dominio funcional del hecho vinculado a la idea de prestación en fase ejecutiva y aporte esencial para la realización del hecho, no funcional.

2.7.) Coautoría y complicidad primaria en una concepción normativo-valorativa del injusto penal: la organización común única.

¹⁷¹ Ejecutoria Suprema del 7 de Febrero del 2006 (R.N. N° 182-2006. CALLAO); véase también la Sentencia del 14 de abril de 2004 (Exp. N° 3638-2003. LIMA).

¹⁷² LESCH, Intervención delictiva, p. 61

El injusto penal debe ser interpretado en función de las consecuencias jurídicas del Derecho penal: el delito debe ser entendido como afirmación que quebranta la norma y la pena como restablecimiento de su vigencia. Ello es así, porque desde nuestra perspectiva las normas pueden ser caracterizadas -en el plano de la comunicación- como estructuras simbólicas generalizadas que no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación.¹⁷³ En esta línea, la configuración del injusto penal no ocurre en el campo del curso exterior-causal (de lo ontológico), sino en el de la vigencia de la norma, ya que se trata de la toma de postura de los sujetos (de la expresión de sentido), deducida de la realización del hecho, respecto de la obligatoriedad de ésta¹⁷⁴.

Así, en supuestos de comisión conjunta de un ilícito penal, no estamos ante varias voluntades particulares frente a la norma –aunque en el plano fáctico es notorio que sí lo son-, sino ante una única voluntad particular-colectiva (el sujeto global en la definición de KINDHÄUSER) caracterizada por su existencia positiva y exterior y que contiene el significado que posee el suceso causal del mundo exterior para la vigencia de la norma¹⁷⁵. En tal sentido, los diversos comportamientos sólo tienen el único sentido de ser una contradicción de la norma, pero

¹⁷³ LESCH, Intervención delictiva, p. 83.

¹⁷⁴ Cfr. KINDHÄUSER, Óp. Cit., pp. 11-12

¹⁷⁵ LESCH, Intervención delictiva, p. 93

organizada en división de trabajo común. Ello es así, porque la determinación del contenido de las distintas figuras que integran el Derecho penal –por ejemplo, las formas de autoría- no es algo que tenga que serle dado previamente a éste y que, a la vez, simplemente implique un proceso de reconocimiento y adopción, sino que tal concreción debe ser realizada desde el propio Derecho penal¹⁷⁶.

Al respecto habría que indicar que ni en los referidos artículos que regulan la participación en el delito, ni –para nuestro caso- en el CP peruano (arts. 24° y 25°) se alude a la intervención en el hecho antijurídico de otro, sino se hace referencia al prestar auxilio a otro para la comisión de un hecho punible. Con lo que son las propias disposiciones normativo-penales las que ofrecen la posibilidad de atribuir también al partícipe la realización del ilícito penal como propio, en la misma línea que se sigue en este trabajo.

En este contexto, el fundamento de la punición de la coautoría se encuentra en función del denominado objetivo común, pues es debido a éste que las contribuciones de cada uno de ellos se definen como parte del todo. Empero, la existencia de ese objetivo común no depende exclusivamente, como se hace tradicionalmente, de la

¹⁷⁶ Cfr. ROSALES ARTICA, “Concepto normativo del dolo en el Derecho penal”, en: Gaceta Penal, N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 80

“celebración” de un acuerdo o pacto entre los sujetos (caracterizado habitualmente como componente subjetivo de la coautoría), pues resulta cuestionable hacer depender el fundamento de la responsabilidad del coautor de la disposición subjetiva de los intervinientes. Por el contrario, se debe recurrir a la comprobación que la cooperación de los intervinientes al ser interpretada de forma individual, aisladamente considerada, sin la orientación a una meta común y llevada a cabo en división de trabajo coordinada, no admite otra explicación social razonable que el de la vinculación objetiva de los aportes destinado al mismo fin¹⁷⁷.

Ello es así, siguiendo en esto a LESCH, porque “el establecimiento penalmente relevante de la comunidad como coordinación no se encuentra sólo en una comunidad fundamentada simplemente en forma fáctica, sino también en forma normativista”. Para tal propósito será de utilidad poner atención a todo el contexto (incluyendo interacciones previas y posteriores) en el que tuvo lugar el hecho.

A nivel de la justicia nacional, también puede apreciarse que se reconoce la posibilidad de coautoría y no complicidad primariaa nivel

¹⁷⁷ OCTAVIO DE TOLEDO, “La autoría conforme al Código Penal”, p. 5

de actos previos a la ejecución del delito, en correspondencia con lo aquí también pretendido:

“Han participado en el hecho numerosas personas. Más allá de la amplitud del tipo legal, desde luego es posible diferenciar entre conductas de autoría y conductas de participación. Empero, la intervención de los imputados, en el presente caso, debe apreciarse desde la coautoría. Así: son coautores los que de común acuerdo toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho, los agentes intervienen en la co-realización de la acción típica. Salvo muy contadas excepciones, los condenados, en general, adoptaron una decisión conjunta al hecho típico, que es lo que permite vincular funcionalmente los distintos aportes al mismo que llevaron a cabo; cada aportación objetiva al hecho en el estadio de ejecución está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta, y sus aportes fueron tales que sin ellos el hecho no hubiera podido concretarse. Su aporte durante la realización del delito, en su fase ejecutiva, tuvo un carácter necesario, difícilmente reemplazable, esencial o imprescindible; bien condicionó la propia posibilidad de realizar el hecho, o bien redujo de forma esencial el riesgo de su realización.

Cuatro. Así, conectados como parte de un plan, común porque algunos lo idearon y todos lo concretaron progresivamente, los

imputados, sin perjuicio de las tareas específicas que llevaron a cabo, en su conjunto y de modo individual, realizaron indistintamente actos, muchos sólo uno y algunos varios: a) de dirección y de coordinación general del conjunto de sus pasos y del trabajo criminal que implementaron, que incluyó la administración del dinero y la búsqueda y concreción de los aportes individuales, los menos; b) de adquisición o aporte de droga bruta o primaria, materias primas e insumos químicos; c) de elaboración de la droga, previa construcción de un laboratorio clandestino con sus implementos; d) de transporte terrestre, con todo lo necesario para su consecución, incluyendo la facilitación para superar sin problemas los controles policiales; e) de concreción, frustrada, de transporte aéreo a través de aeronaves militares; f) de montaje de una aparente empresa pesquera y adquisición de una nave destinada al transporte final de la droga hacia alta mar; g) de consecución de una estructura inmobiliaria, y de apoyo material y conexión tanto con el barco que se encontraba en alta mar cuanto con su tripulación; h) de carga y descarga de la droga, así como de su almacenaje; e, i) de traslado, frustrado, de la droga hacia alta mar, donde se encontraba el barco de bandera mexicana.

Cinco. Como es evidente, muchos de esos actos, en sí mismos, constituyen actos típicos de ejecución del delito en cuestión, y

alguno de ellos, enlazados con el acto típico intermedio según el plan general, constituyeron un paso imprescindible para su concreción: para la configuración de una empresa, para lograr que el transporte de insumos o de droga cumpliera su cometido, para ubicar e incorporar a las personas y obtener los aportes imprescindibles para que las metas trazadas se cumplieran, etcétera. Así las cosas, en función a las grandes dimensiones de la operación criminal montada al efecto, a las tareas que desarrollaron según el plan, ninguno de los intervinientes, más allá de su nivel directriz o de coordinación sectorial, llevó a cabo todos los elementos del tipo con exclusividad; ninguno tenía el dominio del hecho en su totalidad, con exclusión de los demás, pues en ese caso habría autoría directa unipersonal o plural focalizada en unos cuantos sujetos, y los demás intervinientes serían partícipes.”¹⁷⁸

Así también se ha indicado:

“(…) que, como este Supremo Tribunal ha precisado en otras oportunidades, la coautoría no sólo es la ejecutiva -directa y parcial, sea que todos los autores realicen todos los actos ejecutivos o que entre ellos se produzca un reparto de las tareas

¹⁷⁸ Ejecutoria Suprema del 8 de Junio del 2007 (R.N. N° 828-2007. LIMA). (Las negritas y el subrayado son nuestras). Asimismo, la Ejecutoria Suprema del 23 de Junio del 2011 (R.N. N° 890-2010. LIMA); Ejecutoria Suprema del 21 de Julio del 2004 (R.N. N° 1260-2004. LIMA); Ejecutoria Suprema del 2 de Julio del 2004 (R.N. N° 602-2004. HUÁNUCO)

ejecutivas- sino la no ejecutiva, que se da en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervinientes en la realización de un delito, de tal modo que alguno o algunos de los coautores ni siquiera están presentes en el momento de su ejecución, que es el caso del co-dominio funcional del hecho en base al reparto funcional de roles, en el que además del acuerdo previo en la realización del delito se requiere una contribución material en él, no necesariamente con actos ejecutivos (...).¹⁷⁹

Aunque desde otra perspectiva, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN precisan que en la coautoría, la contribución de los intervinientes para la realización del delito no necesariamente implica que se realice con actos ejecutivos, pues lo importante es que la actuación del interviniente “pueda estimarse como un eslabón importante de todo el acontecer delictivo”, determinando la relevancia o necesidad del aporte “con una consideración concreta atendiendo a las circunstancias del caso”⁴⁸⁸. De ahí que para ambos, la coautoría pueda clasificarse en ejecutiva y no ejecutiva. En la primera, a su vez, puede diferenciarse entre una coautoría ejecutiva directa (todos los autores realizan todos los actos ejecutivos) y una coautoría ejecutiva parcial (existe una repartición de las tareas ejecutivas). De esta forma, por ejemplo, los

¹⁷⁹ Ejecutoria Suprema del 29 de Diciembre del 2004 (R.N. N° 2220-2004. AYACUCHO). Así también, la Ejecutoria Suprema del 7 de Mayo del 2004 (R.N. N° 488-2004. LIMA)

sujetos que en una banda asumen funciones de dirección estrechamente relacionadas con el delito, son coautores aun cuando no estén presentes en su ejecución.¹⁸⁰

Entonces, para imputar coautoría, como sistema de injusto en forma de unión de personas criminales dirigida a un fin, se debe verificar que la realización del ilícito tenga lugar en el marco de una real distribución del trabajo a tal punto que se alcance un “trabajo en equipo”, lo que puede ocurrir de forma paralela o incluso sucesiva (por ejemplo, es coautora la empleada doméstica que por la noche deja sin seguro la puerta de la casa para que alguien pueda ingresar a ella y apropiarse de los bienes que se encuentran ahí, también lo es cuando al percatarse de un robo en la casa abre todas las puertas a fin de facilitar la huida de los atracadores). De ahí que el aporte que ha sido integrado por un actuante en la voluntad particular-colectiva debe significar, por tanto, *“expresión de una «conformidad» o bien de «un solidarizarse» con el quebrantamiento de la norma”*.¹⁸¹

Tal argumentación se puede apreciar también en la siguiente decisión judicial nacional:

“de autos se infiere que el citado encausado YJ, tiene la condición de autor, toda vez que los agentes que reducen a la

¹⁸⁰ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Óp. Cit., pp. 434-435

¹⁸¹ Cfr. LESCH, Intervención delictiva, p. 96

agraviada VSC exigiéndole la entrega de las llaves del Establecimiento para apoderarse ilegítimamente del dinero de la Empresa Perú Shoes Sociedad Anónima, actuaron sobre presupuestos de seguridad tomados a partir del plan desarrollado con intervención de éste, quien por ser empleado de la empresa y conocido de la citada agraviada bajo cuyas órdenes trabajaba, si bien no interviene en la ejecución, pero tan presto como materializan el robo fue ubicado en su domicilio para que recibiera parte del dinero robado; por lo tanto, su conducta al haber intervenido proporcionando información, elaboración del plan y en el resultado, se circunscribe a la de autor y no la de cómplice, toda vez que habiendo participado en el hecho una pluralidad de agentes cada cual con su rol, resulta en tanto aplicar lo dispuesto por el artículo veintitrés del citado dispositivo legal”.¹⁸²

Todo ello deriva en afirmar que el acuerdo común entendido como mutuo acuerdo que tradicionalmente ha sido y es concebido como fundamento y eje de la responsabilidad por coautoría, no constituye elemento sustancial del objetivo común. Como claramente ha sostenido LESCH, coautoría “es la realización del delito mediante la división de trabajo; y en la división de trabajo no se trata de la conformidad de

¹⁸² Ejecutoria Suprema del 8 de marzo del 2000 (Exp. N° 5156-1999. LIMA)

voluntades (recíprocas), sino del reparto del trabajo que debe prestarse para la realización del tipo”¹⁸³.

¹⁸³ LESCH, Intervención delictiva, p. 97.

CAPITULO III

LA RESPONSABILIDAD PENAL Y EL DELITO DE ROBO

AGRAVADO EN EL PERÚ

A.- La responsabilidad penal

El tesista ha visto por conveniente, dada la doctrina actual respecto al tema que trata la responsabilidad penal, abarcar los postulados referentes a la culpabilidad, en razón de la siguiente explicación.

El término responsabilidad es utilizado en diversos sentidos en el ámbito del derecho. Con mucha frecuencia se emplea en derecho procesal penal para indicar que se ha comprobado que el procesado es el autor del delito que debe, por lo tanto, condenado. También se utiliza

para señalar que el autor de una infracción es capaz de actuar penalmente y ser sometido a una pena. Además, un sector de la doctrina¹⁸⁴ recurre a él para concretar una categoría penal que complementa la enumeración de las condiciones que deben comprobarse antes de poder someter a una persona a una sanción penal.

En las últimas propuestas planteadas tendientes a perfeccionar y completar la teoría del delito, el vocablo responsabilidad ha sido empleado para renovar los criterios de la imputación subjetiva del hecho punible. Pero, a pesar de los esfuerzos realizados, la noción de responsabilidad no ha ganado en precisión, pues las definiciones dadas han estado estrechamente relacionadas con las concepciones dogmáticas que han servido de punto de partida a sus autores. Tampoco ha sido fijada su función, ni en la sistemática de la teoría del delito, a nivel de la política criminal. Sin embargo, el análisis de los diferentes planteamientos que ofrece la doctrina permite comprobar que, como casi siempre sucede, el objetivo buscado es el de dar solución más conveniente a algunos casos que no son tratados de manera de responsabilidad se trata, en efecto, de esclarecer por qué, en ciertas circunstancias, no se pena al agente a pesar de que éste ha

¹⁸⁴ROXIN, Claus, 1997, parr. 19 N° 1 ss.

actuado culpablemente, en la medida que el mismo puede seguir el mandato de la norma de comportarse conforme al derecho.¹⁸⁵

La noción de responsabilidad es por lo tanto de índole normativista. Constituye una valoración del hecho típico y antijurídico, que permite determinar si se debe penar al autor culpable en la perspectiva de los fines de prevención del derecho penal. **La responsabilidad supone, en consecuencia, la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena.**¹⁸⁶ Esta concepción permite reforzar la protección de las personas frente a la intervención punitiva del Estado: por un lado, la culpabilidad sigue siendo el fundamento y el límite máximo de la pena y, por otro, ésta no ser agravada por simples razones de prevención general o especial. La necesidad de prevención exige que el autor culpable sólo pueda ser sancionado en caso de ser por prevención indispensable.¹⁸⁷

De acuerdo con la doctrina dominante, la culpabilidad es considerada como el fundamento, la justificación y la *conditio sine qua non* de la pena. El principio “no hay pena sin culpabilidad” se transformado en uno de los pilares fundamentales del derecho pena.¹⁸⁸ Los códigos penales modernos han sido pues elaborados sobre la base del principio

¹⁸⁵HURTADO POZO, José, *Manuel de derecho penal* – Parte Especial, 3º Edición 2005, Editora Grijley, p. 597.

¹⁸⁶Ibidem, p. 598, negrita es nuestra.

¹⁸⁷En este sentido, no es acertada la opinión de VILLAVICENCIO, 2001, p. 186, para quien el uso del término “responsabilidad” en vez de “culpabilidad” se justifica más bien en la intención de “evitar cualquier criterio que se identifique con el retribucionismo”. Cf. CEREZO MIR, 2000, p. 42 ss.

¹⁸⁸HURTADO POZO, José, *Manuel de derecho penal* – Parte Especial, 3º Edición 2005, Editora Grijley, p. 601 y 602. Ésta afirmación es generalmente formulada por los tratados o manuales de derecho penal. Entre los principales trabajos, citemos: ACHENBACH, ROXIN, NOLL, JAKOBS, STRATENWERTH, BAUERMANN, OTTO, BAUMANN, CEREZO MIR.

de la culpabilidad. Su historia es la historia de los esfuerzos realizados con miras a eliminar todo rezago de responsabilidad objetiva.¹⁸⁹

En consecuencia, se puede afirmar que el derecho penal peruano – como todo derecho moderno- es un derecho penal basado en el acto culpable, conforme lo prevé el artículo VII del título preliminar. Los juristas siempre han estado de acuerdo en decir que la culpabilidad es un elemento esencial de la infracción; por eso han definido el delito como la acción típica, antijurídica y culpable.¹⁹⁰

A.1) La Culpabilidad:

Como categoría del delito¹⁹¹ la culpabilidad alude a las condiciones en que un comportamiento antijurídico (prohibido) puede ser atribuido a su autor. Podemos ciertamente estar ante una conducta típica (p. ej. matar) y antijurídica (por no concurrir causa de justificación alguna: p. ej. legítima defensa), pero costaría admitir que el agente responda

¹⁸⁹Ibidem, p.602

¹⁹⁰Ibidem, p. 603, quien hace mención respecto al párrafo descrito a los autores: BRAMONT ARIAS, 1978, p. 268; PEÑA CABRERA, 1995, p. 269; VILLAVICENCIO, 1990, P. 100.

¹⁹¹ Existen posturas que entienden la culpabilidad como un elemento independiente del injusto, y ajeno, en estricto, al concepto de delito. Según HormazábalMalarée: “A nuestro entender, el delito se agota con el injusto. Con la acreditación del injusto queda individualizado el hecho típico y antijurídico, así como su autor doloso o culposo. Tendrá que ser a ese autor doloso o culposo al que tendría que dirigirse el juicio de reproche por haber cometido el injusto cuando podía libremente haberlo evitado. De ello se desprende que la culpabilidad, o cualquiera que sea el nombre que se le dé a la categoría que sea continente de las condiciones para que se pueda responder porqué se ha de penar o no al autor ya individualizado del injusto, es absolutamente independiente de la acción típica. El delito no es acción culpable. El delito es acción típica y antijurídica. La teoría del delito sólo tiene estos dos elementos, pero éstos no son suficientes para llegar a fundamentar la responsabilidad penal del autor. Ésta tiene que hacerse en un momento posterior donde no se trata de determinar una acción culpable, sino un sujeto culpable o responsable personal del injusto”, vid. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Una necesaria revisión del concepto de culpabilidad. En: AA. VV. Cuestiones Actuales del Sistema Penal. Lima, Ara Editores – UNMSM, 2008, p. 220.

penalmente como autor de un delito (p. ej. si el autor del disparo es un enfermo mental).

A.1.1.) Concepto psicológico de culpabilidad: Inicialmente se esbozó un concepto psicológico de culpabilidad, el mismo que se fundaba en una conexión psicológica entre el hecho y su autor. De este modo, la acción era culpable cuando era querida por el agente. Consecuentemente, el dolo estaba ubicado no en sede de tipicidad, sino en la culpabilidad. Esta postura ha quedado en abandono (como se sabe, actualmente el dolo se ubica en sede de tipicidad, constituyendo un elemento del tipo subjetivo).

A.1.2.) Concepto normativo de culpabilidad: Hoy en día la culpabilidad se estructura en atención a la función preventiva del Derecho penal. Si el éxito de la función preventiva depende de que el mensaje normativo (no mates, no robes, no defraudes, socorre a alguien en peligro cuando puedas hacerlo, etc.) llegue en condiciones de ser obedecido, no se podrá hacer responsable a un sujeto no accesible al mandato normativo, esto es, a quien no se le pueda exigir un comportamiento ajustado a derecho. Por lo demás, el principio de igualdad supone, en una de sus vertientes, el tratamiento desigual de los desiguales, como suele ocurrir en el caso de los menores de edad o

personas que no tienen capacidad de conducirse según los mandatos normativos (los que sufren anomalías psíquicas o actúan con miedo insuperable).

El fundamento de la culpabilidad puede encontrarse en la necesidad de pena.¹⁹² Ésta puede afirmarse en sujetos que pueden ser motivados por la norma, quienes responderán penalmente como autores de un delito y se les impondrá una pena. Por el contrario, existen supuestos en los que la pena parece innecesaria, supuestos en los que la renuncia a la pena no afectaría los fines preventivos del derecho penal en atención a las condiciones especiales del agente (menores de edad, personas que sufren alguna anomalía psíquica) o situaciones excepcionales o de anormalidad motivacional (p. ej. miedo insuperable).

Estas últimas situaciones y características, a consideración del tesista, no corresponde analizar, pues corresponde que se entienda a la culpabilidad desde un plano amplio, como la necesidad de la pena, la que ha sido abordada y explicada ampliamente.

¹⁹² En un inicio, se consideró que el fundamento de la culpabilidad residía en la “posibilidad de actuar de otro modo”. Esta postura, que parte del concepto de libre voluntad o libre albedrío, es criticada porque la libre voluntad es un concepto metafísico –indemostrable– y porque no sería posible verificar empíricamente que el agente pudo actuar de otro modo.

A.1.3.) La Imputabilidad:

La imputabilidad atiende a la suficiente capacidad (psíquica) de motivación del autor por la norma penal. En otras palabras, son las condiciones necesarias para que un sujeto pueda comprender la ilicitud de su conducta. Dicha capacidad se excluye en determinados casos, los mismos que están previstos en la norma penal. En este orden de ideas, la imputabilidad constituye un presupuesto de la culpabilidad.

Cabe precisar, que no corresponde analizar las referidas condiciones necesarias para la imputabilidad de un sujeto, pues la presente investigación, gira en torno al análisis del delito de Robo Agravado en el Perú, y el concepto de imputabilidad que se aborda, son de manera referencial respecto a la culpabilidad.

B.- EL DELITO DE ROBO EN EL DERECHO PENAL PERUANO

B.1.) NATURALEZA DEL DELITO DE ROBO

Antes de analizar los supuestos delictivos del robo nos parece necesario analizar brevemente las teorías que se han planteado en doctrina para explicar la naturaleza jurídico-legislativa de la figura delictiva de robo. Así tenemos tres teorías:

B.1.1.) El robo como variedad del hurto agravado

Esta teoría sostiene que como el robo tiene los mismos elementos constitutivos del hurto como son el mismo bien jurídico protegido, apoderamiento mediante sustracción, ilegitimidad de la acción, bien mueble total o parcialmente ajeno, finalidad de lucro, etc., aquel constituye una modalidad del hurto agravado, debido a que solo se diferencia por los modos facilitadores de la acción, esto es, el uso o empleo por parte del agente de la violencia sobre las personas o la amenaza en contra de las personas. Legislativamente, esta posición tiene cabida en el Código Penal colombiano, en el cual se regula la figura del robo como una modalidad del hurto.

Esta postura que en teoría puede ser atinada, técnicamente no es la más afortunada pues, al menos en nuestra legislación como veremos

más adelante, muchos supuestos de robo agravado se diferencian abismalmente de la figura del hurto.

B.1.2.) El robo como delito complejo

Teóricos como Bramont-Arias Torres y García Cantizano sostienen que como en la figura del robo concurren elementos constitutivos de otras figuras delictivas como son coacciones, lesiones, uso de armas de fuego, incluso muerte de personas, estamos ante un delito complejo.

Este razonamiento si bien a primera impresión puede parecer sólido e impecable, se desbarata inmediatamente al advertir que en la mayoría de delitos concurren elementos que a la vez pertenecen a otros hechos punibles. En consecuencia, sostener esta postura significa afirmar que la mayoría de delitos son de naturaleza compleja, lo cual es jurídicopenalmente errado.

Así, en determinados delitos concurren elementos constitutivos que conforman también la tipicidad tanto objetiva como subjetiva de otros. Delitos, pero desde el momento en que se combinan con otros elementos en la construcción de un tipo penal, automáticamente se convierte en un delito autónomo. Incluso las submodalidades se convierten en supuestos delictivos autónomos. En suma, no es tan cierto que el robo sea un delito complejo¹⁹³.

¹⁹³ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1015.

B.1.3.) El robo es de naturaleza autónoma

La posición actual mayoritaria en doctrina sostiene que al intervenir los elementos violencia o amenaza en la construcción del tipo penal, automáticamente se convierte en figura delictiva particular, perfectamente identificable y diferenciable de las figuras que conforman el hurto¹⁹⁴.

No obstante, no le falta razón a Rojas Vargas¹⁹⁵ cuando afirma que el consenso logrado en tal sentido, no puede soslayar cuestionamientos basados en argumentos de impecable racionalidad y coherencia discursiva que nos previenen el no olvidar que, pese a los consensos obtenidos, el robo no es muy diferente al hurto, así como que su estructura típica no está alejada de la tesis de la complejidad, sobre todo en el modelo peruano que incluye especies de robo agravado con lesiones, resultados de muerte y lesiones graves.

B.2.) DIFERENCIAS SUSTANCIALES ENTRE HURTO Y ROBO

De la lectura de los textos de doctrina y de los tipos penales que regula nuestro Código Penal, las figuras del hurto y el robo tienen claras diferencias. Pedagógicamente, las diferencias sustanciales y más importantes son las siguientes:

¹⁹⁴ PEÑA CABRERA, Alonso, 1993, p. 69

¹⁹⁵ ROJAS VARGAS, Fidel, 2000b, p. 344

- a. Al desarrollarse la conducta del robo necesariamente debe concurrir la violencia contra la persona o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física; en el hurto aquellos elementos no aparecen, salvo que se haga uso de la violencia, pero contra las cosas.
- b. La conducta desarrollada por el agente en el hurto es subrepticia o clandestina, esto es, la víctima muchas veces se entera cuando el delito se ha consumado, en tanto que en el robo, la conducta es evidente y notoria para el sujeto pasivo.
- c. Se exige determinado valor económico del bien sustraído en el hurto simple, en tanto que en el robo básico no se exige cuantía, basta que se determine algún valor económico.
- d. El delito de robo es pluriofensivo, pues aparte de lesionar el patrimonio, ataca bienes jurídicos como la propiedad, la libertad, la integridad física, la vida de la víctima; mientras que en el hurto solo se lesiona el patrimonio y a veces la propiedad cuando se utiliza la violencia sobre las cosas.
- e. La pena es mucho mayor para las conductas de robo simple y agravado que para el hurto simple y agravado¹⁹⁶.

B.3.) EL ROBO SIMPLE

¹⁹⁶ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1016.

B.3.1.) Tipicidad objetiva

El robo es un delito de apoderamiento mediante sustracción al igual que el hurto, pero con empleo de violencia y/o grave amenaza sobre las personas, para de tal modo anular su voluntad de defensa y obtener la sustracción/apoderamiento en evidentes condiciones de ventaja y dominio, lo que lo diferencia sustantivamente del hurto y de los demás delitos patrimoniales¹⁹⁷. Se concluye que en la figura del robo concurren la mayoría de los elementos objetivos del delito de hurto simple, éstos son; la acción de apoderar, ilegitimidad del apoderamiento, acción de sustracción, bien mueble total o parcialmente ajeno, violencia y amenaza, empleo de violencia contra las personas.

B.3.2.) Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido de modo directo es el patrimonio representado por el derecho real de posesión primero y después por la propiedad. Pues en todos los casos, siempre la sustracción y consecuente apoderamiento será contra el poseedor de bien mueble objeto del delito. Esto es, la acción del agente es dirigida contra la persona que ostenta o tiene la posesión del bien mueble que muy bien puede coincidir con el propietario o un simple poseedor legítimo temporal del bien. En la figura del robo, bastará verificar contra qué persona se utilizó la violencia o la amenaza con un peligro inminente

¹⁹⁷ ROJAS VARGAS, Fidel, 2000b, p. 359

para su vida o integridad física y acto seguido, se le solicitará acredite la preexistencia del bien mueble, circunstancia con la cual hace su aparición el propietario del bien.

En este sentido, se pronuncia la ejecutoria del 17 de junio de 2003, cuando la Sala Suprema Penal Transitoria argumenta que:

“como se advierte del proceso, no obstante la imputación coherente de la agraviada Dora Clementina Loayza Meneses en contra del encausado Aurelio TincopaTobayo y del reservado Edgar Gualberto Flores, a quienes sostiene conocer de vista, precisando además que la mayor parte del dinero sustraído, había sido retirado del Banco de Crédito; es del caso señalar, que la citada agraviada, no cumplió con acreditarla preexistencia del referido dinero, pese a haber sido requerida para tal efecto; asimismo, obra de autos los informes de los Bancos de la Nación y de Crédito, en el sentido que la citada agraviada no posee cuenta corriente o de ahorro en dichas entidades, tal como aparece a fojas doscientos dieciocho y doscientos veintidós”¹⁹⁸).

B.3.3.) Sujeto activo

¹⁹⁸ Expediente N° 3337-2001 -ICA, en ROJAS VARGAS, 2005, p. 259.

De la redacción del tipo penal del artículo 188, se desprende que no se exige la presencia de alguna cualidad especial en el sujeto activo o agente del delito de robo por lo que sin duda, autor puede ser cualquier persona natural. La única condición que se establece en la hermenéutica es que el agente no sea el propietario exclusivo del bien, pues el bien objeto del delito debe ser *“total o parcialmente ajeno”*. Esta última circunstancia también orienta que fácilmente un copropietario o coheredero puede constituirse en sujeto activo del delito de robo y ello solo podrá ocurrir, siempre y cuando, aquel copropietario no ostente la posesión del bien mueble. Si por el contrario, tiene la posesión del bien no habrá robo, pues no se habría materializado la sustracción violenta o bajo amenaza¹⁹⁹.

B.3.4.) Sujeto pasivo

También sujeto pasivo o víctima de robo será el propietario del bien mueble y, en su caso, junto a él también será el poseedor legítimo del bien cuando a este se le hayan sustraído. Asimismo, muy bien la persona jurídica puede constituirse en sujeto pasivo del robo cuando se hayan sustraído bienes muebles de su propiedad.

Así, cuando en un caso concreto, la persona que resistió la sustracción violenta del bien no es el propietario, habrá dos sujetos pasivos del hecho punible de robo: el titular del bien mueble y el poseedor legítimo.

¹⁹⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1031.

B.3.5.) Tipicidad subjetiva

La tipicidad subjetiva del supuesto de hecho del robo comporta, igual que el hurto, dolo directo, pero posee un ingrediente cognoscitivo-volitivo mayor: el conocimiento por parte del sujeto activo que está haciendo uso de la violencia o amenaza grave sobre la persona y la voluntad de actuar bajo tal contexto de acción, es decir, de utilizar tales medios para lograr o facilitar el apoderamiento del bien mueble²⁰⁰. No obstante, aparte del dolo directo, es necesario un elemento subjetivo adicional, particular o específico como es el ánimo de lucro, esto es, el agente actúa movido o guiado por la intención de sacar provecho del bien mueble sustraído. Si en determinado caso concreto, el *animus lucrandi* no aparece, no se configura el hecho punible de robo.

B.3.5.) Antijuridicidad

La conducta típica de robo simple será antijurídica cuando no concurra alguna circunstancia prevista en el artículo 20 del Código Penal que le haga permisiva, denominadas causas de justificación, como puede ser la legítima defensa, estado de necesidad justificante, consentimiento válido de la víctima para la sustracción, etc. Si por el contrario, en un caso particular, el operador jurídico llega a la conclusión de que concurre, por ejemplo, consentimiento válido de la víctima para que el

²⁰⁰ ROJAS VARGAS, Fidel, 2000b, p. 364

agente se apodere de su bien mueble, así se verifique que este último actuó con violencia, la conducta será típica de robo simple, pero no antijurídica y, por tanto, irrelevante penalmente.

B.3.6.) Culpabilidad

La conducta típica y antijurídica del robo simple reunirá el tercer elemento del delito denominado culpabilidad, cuando se verifique que el agente no es inimputable; esto es, no sufre de anomalía psíquica ni es menor de edad; después se verificará si el agente conocía o tenía conciencia de la antijuridicidad de su conducta, es decir; si sabía que su actuar era ilícito o contra el derecho. Aquí perfectamente puede presentarse la figura del error de prohibición, prevista en el artículo 14 del CP, la cual ocurrirá cuando el agente sustrae violentamente un bien que posee la víctima en la creencia errónea que aquel bien es de su propiedad, o cuando el sujeto activo se apodera violentamente de un bien mueble creyendo erróneamente que cuenta con el consentimiento de la víctima²⁰¹.

B.3.7.) Tentativa

Es común afirmar que el delito de robo simple al ser de lesión o de resultado, cabe perfectamente que la conducta del agente se quede en

²⁰¹ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1032.

tentativa. En efecto, estaremos ante una tentativa de robo cuando el agente ha dado inicio a la sustracción del bien haciendo uso de la violencia o amenaza y luego se desiste, o cuando el agente no logra sustraer el bien por oposición firme de la víctima o es sorprendido por terceros en los instantes en que se encuentra en plena sustracción de los bienes y lo detienen, o cuando está en fuga con el bien sustraído y es detenido por un tercero que muy bien puede ser un efectivo de la Policía Nacional.

Si sostenemos que el apoderamiento se constituye en el instante en que el agente toma en su poder el bien después de haberlo sustraído, llegaremos a la conclusión de que teniendo en su poder el bien ya habrá robo consumado, así el agente haya sido detenido dándose a la fuga; en cambio, si sostenemos que hay apoderamiento desde el instante en que el agente tiene la disponibilidad real o potencial del bien, esto es, puede disponer libremente del bien sustraído, llegaremos a la conclusión de que habrá tentativa cuando el agente es sorprendido y detenido en plena huida del lugar después de haber despojado de la posesión de su bien mueble a la víctima. Aquí se trata de una tentativa acabada o lo que en forma inapropiada algunos denominan robo frustrado.

B.3.8.) Consumación

De los argumentos expuestos para la tentativa, se concluye que habrá conducta punible de robo consumado cuando el agente ha logrado apoderarse y por tanto tiene la posibilidad real o potencial de disponer libremente del bien mueble sustraído a la víctima. En la doctrina peruana y a nivel jurisprudencial, se ha impuesto la teoría de la disponibilidad como elemento fundamental para diferenciar la tentativa de la consumación. En otros términos, en el Perú es común sostener y afirmar que se ha impuesto la teoría de la *ablatio*. Esta teoría sostiene que el robo se consuma cuando se traslada el bien mueble sustraído a un lugar donde el agente tenga la posibilidad de disponerlo. La consumación tiene lugar en el momento mismo que luego de darse por quebrantada la custodia o vigilancia ajena, surge la posibilidad de disposición real o potencial del bien mueble por parte del agente.

La posibilidad real o potencial de disponer, por mínima que sea, constituye un hito fundamental para entender y comprender perfectamente la consumación y su diferencia con la tentativa. Sin embargo, la posibilidad de disposición que tenga el agente debe ser libre, espontánea y voluntaria sin más presión que el temor de ser descubierto, esto es, la voluntad de disposición del bien por parte del agente no debe estar viciada por presiones externas como ocurriría, por ejemplo, cuando al estar en plena huida del lugar donde se produjo la sustracción, el agente es inmediatamente perseguido. Sin duda, al momento de la fuga, el sujeto activo puede tener la posibilidad de

disponer del bien ya sea destruyéndole o entregándole a un tercero, etc., pero ello de ningún modo puede servir para afirmar que aquel ha consumado el delito.

Los Jueces Supremos de las Salas Penales permanente y transitoria, el 30 de setiembre de 2005 se reunieron en Sala Plena y emitieron el Acuerdo Plenario N° 1-2005 que establece:

“En el delito de robo agravado, el factor que define la consumación es la posibilidad de disposición potencial del bien, la misma que no existe cuando el agente es capturado en el momento o inmediatamente después de producida su huida, supuesto en el cual nos encontramos ante una tentativa de robo agravado. En este sentido, se entiende que nuestro Código Penal se adhiere a la teoría de la ablatio (posibilidad de disponer del bien)²⁰²”.

Esta es la línea jurisprudencial consolidada. Así, la ejecutoria suprema del 22 de mayo de 2008 argumenta que:

“el delito de robo es aquella conducta por la cual el agente se apodera mediante violencia o amenaza de un bien mueble total

²⁰² Según acta de la sesión del pleno jurisdiccional de Jueces Supremos en lo penal, publicada en la página web del Poder Judicial. El acta fue firmada por los Jueces Supremos: Hugo Sivina Hurtada Robinson González Campos, César San Martín Castro, Eduardo Palacios Villar, José Lecaros Corneja José Balcázar Zelada, Hugo Molina Ordóñez, Adolfo Barrientos Peña, César Vega Vega y Hugo Príncipe Trujillo.

o parcialmente, privando al titular del bien jurídico del ejercicio de sus derechos de custodia o posesión, asumiendo de hecho la posibilidad objetiva de realizar actos de disposición”²⁰³.

En aplicación estricta del artículo 301-A, en concordancia con el numeral cuarto, artículo 80 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, este acuerdo por ser producto de la Sala Plena es de cumplimiento imperativo u obligatorio, y vincula a todos los órganos judiciales encargados de administrar justicia penal hasta que otro Pleno Jurisdiccional Supremo lo modifique. Es decir, de esta disposición plenaria ningún órgano judicial puede apartarse. Solo lo podrá hacer otra Sala Plena de los Jueces Supremos en lo Penal. Ello aun cuando en los Acuerdos Plenarios se señala que los Jueces se pueden apartar de la doctrina legal, siempre y cuando se expongan los respectivos argumentos²⁰⁴.

B.3.8.) Autoría y participación

Autor o agente será aquella persona que realiza todos los elementos objetivos y subjetivos de la conducta descrita en el tipo penal del artículo 188. Nuestra Corte Suprema, fundándose en la teoría del

²⁰³ R.N. N° 813-2008-La Libertad, Segunda Sala Penal Transitoria, en REÁTEGUI SÁNCHEZ, 2010, p. 257. En b misma línea jurisprudencial, la ejecutoria del 22 de abril de 2008 en el R.N. N° 675-2008-Lambayeque y la ejecutoria del 5 de setiembre de 2007, R.N. N° 501-2007-Piura

²⁰⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1038

dominio del hecho para definir a la autoría, por ejecutoria suprema del 2 de octubre de 1997, en forma pedagógica enseña que: *“en el proceso ejecutivo del delito es autor y no cómplice, aquel que ha realizado de propia mano todos los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo, lo que permite afirmar a la luz de la moderna teoría del dominio del hecho, que el sentenciado ha sostenido las riendas del acontecer típico o la dirección del acontecer, habiendo tenido a la vez la posibilidad de evitar el resultado”*²⁰⁵.

No cabe la coautoría en el robo simple toda vez que si en un caso concreto participan dos o más personas haciendo uso de la violencia o amenaza contra las personas estamos ante la figura del robo agravado, previsto en el inciso 4 del artículo 189 del Código Penal. No obstante, es perfectamente posible que haya partícipes ya sea como instigadores, cómplices primarios o cómplices secundarios; circunstancias que el operador jurídico deberá evaluar según lo establecido en el artículo 25 del Código Penal. Serán casos de robo simple con plurisubjetividad cuando el agente amenaza o practica actos de violencia tendientes a la sustracción/apoderamiento, mientras otra persona que participa como cómplice vigila o espera en un vehículo para la fuga o huida (o facilita con conocimiento, la motocicleta o automotor). Los aportes de quienes facilitan informaciones valiosas,

²⁰⁵ Expediente N° 4354-97-Callao, en ROJAS VARGAS, 1999, p. 159. Los mismos argumentos se reproducen en la ejecutoria suprema de 9 de junio de 2004 en el Expediente N° 253-2004-Ucayali-Sala Penal Suprema Transitoria.

pero no intervienen en el hecho también definen un cuadro de complicidad necesaria o primaria en relación al hecho del autor, quien domina y decide el curso de la acción ilícita²⁰⁶: *“La complicidad se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores”*²⁰⁷.

B.3.9.) Penalidad

El agente o autor de robo simple será merecedor de la pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años, según la última modificación del artículo 188, ocurrida por Ley N° 27472, publicada el 5 de junio de 2001²⁰⁸.

B.4.) EL DELITO DE ROBO AGRAVADO

B.4.1) Tipo penal

²⁰⁶ ROJAS VARGAS, Fidel, 2000b, p. 393

²⁰⁷ Ejecutoria Suprema, 22-03-1999, Expediente N° 64-99-La Libertad, en Revista Peruana de Jurisprudencia Año 1, N° 2, 1999, p. 326. Idéntica posición se recoge en la Ejecutoria del 11 de mayo de 2004, Expediente N° 3743-2003-Callao, en CASTILLO ALVA, 2006b, p. 334

²⁰⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1041.

El delito de robo agravado en todas sus modalidades, tan frecuente en los estrados judiciales, se encuentra previsto en el artículo 189 del Código Penal. Quizá su frecuencia constituya uno de los motivos por los cuales el legislador en casi veinte años de vigencia de nuestro maltrecho Código Penal, ha modificado en varias oportunidades el numeral 189, para finalmente, con las Leyes N° 30076 y 30077 de agosto de 2013, se ha vuelto a modificar la fórmula legislativa del robo agravado, quedando el mismo con el texto siguiente:

La pena será no menor de doce ni mayor de veinte años si el robo es cometido:

1. *En inmueble habitado.*
2. *Durante la noche o en lugar desolado.*
3. *A mano armada.*
4. *Con el concurso de dos o más personas.*
5. *En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.*

6. *Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador del sector privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.*
7. *En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
8. *Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.*

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

1. *Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.*
2. *Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.*
3. *Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.*
4. *Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.*

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le causa lesiones graves a su integridad física o mental.

B.4.2) Tipicidad objetiva

Se define al robo agravado como aquella conducta por la cual el agente haciendo uso de la violencia o amenaza sobre su víctima, sustrae un bien mueble total o parcialmente ajeno y se apodera ilegítimamente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, concurriendo en el accionar alguna o varias circunstancias agravantes previstas expresamente en nuestro Código Penal.

El robo agravado exige la verificación de la concurrencia de todos los elementos objetivos y subjetivos de la figura del robo simple, luego debe verificarse la concurrencia de alguna agravante específica, caso contrario, es imposible hablar de robo agravado. Como lógica consecuencia el operador jurídico al denunciar o abrir proceso por el delito de robo agravado, en los fundamentos jurídicos de su denuncia o auto de procesamiento, primero deberá consignar el artículo 188 y luego el o los incisos pertinentes del artículo 189 del CP. Actuar de otro modo, como hemos tenido oportunidad de ver en la práctica judicial de solo indicar como fundamento jurídico algún inciso del artículo 189 sin invocar el 188, es totalmente errado, pues se estaría imputando a una persona la comisión de una agravante de cualquier otro delito, pero no precisamente del delito de robo²⁰⁹.

²⁰⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1042.

En la misma línea, en la ejecutoria suprema del 5 de setiembre de 2007, se argumenta que:

“cabe hacer mención que el robo agravado deriva del tipo básico de robo simple..., por lo que no basta invocar solamente el artículo ciento ochenta y nueve del mencionado texto legal, cuando se realiza la subsunción de la conducta, pues en el fondo esta norma no describe conducta delictiva alguna, sino que contiene circunstancias bajo las cuales la conducta básica del delito de robo se agrava, en consecuencia, debe precisarse que la conducta delictiva imputada corresponde al tipo penal básico”²¹⁰.

Para no volver a repetir el contenido de todos los elementos objetivos y subjetivos del injusto penal de robo, válidos para el robo con agravante, la hermenéutica jurídica del artículo 188 del CP, pasaremos a analizar las diversas circunstancias que lo agravan.

B.4.3) Circunstancias agravantes

Ahora corresponde analizar cada una de las circunstancias que agravan la figura del robo lo que merece mayor sanción punitiva:

²¹⁰ R.N. N° 501-2007-Piura.

a. Robo en inmueble habitado

La Ley N° 30076 ha modificado esta primera circunstancia agravante del robo. Antes era en casa habitada ahora ha cambiado a inmueble habitado. De modo que la primera agravante de la figura delictiva de robo se verifica cuando aquel se efectúa o realiza en inmueble habitado. La acción realizada por el agente afecta diversos bienes jurídicos protegidos por el Estado por considerarlos fundamentales para una armoniosa convivencia social, como son afectación al patrimonio, inviolabilidad del domicilio y eventualmente afectación a la vida, la integridad física, la libertad sexual, el honor, etc., de los moradores del inmueble. Se afecta también de modo abrupto la intimidad entendida como el derecho que le asiste a toda persona de tener un espacio de su existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando interferencias de terceros, permitiendo de ese modo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad.

Desde el momento en que se toma como referencia que el inmueble debe servir de morada o vivienda para la víctima, resultan excluidos de la agravante los edificios que sirvan para negocios, los colegios, las oficinas, los locales de instituciones públicas o privadas. En términos más gráficos y contundentes, un robo cometido en un colegio o en local de una universidad no constituye agravante, a este se realice cuando

estudiantes, profesores y trabajadores administrativos se encuentren en pleno ejercicio de sus labores.²¹¹

b. Robo durante la noche

Constituye agravante el realizar o ejecutar el robo aprovechando la circunstancia de la noche, entendida como el lapso en el cual falta sobre el horizonte la claridad de la luz solar. Esto es importante tenerlo en cuenta puesto que así el horizonte iluminado por una hermosa luna llena o por efectos de luz artificial, la agravante igual se configura. El agente debe buscar la noche para realizar su accionar de tracción ilegítima de bienes, pues sabe que la protección de los bienes muebles parte de la víctima se ha relajado y que tendrá mayores posibilidades de consumar el hecho al sorprender a su víctima.

Es común sostener que el fundamento político criminal de esta agravante radica en que la noche es un espacio de tiempo propicio para cometer el robo, a presuponer la concurrencia de los elementos: oscuridad, mínimo riesgo para el agente y facilidad mayor para el apoderamiento al relajarse las defensas por parte de la víctima y presupone condiciones de mejor ocultamiento para el sujeto activo del delito y evitar de ese modo ser identificado por la víctima.

²¹¹ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1044.

La consumación o perfeccionamiento del robo tiene que hacerse durante la noche. Si en un caso concreto se llega a determinar que los actos preparatorios se hicieron en el día y la consumación se produjo en la noche se configura la agravante; mas no concurrirá agravante si llega a determinarse que los actos preparatorios se hicieron aprovechando la noche, pero la sustracción violenta se produjo en el día.²¹²

c. Robo en lugar desolado

Esta circunstancia agravante es nueva en nuestra legislación. En el Código Penal derogado de 1924, no aparece esta agravante. En cambio, el Código de 1863 utilizó la frase “robo en despoblado o en camino público”, que tiene una connotación totalmente diferente a robo en lugar desolado. En efecto, mientras que robo en lugar despoblado significa que la acción se realiza en un lugar donde normalmente no hay población, el lugar es solitario; el robo en lugar desolado significa que la acción transcurre en un lugar que normalmente o circunstancialmente se encuentra sin personas. Esto es, puede ser en un lugar despoblado como también puede ser un lugar poblado, pero que en forma circunstancial o eventual se encuentra sin pobladores.²¹³

²¹²Ibidem, pág. 1045.

²¹³ROJAS VARGAS, FIDEL, 2000b, p. 410.

En tal sentido, Rojas Vargas, enseña que lugar desolado será tanto d espacio físico sin población como el ámbito poblado que por factores diversos halle sin gente: zonas industriales, calles extensas y solitarias, caminos, carretera, zonas rurales alejadas de los pueblos o ciudades, estadios, plazas, teatros vacíos de gente, etc.

La ubicación de la víctima en el espacio al que le conlleva su desamparo, desprotección, la ausencia de posibilidad de auxilio, la facilidad para la fuga y de ocultamiento, facilitan la realización del robo por parte del agente y naturalmente fundamentan la agravante en análisis.

d. Robo a mano armada

El robo a mano armada se configura cuando el agente porta o hace uso de un arma al momento de apoderarse ilegítimamente de un bien mueble de su víctima. Por arma, se entiende todo instrumento físico que cumple en la realidad una función de ataque o defensa para el que la porta. En tal sentido, constituyen arma para efectos de la agravante: arma de fuego (revólver, pistolas, fusiles, carabina, ametralladoras, etc.), arma blanca (cuchillo, verdugillo, desarmador, navaja sables, serruchos, etc.) y armas contundentes (martillos, combas, piedras, madera fierro, etc.).

Por ejemplo, la ejecutoria del 8 de mayo del 2003, emitida por la! Penal Transitoria, da cuenta de un caso concreto en el cual el agente para lograr objetivo de sustraer los bienes del agraviado utilizó como arma un desarmador. En efecto, la citada ejecutoria argumentó: *“Que durante la secuela del procesado el Colegiado ha evaluado y meritudo las pruebas actuadas estableciendo la responsabilidad penal de Rubén Sánchez Fuertes en la comisión del delito contra el Patrimonio Robo Agravado, quien en compañía de dos menores de edad interceptó a los agraviados Ruth Jacqueline Flores Aliano y Marco Antonio Cruzado Porras, despojándolos de sus pertenencias consistentes en un reloj de dama y una gorra de dril color azul, para cuyo fin el citado procesado utilizó un desarmador con el fin de intimidarlos”*²¹⁴.

La sola circunstancia de portar el arma por parte del agente a la vista de la víctima, al momento de cometer el robo, configura la agravante. Si en un caso concreto se verifica que el autor portaba el arma, pero nunca lo vio su víctima, la sustracción-apoderamiento ocurrida no se encuadrará en la agravante en comentario. Para efectos de la hermenéutica de la agravante y aplicarlo a un hecho concreto, no resulta de utilidad diferenciar si realmente se hizo uso del arma o solo se portó a vista del sujeto pasivo, pues al final en ambos supuestos el

²¹⁴ Expediente N° 2757-Lima, en ROJAS VARGAS, 2005, II, p. 253. Idéntica situación da cuenta la Ejecutoria del 21 de enero de 2003 en la cual los procesados hicieron uso de un arma de fuego para reducir al agraviado y conseguir su objetivo. Expediente N° 2567-2003, en CASTILLO ALVA, 2006b, p. 364.

agente demuestra mayor peligrosidad y atemoriza a su víctima de tal forma que no pone resistencia a la sustracción de sus bienes.

Por otro lado, *“el robo agravado con utilización de arma de fuego como instrumento para ejecutarlo no puede ser considerado como delito independiente, conforme lo ha establecido esta Sala Penal en numerosas ejecutorias, pues dada la naturaleza del acto ilícito, el delito de tenencia ilícita de armas se subsume en el inciso cuarto del artículo 189 del Código Penal”*²¹⁵. Igual posición se reitera en la ejecutoria suprema del 26 de julio de 1999 al sostener la Suprema Corte que: *“el delito de robo con utilización de arma de fuego como instrumento para ejecutarlo, configura el delito de robo agravado y por ende no cabe que se considere dos delitos autónomos, pues el uso de armas en la ejecución de un robo constituye un sub tipo agravado del delito de robo. Así también se pronuncia la ejecutoria del 17 de enero de 2003 cuando la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, argumenta: “Que, en el presente caso se ha procesado también por el delito de tenencia ilegal de armas de fuego, sin embargo de los actuados se aprecia que el delito de robo agravado fue ejecutado utilizando un arma de fuego, por lo que no puede ser considerado como delito independiente, sino que se encuentra subsumido en una de las*

²¹⁵ Ejecutoria Suprema del 29-03-1996, Expediente N° 437-96. Lima, en Revista Peruana de Jurisprudencia, Año I, N° 2, 1999, p. 344.

agravantes del delito de robo conforme lo ha establecido la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia”.

Esta correcta posición adoptada por nuestro máximo tribunal de justicia, debe ser tomada en cuenta por el operador jurídico de las instancias inferiores con la finalidad de desterrar la errada práctica judicial que en robos con uso de armas de fuego, se formalicen denuncias y se inicien procesos penales por robo agravado a mano armada y, a la vez, por el delito de tenencia ilegal de armas. Asimismo, para efectos de la calificación de la agravante es irrelevante determinar si la posesión del arma de fuego por parte del agente es legítima o ilegítima.

Sin embargo, si luego del robo con el uso de armas de fuego, el agente sigue en posesión del arma y en tales circunstancias es intervenido por la Policía Nacional, el agente será autor de dos delitos independientes: robo agravado por uso de arma de fuego y tenencia ilegal de armas. En este sentido se ha pronunciado una reciente ejecutoria suprema, al sostener en el considerando séptimo que: *“respecto al delito de tenencia ilegal de armas imputado a Juan Carlos Sandoval Sánchez, cabe puntualizar que, en el presente caso, el delito de robo agravado por la utilización de armas de fuego no subsume su contenido de ilicitud, pues la posesión ilegítima del arma de fuego se prolongó en el*

*tiempo hasta tres días después de consumado el citado delito patrimonial, circunstancia que dota de autonomía material a ambos delitos*²¹⁶.

La agravante se fundamenta en el notorio desvalor de la acción que supone el reforzar la acción instrumental de la violencia o la amenaza con elementos físicos contundentes que facilitan la realización del delito, ponen en riesgo la vida y la integridad físico-mental de la víctima, perturban el sentimiento colectivo de seguridad y aseguran en gran modo la impunidad inmediata del sujeto activo. A través de tal actitud, el sujeto activo revela especial peligrosidad y pone de manifiesto un enfático desprecio por los riesgos y efectos previsibles de su comportamiento para con la víctima y la sociedad²¹⁷.

e. Robo con el concurso de dos o más personas

Esta agravante quizá sea la más frecuente en la realidad cotidiana y, por ello, haya sido objeto de innumerables pronunciamientos judiciales aun cuando no se ha logrado establecer su real significado. Los sujetos que se dedican a robar bienes muebles, lo hacen acompañados con la finalidad de facilitar la comisión de su conducta ilícita, pues por la pluralidad de agentes merman o aminoran en forma rápida las

²¹⁶ R.N. N° 1168-2008-La Libertad, en Gaceta Penal y Procesal Penal, T. 1, julio 2009, p. 143.

²¹⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1052.

defensas que normalmente tiene la víctima sobre sus bienes; radicando en tales supuestos el fundamento político criminal de la agravante.

En la doctrina peruana siempre ha sido un problema no resuelto el hecho de considerar o no a los partícipes en su calidad de cómplices o instigadores en la agravante en comentario. En efecto aquí existen dos vertientes o posiciones. Unos consideran que los partícipes entran en la agravante. Para que se concrete esta calificante, Peña Cabrera²¹⁸ afirmaba sin mayor fundamento: es suficiente que el robo se realice por dos o más personas en calidad de partícipes. No es exigible acuerdo previo; solo es necesario participar en el delito de cualquier forma: coautoría o complicidad.²¹⁹

En tanto que la otra posición que asume en mayoría la doctrina, sostiene que solo aparece la agravante cuando las dos o más personas que participan en el robo lo hacen en calidad de coautores. Es decir, cuando todos con su conducta teniendo el dominio del hecho aportan en la comisión del robo. Para saber cuándo estamos ante la figura dogmática de coautoría en esta agravante, cabe glosar la ejecutoria suprema del 9 de octubre de 1997, en la cual haciendo pedagogía nuestro máximo Tribunal ha sostenido:

²¹⁸ PEÑA CABRERA, Raúl, 1993, p. 82.

²¹⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1054.

*“teniéndose en cuenta que toda forma de autoría en los delitos dolosos de resultado, como es el caso de autos, sea en su modalidad directa, mediata, o de coautoría, se caracteriza por el dominio del hecho, la coautoría requiere que quienes toman parte en la ejecución obren con dominio funcional; es así que en el caso sub iúdice como los agentes perpetraron los robos con una decisión común, en cuya ejecución cada interviniente dio un aporte esencial cabe unificar la imputación para todos ellos a título de coautores y no de autores por un lado, y cómplice secundario por otro, como erróneamente lo ha realizado la Sala Penal Superior; en esta parte es muy importante subrayar que el delito investigado reúne los tres requisitos que configuran la coautoría, a saber: **a) decisión común:** entre los intervinientes existe una decisión común de realizar el robo, que se distingue del acuerdo a voluntades propio de la participación en razón que las aportaciones de los coautores es manifiesta en un plano de igualdad, lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales que posibilita una división de trabajo, o división de funciones orientado al logro exitoso del resultado; **b) aporte esencial:** el aporte individual que realiza cada actuante es esencial o relevante, de tal modo que si uno de ellos hubiera retirado su aporte pudo haber fracasado todo el plan de ejecución; **c) tomar parte en la fase de ejecución:** cada sujeto*

al tomar parte en la ejecución desplegó un dominio parcial del acontecer, este requisito precisamente da contenido real a la coautoría, pues la sola intervención en la fase preparatoria no es suficiente, porque ello también existe en la complicidad e instigación, quiere decir que la participación ejecutiva da contenido final al dominio funcional del hecho en la coautoría”²²⁰.

Del mismo modo:

“Que, asimismo en virtud al principio de reparto funcional de roles, por el cual las distintas contribuciones deben considerarse como un todo y el resultado total debe atribuirse a cada coautor, independientemente de la entidad material de su intervención, cuya trascendencia jurídica penal radica en que la coautoría supone la aplicación de penas iguales para todos los coautores”²²¹.

El mismo fundamento de la agravante nos lleva a concluir de ese modo, pues el número de personas que deben participar en el hecho mismo facilita su consumación por la merma significativa de la eficacia de las defensas de la víctima. El concurso debe ser en el hecho mismo de la sustracción-apoderamiento. No antes ni después, y ello solo puede suceder cuando estamos ante la coautoría. En esa línea, no

²²⁰ Expediente N° 4484-97-Cañete, en PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 159.

²²¹ Ejecutoria Suprema, 01 -12-1998, Expediente N° 4151 -98-Ayacucho.

opera la agravante cuando un tercero facilita su vehículo para que *Francisco Luján* solo, realice el robo. Tampoco cuando un tercero induce o instiga a *Francisco Luján* para que robe a determinada persona, salvo claro está, que en el primer supuesto, el hecho haya sido planificado por ambos y que en el reparto funcional de roles, le haya correspondido actuar de facilitador del robo²²².

En estricta sujeción al principio de legalidad y adecuada interpretación de los fundamentos del derecho penal peruano, el robo con el concurso de dos o más personas solo puede ser cometido por autores o coautores. Considerar que los cómplices o inductores resultan incluidos en la agravante implica negar el sistema de participación asumida por el Código Penal en su parte general y, lo que es más peligroso, castigar al cómplice por ser tal y además por coautor, esto es, hacer una doble calificación por un mismo hecho (violación del principio del *ne bis in idem*²²³).

La jurisprudencia nacional ha asumido con rigor dogmático esta última posición. Así tenemos por ejecutoria suprema del 28 de mayo de 1996, nuestro máximo Tribunal sostuvo que:

²²² SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1052.

²²³ ROJAS VARGAS, Fidel, 2000b, p. 430. En igual sentido, ROY FREYRE, 1983, p. 83.

“es necesario indicar que si los tres procesados acordaron asaltar a los agraviados y uno de los acusados no sustrajo nada, no es motivo para absolverlo, puesto que hay que tener en cuenta la decisión común de los procesados como un concierto de voluntades dirigidas a llevar a cabo el hecho delictivo, lo cual determina la función que cada uno de ellos realizaba en la perpetración de dicho ilícito, fundamentada en el principio de la división del trabajo²²⁴”.

En igual sentido, por ejecutoria suprema del 11 de marzo de 1998 se afirma:

“se infiere que los hechos submateria fueron perpetrados por tres agentes, quienes actuaron previo concierto y propósito planificado, empleando armas de fuego reales, lo que aumenta su capacidad de agresividad y eficacia en el logro del resultado, lo que las conductas de los agentes reúnen los tres requisitos que configuran la coautoría²²⁵”

En caso parecido con fecha 29 de enero de 1999, se reafirma que:

“de la evaluación de los hechos y de los aportes de los intervinientes, se infiere que los hechos submateria fueron perpetrados por tres agentes, quienes actuaron previo concierto

²²⁴ Expediente N° 949-96-Puno, en Normas Legales, T. 284, enero, 2000, p. A-29.

²²⁵ Expediente N° 6017-97-Lima, en PRADO SALDARRIAGA, 1999, p. 162.

y propósito planificado, empleando armas de fuego y apoyo logístico, lo que aumenta su capacidad de agresividad y eficacia en el logro del resultado”²²⁶.

Entre los coautores debe existir un mínimo acuerdo para perfeccionar el robo. No obstante, tal acuerdo no debe connotar permanencia en la comisión de este tipo de delitos, pues en tal caso estaremos en presencia de una organización criminal que configura otra agravante diferente. No está de más dejar establecido que esta agravante casi siempre concurre con otras agravantes como puede ser en casa habitada, a mano armada, durante la noche, etc²²⁷.

f. Robo de turistas, no turistas y cualquier medio de locomoción

El delito de robo agravado en mención, se configurará cuando el agente con la finalidad de obtener un provecho patrimonial, sustrae para sí un bien total o parcialmente ajeno de modo ilegítimo, haciendo uso de la violencia contra la persona o la amenaza con un peligro inminente para su vida o integridad física, en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y

²²⁶ Expediente N° 5276-98-Lima, en ROJAS VARGAS/INFANTES VARGAS, 2001, p. 304.

²²⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1055.

lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.

Para que se configure la agravante del robo no interesa ni es relevante penalmente que el agraviado se encuentre en condición de turista ya sea nacional o extranjero. La agravante simplemente se configura cuando el robo se realice en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos, aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos. Es decir, igual se produce la agravante cuando el agraviado con la acción del robo sea un turista o cualquier otra persona, con la principal condición de que se encuentre en los lugares que exige el tipo penal²²⁸.

En otro extremo, para configurarse la agravante del robo, el uso de la violencia o amenaza para la sustracción debe producirse en el medio de locomoción y cuando este venga cumpliendo su función de transporte. Por ejemplo, si se determina que el medio de transporte

²²⁸Ibidem, pág. 1056.

público estaba estacionado en su día de descanso y el agente aprovechó para sustraerle su radio, la agravante no aparece. Igual posición adopta Rojas Vargas²²⁹ cuando afirma que de la naturaleza misma de la circunstancia modal se desprende que se tratará de medios de transporte en servicio, esto es, cumpliendo su rol de traslado de personas o de carga.

Un caso real que da cuenta del perfeccionamiento de la agravante en análisis, aparece en la ejecutoria suprema del 31 de agosto de 2004, en la cual se argumenta:

“que, asimismo, como el robo fue perpetrado a propósito del servicio de taxi al que se dedica el agraviado y, precisamente, contra aquel, pues se le atacó y se le sustrajo el automóvil, también concurre la agravante del inciso quinto del artículo ciento ochenta y nueve del Código citado, en tanto que dicha circunstancia solo requiere que el robo se cometa ‘en cualquier medio de locomoción de transporte (...) privado de pasajeros (...)’; que, desde luego, los vehículos dedicados -formal o informalmente- al servicio de taxi lo son, y el agraviado fue víctima de atentado patrimonial violento con ocasión de tal servicio, lo que determina que se encuentre en una situación de

²²⁹ROJAS VARGAS, Fidel, 2000b, pág. 439.

mayor indefensión, que precisamente es el fundamento de la agravante²³⁰.

g. Robo fingiendo el agente ser autoridad o servidor público o privado.

Se configura cuando el agente para sustraer y apoderarse ilegítimamente de los bienes muebles de la víctima, aparte de utilizar la violencia o la amenaza, finge ser autoridad, esto es, simula o aparenta la calidad de autoridad que en la realidad no tiene. Al utilizar el legislador nacional la expresión “autoridad”, se está refiriendo a los funcionarios públicos que enumera el artículo 425 del Código Penal. El funcionario es toda persona que tiene autoridad emanada del Estado.

La acción de fingir (ante el propietario) la calidad no poseída, para ser penalmente relevante deberá tener una suficiente entidad engañadora. Esto es, se exige idoneidad suficiente y adecuada para -en ponderación promedio- lograr el quiebre o eclipsamiento de la defensa. Esta ponderación no puede pasar por encima ni soslayar condiciones concretas bajo las cuales se desarrolló la acción ilícita, tales como la edad, la cultura, el contexto geográfico (ciudades o áreas rurales) y la vulnerabilidad de la víctima, ni perder de vista que la acción de fingimiento va aunada a la amenaza grave y los actos de violencia, lo

²³⁰ R.N. N° 1750-2004-CALLAO en Diálogo con la Jurisprudencia, N° 78, marzo, 2005, p. 291.

que en su conjunto genera un cuadro de prevalimiento difícil de superar para el sujeto pasivo o afectado²³¹.

Aparece la agravante cuando dos sujetos, simulando ser uno juez y otro secretario, entran en una casa afirmando que realizan un embargo y sustraen los bienes de la víctima bajo amenaza; o cuando en la calle, un sujeto fingiendo ser policía (vestido o identificándose como tal), haciendo uso de la fuerza detiene a una persona y se apodera del dinero que esta llevaba²³².

Esta agravante recogida igual que la anterior en el inciso 6, artículo 189 del Código Penal, se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza, y simulando o aparentando ser servidor público sustrae los bienes de la víctima. Es decir, el agente finge ser servidor o empleado público entendido como aquel trabajador que vinculado a la administración pública cumple actividades concretas y de ejecución bajo subordinación en relación del funcionario.

Opera la agravante por ejemplo, cuando el agente identificándose con un carné del Poder Judicial, fingiendo ser secretario de un Juzgado civil y aseverando venir a trabar un embargo, ingresa al inmueble del

²³¹ROJAS VARGAS, Fidel, 2000b, pág. 444.

²³² BRAMONT-ARIASTORRES/GARCIA CANTIZANO, 1997, p. 313.

agraviado y bajo amenaza de ser detenido, le sustrae diversos bienes muebles²³³.

Del mismo modo, cuando el agente haciendo uso de la violencia o la amenaza y simulando o fingiendo ser trabajador de una empresa privada, sustrae en forma ilegítima los bienes muebles del sujeto pasivo. El agente finge ser trabajador de determinada persona jurídica particular.

h. Robo en agravio de menores de edad, personas con discapacidad y adulto mayor.

La agravante recogida en el inciso 7 del artículo 189 se configura cuando el agente comete el robo en agravio de menores de edad.

No hay mayor discusión en considerar menores a las personas que tienen una edad por debajo de los dieciocho años. Así está previsto en el inciso 2, numeral del Código Penal, en el artículo 42 del Código Civil y en el artículo 1 del Texto Único Ordenado del Código del Niño y Adolescentes.

La circunstancia agravante se materializa cuando el agente dirige los actos de violencia o amenaza en contra de un menor. El término “agravio” implica, no solo el desmedro o merma patrimonial, sino

²³³ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1060.

también un direccionamiento de la violencia o la amenaza que afecta directamente al menor. El agravio tiene así dos dimensiones concurrentes: a) La acción y efecto de la violencia y la amenaza; y b) el desmedro económico²³⁴.

La ejecutoria del 15 de enero de 2004 recoge un caso real en el cual un menor es el sujeto pasivo del delito de robo. En efecto allí se expresa que:

“ha quedado plenamente acreditado tanto la comisión del delito, así como la responsabilidad penal del acusado Julio Isaac Nieto Rodríguez quien en compañía de otro sujeto el día de los hechos, interceptaron al menor agraviado, contra quien ejercieron violencia apoderándose de sus pertenencias”.

El agente debe conocer o darse cuenta de que está ejecutando el robo en perjuicio de un menor de edad. Si no conocía ni había la posibilidad de conocer tal circunstancia, es posible la concurrencia de un error de tipo que se resolverá aplicando las reglas del artículo 14 del Código Penal. De verificarse un error de tipo sobre la circunstancia agravante, el o los autores solo serán pasibles de sanción penal a título de robo simple.

²³⁴Ibidem, pág. 1061.

Se agrava el hurto con violencia o amenaza grave cuando **la víctima es discapacitada**. Se configura cuando el agente comete el robo sobre una persona que sufre de incapacidad física, mental o sensorial. Persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad para alguna actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitando el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad. Se justifica la agravante, toda vez que el agente se aprovecha de la especial debilidad de aquellas personas, sabiendo perfectamente que no opondrán alguna clase de resistencia y, por tanto, no ponen en peligro el logro de su finalidad, que es obtener un provecho patrimonial²³⁵.

También se agrava la conducta delictiva de robo y, por tanto, el autor o autores y partícipes merecen mayor pena cuando la *víctima se encuentra en estado de gestación*. La agravante aparece cuando la víctima-mujer del robo se encuentra en estado de gestación, es decir, esperando que se produzca el nacimiento de un nuevo ser que lleva en su vientre. Una mujer se encuentra en estado de embarazo desde el

²³⁵Ibidem, pág. 1062.

momento mismo en que se produce la anidación del nuevo ser en su útero hasta que se inician los intensos dolores que evidencian el inminente nacimiento. Se busca proteger la integridad física y mental tanto de la gestante como del ser por nacer. La agravante se justifica por la propia naturaleza del periodo que atraviesa la agraviada.

También se agrava cuando la víctima pertenece al grupo de **adultos mayores**. Igual que en la agravante anterior, la acción de violencia o amenaza debe ser directa en contra del sujeto pasivo adulto mayor y de ello debe resultar una consecuente merma de su patrimonio. Si la violencia o amenaza fue dirigida contra otra persona y solo resultó mermado el patrimonio del adulto mayor, la agravante no se verifica²³⁶.

i) Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios

Otra agravante que fue introducida en el Código Penal por la Ley N° 29407 del 18 de setiembre de 2009 y modificado por la Ley N° 30076, se configura cuando el robo se produce sobre un vehículo automotor, sus autopartes o accesorios. Aquí la agravante se configura cuando el objeto del robo es un vehículo, sus autopartes o accesorios. Se busca proteger el patrimonio de las personas que cuentan con un vehículo en su poder. Consideramos innecesaria tal agravante pues, en cualquier caso, era suficiente con las agravantes ya existentes para imponer

²³⁶Ibidem, pág. 1063.

pena drástica a los que se dedican a cometer robos de vehículos. Pero, en fin, el legislador pensando erróneamente que con ello se pone freno a los robos de vehículos, así lo ha dispuesto.

El legislador ha justificado este proceder afirmando que la incorporación de esta agravante permitirá enviar mensajes de comunicación preventiva y sancionadora en forma directa a los agentes del delito y sujetos de vulnerabilidad comisiva en este orden de ilícitos penales, cumpliendo con mayor eficacia la norma penal su rol protector de bienes jurídicos y brindando seguridad a la comunidad. Es decir, al tener los delitos de robo agravado sobre vehículos automotores, sus autopartes y accesorios mención expresa en el Código Penal, le será fácil al intérprete configurar los casos de delitos de robo sobre vehículos ajenos cometidos por organizaciones criminales a que se refiere específicamente el último párrafo del artículo 189²³⁷.

En la segunda parte del artículo 189° del Código Penal, el legislador nacional ha previsto y sancionado otro grupo de supuestos agravantes, los cuales por su mayor injusto penal merecen una pena más elevada que las agravantes ya analizadas.

j. Robo con lesiones leves en la integridad física o mental de la víctima

²³⁷Ibidem, pág. 1064.

Aparece la circunstancia agravante cuando el agente por efectos mismos del robo ocasiona lesiones leves a la integridad física o mental de la víctima. Esto es, causa transformación evidente del estado de equilibrio actualizado y funcional de las estructuras somáticas y psicológicas de la víctima. Se entiende que las lesiones a la integridad física o mental de la víctima deben ser consecuencia del uso doloso de la violencia o amenaza por parte del agente al momento de la sustracción-apoderamiento. Si las lesiones se verifican por otras circunstancias, la agravante no se configura.

Las lesiones que exige la agravante deben ser consecuencia del empleo de la violencia en el acto mismo de la sustracción. Estas lesiones pueden haber sido causadas en forma dolosa o por culpa del agente en el mismo momento en que se produce el robo. No antes. Serán dolosas las lesiones que ocasiona el agente a la víctima que en el mismo momento de la sustracción de sus bienes opone resistencia. En cambio, serán culposas cuando la víctima se lesiona a consecuencia del forcejeo que se produjo al momento de la sustracción. Lo importante es que las lesiones simples físicas o mentales sean consecuencia circunstancial y episódica del robo. En esa línea del razonamiento, no opera la agravante si en determinado caso, llega a determinarse que el sujeto activo previamente había planificado lesionar a su víctima para luego sustraerle sus bienes. Aquí

se presentará un concurso real de delitos entre lesiones simples o menos graves, y hurto.

No hay agravante si las lesiones son producidas por causas fortuitas.

Se perfecciona o consuma el robo con la presente agravante cuando la magnitud de las lesiones alcanza más de diez y menos de treinta días de asistencia facultativa o descanso para el trabajo (artículo 122 del CP). Si las lesiones merecen una prescripción facultativa menor, no estamos ante lo que jurídicamente se denominan lesiones sino faltas contra las personas, salvo claro está, que el daño a la integridad se haya producido con la concurrencia de agravantes en cuyo caso serán lesiones (artículo 441 del CP). No opera la agravante si las lesiones producidas alcanzan solo a constituir faltas contra las personas. De ser el caso, el hecho será robo simple. Asimismo, las lesiones no deberán ser de una magnitud de lesión grave, pues en tal caso se configura la agravante prevista en la última parte del numeral 189 del CP.

El Acuerdo Plenario N° 3-2009/CJ-I 16⁽¹⁴⁹³⁾, del 13 de noviembre de 2009, recogiendo estos conceptos, ha establecido en su fundamento 12 como jurisprudencia vinculante lo siguiente:

“En relación a las lesiones aludidas en el inciso 1º del segundo párrafo del artículo 189º, cabe definir si ellas se corresponden

con las referidas en los artículos 441^o (lesiones falta) o 122^o (lesiones dolosas leves) CP. Es de mencionar que en estas dos disposiciones, la diferencia en la intensidad del daño a la salud de sujeto pasivo se establece en base a indicadores cuantitativos relacionados con la incapacidad generada por la lesión o con el tiempo de asistencia facultativa que demanda. Así, (i) si estas requieren hasta 10 días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, siempre que no concurren medios que den gravedad al hecho, se estará ante una falta de lesiones; (ii) si las lesiones requieren más de diez y menos de treinta días de asistencia o descanso, según prescripción facultativa, se estará ante un delito de lesiones leves. Esta distinción sistemática debe servir para establecer cuando, con motivo de la comisión del acto de desamparamiento, el ejercicio de violencia física con la producción subsecuente de lesiones configure el agravante que se examina. En tal sentido, es pertinente destacar que como el delito de robo, según se tiene expuesto, requiere para su tipificación el ejercicio de violencia física sobre la persona, los daños personales que esta pueda ocasionar forman parte necesariamente de esa figura delictiva. Entender, por tanto, que el supuesto agravado del inciso 1) de la segunda parte del artículo 189^o CP comprende toda clase de lesiones, con

*excepción de las graves por estar referida taxativamente al último párrafo del citado artículo 189° CP*²³⁸.

Las lesiones producidas a consecuencia del robo son subsumidas por esta agravante. No es posible jurídicamente formalizar denuncia penal y abrir proceso penal por el delito de robo agravado por la circunstancia en comentario y a la vez, por el delito de lesiones, como erróneamente todavía se estila en los estrados judiciales. Ello, pese a que existen diversas ejecutorias supremas que han enfocado de modo atinado el problema. Aquí solo hay el delito de robo agravado.

k. Robo con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima.

La agravante no tiene antecedente en nuestra legislación. Se configura cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza grave y aprovechando de la incapacidad física o mental de su víctima le sustrae ilícitamente sus bienes muebles. El fundamento de esta agravante radica en la mayor facilidad para la comisión del delito del que se aprovecha el agente, unido a ello la alevosía con la que actúa.

Tal como aparece redactada la circunstancia agravante se entiende que la incapacidad física o mental es anterior a la sustracción. El agente debe saber de la condición especial de la víctima o en todo

²³⁸Aprobado en el V Pleno Jurisprudencial de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 13 de noviembre del año 2009.

caso, tomar conocimiento en el acto mismo de la sustracción. Lo importante es tener en cuenta que el agente no debe ser el causante de la incapacidad. Caso contrario, esta agravante no se verifica.

Esta subespecie delictiva parte de la idea de que existe como base, como dato de la realidad, un estado de incapacidad observable en la víctima, que no ha sido creado ni propiciado por el agente y de lo cual se aprovecha este para sustraer y apoderarse del bien mueble objeto del delito. De modo que si el agente antes de sustraer el bien mueble, ha sometido a la víctima a un estado de invalidez o lo ha atado a una silla, o de cualquier otro modo lo ha incapacitado para actuar en defensa de sus bienes muebles, ello no será propio de esta agravante.

Se presenta la agravante cuando el agente haciendo uso de la violencia o amenaza sustrae los bienes muebles de un ciego, o paralítico o un autista, etc. Aparte de abusar o aprovecharse del estado de incapacidad física o mental de la víctima, el agente debe actuar haciendo uso de la violencia o la amenaza sobre esta. Si por el contrario solo se aprovecha de la incapacidad sin hacer uso de la violencia o amenaza, los hechos constituirán hurto, mas no robo. Para que exista robo agravado es necesario que el agente aparte de utilizar la violencia o amenaza en la sustracción y apoderamiento de bienes

ajenos, aproveche el estado de incapacidad en que se encuentra la víctima²³⁹.

La agravante también recogida en el inciso 2, segundo párrafo, artículo 189 del Código Penal, se configura cuando el agente comete el robo haciendo uso o empleando para tal efecto drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima con el fin de anular la resistencia de defensa de sus bienes.

1. Robo colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica

No hay mayor discusión en la doctrina al considerar víctima del delito de robo a aquella persona que por efecto del actuar ilícito del agente ha visto disminuido su patrimonio. La víctima puede ser una persona natural o jurídica.

Se presenta la agravante cuando la víctima o la familia que depende directamente de aquella, como consecuencia del robo han quedado desprovistas de los recursos económicos indispensables para satisfacer sus necesidades y de su familia. Sin embargo, para que opere la agravante no es necesario que la víctima quede en la pobreza o indigencia absoluta, solo se exige que esta quede en una situación

²³⁹ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1068.

patrimonial difícil de cierto agobio e inseguridad, el mismo que puede ser temporal o permanente.

El agente debe conocer o percibir una variación notoria en la economía de la víctima o su familia; el dolo directo se ve así reforzado por el conocimiento de tal circunstancia. Caso contrario, si el sujeto activo al momento de actuar no se representó tal situación, la agravante no aparece²⁴⁰.

m. Robo de bienes de valor científico o que integran el patrimonio cultural de la Nación.

De la lectura del inciso 4, segunda parte, artículo 189 del CP se evidencia que estamos ante dos circunstancias agravantes por la cualidad del objeto del robo. Se configuran cuando el agente sustrae ilícitamente haciendo uso de la violencia o la amenaza sobre los poseedores, bienes de valor científico o cuando lo hace sobre bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación. El fundamento de las agravantes radica en la importancia y significado de los bienes objeto del robo para el desarrollo científico del país y por su legado histórico, artístico y cultural.

²⁴⁰Ibidem, pág. 1070.

Por los bienes que conforman el patrimonio cultural se conoce el pasado histórico de la Nación. ¿Pero qué bienes tienen valor científico y cuáles pertenecen al patrimonio cultural de la Nación? Responder a tales preguntas rebasa de sobremanera la labor del operador jurídico penal, quien tiene que recurrir a normas o disposiciones extrapenales para poder determinar si estamos ante alguna de las cualidades que exige la norma penal.

Resulta difícil saber qué bienes tienen valor científico y cuáles no. Correspondiendo al juez determinar tal calidad en cada caso concreto. Para ello sin duda necesitará la concurrencia de personas calificadas en bienes de valor científico para saber si se trata de bienes de tales características. A modo de ejemplos, con Rojas Vargas²⁴¹ que trata la agravante en el delito del hurto, podemos decir que bienes con valor científico serían las máquinas o instrumentos médicos de alta precisión, los riñones o corazones artificiales, microscopios o telescopios electrónicos, aparatos y dispositivos higrométricos, espectrógrafos de última tecnología, etc., así como bienes de utilidad científica como material genético depositado en recipientes, cultivo de virus para estudio e investigación médica, fármacos en proceso de ensayo o experimentación, compuestos químico-radioactivos, etc. No interesa

²⁴¹Rojas Vargas, Fidel, 2000, pág. 136.

tanto el valor económico del bien, sino su valor científico, así como que el agente debe conocer de tal característica.

En tanto que bienes que integran el patrimonio cultural de la Nación, son todos aquellos que constituyen testimonio de la creación humana, material o inmaterial expresamente declarados por su importancia artística, científica, histórica o técnica. Por medio de ellos, las generaciones humanas presentes y por venir conocemos nuestro pasado histórico. Para saber si estamos ante un bien que integra el patrimonio cultural de la Nación, el operador jurídico, como ya hemos mencionado al tratar la figura del hurto, debe recurrir a la Ley N° 24047 de 1985 que establece en forma más o menos clara qué bienes constituyen el patrimonio cultural de la Nación²⁴².

n. Robo por un integrante de organización criminal

Esta agravante ha sufrido una modificación por la Ley N° 30077 de agosto de 2013. Antes se configuraba cuando el agente actuaba en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, ahora simplemente se verifica cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal. De acuerdo a la Ley N° 30077, se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera

²⁴² SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1072.

sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal. La finalidad de la organización criminal tiene que ser la comisión de los siguientes delitos:

1. *Homicidio calificado-asesinato, de conformidad con el artículo 108 del Código Penal.*
 2. *Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.*
 3. *Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.*
 4. *Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.*
 5. *Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del Código Penal*
- (...).

Los alcances de la Ley N° 30077 son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo.

El agente será integrante de una agrupación delictiva, cuando haya vinculación orgánica entre este y aquella, concierto de voluntades entre el agente y los demás integrantes de la organización y vinculación funcional entre el agente y el grupo. Se configura la agravante cuando el autor o coautores sustraen los bienes de su víctima a nombre o por disposición de la organización criminal. Si se determina que aquel actuó solo, sin conocimiento de la organización a la que pertenece o porque dejó de ser miembro de aquella, por ejemplo, la agravante no se verifica.

La ejecutoria del 14 de enero de 2004 recoge un hecho real en el cual los agentes conformaban una organización delictiva destinada a cometer delitos contra el patrimonio. En efecto, allí se expresa que:

“en el caso de autos se encuentra acreditada la comisión del delito y la responsabilidad penal de Roger... y Miguel..., quienes con el ya fallecido Arturo... conforman un grupo de delincuentes

que utilizando armas blancas han cometido diversos actos delictivos en diferentes lugares de la jurisdicción de Chancay - Huaral, concretamente el día 20 de enero de 2003, bajo la modalidad de colectivo' en un vehículo conducido por el encausado José... lograron que a ja altura del kilómetro uno y medio de Lagarteare - Chancay - Huaral, abordaran las agraviadas Hilda... y Liset..., para luego de recorrer unos 500 metros el conductor premeditadamente detener el vehículo, procediendo los delincuentes a despojarlas de sus pertenencias consistentes en un teléfono celular, reloj pulsera, alhajas y dinero en efectivo siendo conducidas hasta el cerro conocido como 'La culebra donde las abandonaron'²⁴³.

Debe quedar claro que la agravante se verifica cuando el agente actúa en calidad de integrante de una organización criminal en los términos de la Ley N° 30077 que define y expresa los elementos mínimos para que una agrupación de personas sea considerada como organización criminal. Eso significa que si en un caso en concreto, se determina que la organización criminal por ejemplo estaba fundada o constituida solo por dos personas, la agravante no se verificará, toda vez que la citada

²⁴³Expediente Nro. 2531-2003- Huaura, en Castillo Alva, 2006b, p. 300.

Ley exige como mínimo que los fundadores o los que constituyen la organización sean tres o más personas.

ñ. Robo con lesiones graves a la integridad física o mental de la víctima

La agravante se configura cuando el agente o agentes por actos propios del uso de la fuerza o amenaza para sustraer de modo ilícito los bienes de su víctima, le causan lesiones físicas o mentales. Las lesiones deben ser de la magnitud de los supuestos taxativamente indicados en el artículo 121 del Código Penal. Si por el contrario, las lesiones tienen la magnitud de los supuestos previstos en los artículos 122 o 441 del Código Penal, la presente agravante no aparece.

Las lesiones deben ser originadas como consecuencia del uso de la violencia o la fuerza del autor sobre la víctima en los actos propios de la sustracción-apoderamiento. No deben ser preconcebidas ni planificadas por el agente. Si en un caso concreto se llega a determinar que el agente actuó sabiendo y queriendo perfectamente lesionar en forma grave a la víctima para anular cualquier oposición o resistencia a la sustracción de sus bienes, no estaremos ante la agravante, sino ante un concurso real de delitos, esto es, se configurará el delito de lesiones graves previsto en el artículo 121 del CP con el delito de robo simple o robo agravado si alguna de las circunstancias agravantes ya analizadas concurre. Originando que al momento de imponer la pena al autor o

autores se le aplicará la pena que corresponda según la regla prevista en el numeral 50 del Código Penal; es decir, se le impondrá una pena privativa de libertad no mayor de veinticinco años salvo que el agente haya actuado como integrante de una banda.

o. Robo con subsiguiente muerte de la víctima.

Esta circunstancia o supuesto es la última agravante de la figura delictiva del robo, la misma que merece también la pena de cadena perpetua. La agravante se configura cuando el agente o agentes como consecuencia de los actos propios del uso de la violencia o amenaza para vencer la resistencia natural de la víctima en defensa de sus bienes, le ocasionan o le producen la muerte.

No todas las situaciones de robo en que se produce el resultado muerte de una persona, son subsumidas en la última parte del artículo 189 del Código Penal. En los casos en los que el autor o coautores han pre-ordenado la muerte de la víctima, o actúan decididamente con el objetivo expreso de matar para luego apoderarse de los bienes muebles, configuran asesinato, mas no robo, y la subsiguiente muerte de la víctima. Igual situación aparece cuando el agente mata a un tercero que no reúne las características exigidas para constituirse en víctima del robo agravado, es decir, cuando el agente ocasiona la

muerte de un tercero que no es propietario ni poseedor del bien objeto del robo²⁴⁴.

B.4.4.) Concurso aparente de leyes.

En la realidad nacional, es frecuente tomar conocimiento de lo que la prensa y la Policía Nacional en forma singular han bautizado como “secuestros al paso”. Es decir, de hechos en los cuales los delincuentes con la finalidad de obtener un provecho económico indebido, luego de retener al sujeto pasivo y despojarle de sus tarjetas bancarias y sus correspondientes claves, no lo liberan hasta que se apoderan del dinero que la víctima tiene en las agencias bancarias.

Es común observar denuncias y autos de procesamiento en los cuales estos hechos son calificados como secuestro, extorsión y robo agravado. No obstante, aplicando el principio de interpretación de la ley penal denominado “de especialidad”, se llega a la conclusión de que los famosos “secuestros al paso” no son otra cosa que simples robos agravados, toda vez que la finalidad última que persigue y guía el actuar del agente no es otro que el despojo y sustracción del patrimonio del sujeto pasivo con la consecuente obtención de un provecho económico ilícito.

²⁴⁴ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia, pág. 1077.

Unido a ello hay que tener en cuenta que en los “secuestros al paso”, en todo momento el sujeto activo ejerce control sobre su víctima, no se desprende de él ni en el momento mismo de la sustracción, situación que no se evidencia en los delitos de secuestro y extorsión, pues, en estos delitos no hay control continuo del agente a la víctima toda vez que en algún momento se rompe aquel control.

El derecho vivo y actuante ha tenido ya oportunidad de pronunciarse respecto de este problema generado por los singulares “secuestros al paso”. En efecto, en la ejecutoria suprema del 9 de enero de 2004, se sostiene lo siguiente:

“como se desprende de la acusación fiscal y de la sentencia impugnada, los actos cometidos por el encausado y sus coincurpados fueron: que durante la noche del día 15 de junio del año 2001, interceptaron a la víctima, le sustrajeron sus pertenencias, la despojaron de sus tarjetas bancarias obligándola a proporcionar las claves de acceso, la detuvieron por espacio de tres horas y se apoderaron de su dinero citado en diferentes entidades bancarias, estos, en un vehículo motorizado, con el concurso de varios individuos y amano armada, actos que habría generado la tipificación de tres ilícitos (robo agravado, secuestro y extorsión) (...) dándose un concurso

aparente de leyes, esto es cuando dos o más normas se disputan ser aplicadas a un mismo hecho, la más adecuada, de acuerdo al principio de especialidad desplaza a las demás, y teniendo en cuenta que en el presente caso el móvil real del ilícito era el apoderamiento del dinero de la víctima y no el de privarla de su libertad u obligarla contra su voluntad a dar una ventaja económica, es que en aplicación del mencionado principio de especialidad, el delito de robo agravado perpetrado por el sentenciado, desplaza a los supuestos tipos de secuestro y extorsión ^{Km7}). En el mismo sentido, la ejecutoria suprema del 6 de septiembre de 2007 argumenta que: “respecto a la absolución de los encausados por delito de secuestro, es de precisar que el asalto, intimidación y traslado al que fueron sometidos los agraviados Cevalco Aguirre y Paz Fúnez, si bien implicó una afectación ilegítima de su libertad personal, formó parte integrante del modo de ejecución del delito de robo agravado -delito pluriofensivo que también entraña un menoscabo a la libertad de la víctima, en tanto exige como supuesto que el agente amenace a la víctima con un peligro inminente para su vida o integridad física-; que está acreditado, además, que la finalidad de la conducta de los encausados fue, desde un comienzo, despojara los agraviados del dinero y bienes que portaban, tal como lo explican los propios perjudicados Cevalco

Aguirre y Paz Fúnez..., así como el encausado Espinoza Tocto en sus diversas declaraciones..., sin que se pueda colegir que existió en los agentes el ánimo de privar la libertad personal como propósito autónomo al del robo o que esta privación de libertad demoró un espacio de tiempo excesivo en función a la finalidad patrimonial”²⁴⁵.

B.4.5.) Penalidad.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima o se le causan lesiones graves a su integridad física o mental. Cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes por sí solas o en conjunto, previstas en el primer párrafo del artículo 189, el agente será merecedor de pena privativa de libertad no menor de doce ni mayor de veinte años. En cambio, cuando se trata de alguna agravante prevista en el segundo párrafo del citado numeral, el autor será merecedor de pena privativa de libertad no menor de veinte ni mayor de treinta años.

En tanto que si se trata de alguna de las agravantes previstas en el último párrafo del numeral 189, el autor infelizmente será objeto de sanción con cadena perpetua, la misma que en un derecho penal

²⁴⁵ Expediente N° 296-2004-Lambayeque, en CASTILLO ALVA, 2006C, p. 240.

mínimo y garantista que impulsa un Estado social y democrático de derecho debe ser proscrita por inhumana y negar los fines constitucionales de la pena. Esta es la posición asumida en forma atinada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema en la ejecutoria del 21 de enero de 2004 al sostener que la cadena perpetua:

“por su carácter intemporal, niega la posibilidad de que el penado pueda incorporarse a la sociedad, atentando así contra los fines del régimen penitenciario que nuestra normatividad prevé en aplicación del principio fijado en el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado”²⁴⁶.

Incluso en la ejecutoria del 17 de junio de 2004, el supremo tribunal, negando la posibilidad de imponer cadena perpetua en el delito de robo con subsiguiente muerte ha reiterado su posición y ha sostenido que:

“la pena tiene función preventiva, protectora, y resocializadora como lo prevé el artículo noveno del Título Preliminar del Código Penal, teniendo en cuenta que la prevención tanto positiva como negativa es de procurar que el penado se reinserte al seno de la sociedad, como el de proteger a la sociedad inutilizando al penado, todo ello en concordancia con el inciso 22 del artículo 139 de la Constitución Política, que establece que el régimen

²⁴⁶ R.N. N° 2519-2003-Ancash, en CASTILLO ALVA, 2006b, p. 289.

penitenciario tiene como objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad²⁴⁷.

²⁴⁷Expediente N° 296-2004 – Lambayeque, en Castillo Alva, 2006c, pág. 240.

CAPITULO IV

SISTEMATIZACIÓN DEL PROCESAMIENTO DE

DATOS

1) SISTEMATIZACIÓN DE EXPEDIENTES (SENTENCIAS)

El investigador ha tomado en consideración para el desarrollo de la tesis, el análisis de las causas penales resueltas en primera instancia por el delito de robo agravado, tramitadas en el año 2012 y 2013 en la Primera y Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho.

Tomada una parte de la muestra en estudio, podemos observar los siguientes resultados:

- a) En el Expediente Judicial Nro. 287-2012; seguido contra W.R.V. por el delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo agravado; en agravio de M.P.V. y O.L.R.

Se tiene de la sentencia penal de fecha 23 de setiembre del año 2013, que en mérito a la acusación formulada por el Ministerio Público, se determinó que el imputado W.R.V. era el presunto autor del delito de robo agravado, actuando como autor material del delito en mención, así mismo, luego de las investigaciones, se determinó que el despliegue delictivo estuvo acompañado de dos personas más, y durante el proceso no se logró determinar sus nombres, sin embargo, éstos actuaron; a criterio del Ministerio Público, como cómplices. No pudiendo hacer una distinción en el proceso si éstos eran cómplices primarios o secundarios al no haberse determinado su identificación.

- b) En el Expediente Judicial Nro. 296-2012; seguido contra A.S.C.J. y W.S.J. (AUSENTE) por el delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo agravado; en agravio de V.E.V.V.

Se tiene de la sentencia penal de fecha 07 de junio del año 2013, que en mérito a la acusación formulada por el Ministerio Público, se determinó que los imputados A.S.C.J. y W.S.J., éste

último ausente, eran los presuntos autores del delito de robo agravado, actuando como autor el primero de ellos, en vista que ingresó portando un cuchillo en la casa de la agraviada, mientras que su compañero; a quien se le ha determinado como cómplice, sin hacer distinción en la sentencia si éste actuaba a título de cómplice primario o secundario; asimismo, dada la ausencia del segundo de los nombrados se ha reservado su juzgamiento; por lo que, para el caso del primero ha sido sentenciado como “autor” del delito materia de análisis.

- c) En el Expediente Judicial Nro. 240-2012; seguido contra R.M.G. por el delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo agravado; en agravio de P.G.M.

Se tiene de la sentencia penal de fecha 21 de junio del 2013, que en mérito a la acusación formulada por el Ministerio Público, se determinó que el imputado R.M.G. era el presunto autor del delito de robo agravado, actuando como autor del delito en mención, así mismo, luego de las investigaciones, se determinó que en el despliegue delictivo del imputado se encuadraba en el artículo 189º incisos 1), 2) y 7) concordante con el artículo 188 (tipo básico); por lo que habría desplegado la conducta delictiva

a título de autor, en razón que ingreso en la casa de la agraviada durante la noche y mediante violencia, golpearla con una piedra en la cabeza, le sustrajo la cantidad de quinientos nuevos soles; sin embargo, en la sentencia en mención el procesado es absuelto por duda razonable, en vista que como señalan los jueces, no basta con la mera sindicación efectuada por la agraviada.

- d) En el Expediente Judicial Nro. 82-2012; seguido contra A.A.LL.M. por el delito contra el patrimonio en la modalidad de Robo agravado; en agravio de R.H.T.

Se tiene de la sentencia penal de fecha 21 de octubre del 2012, que en mérito a la acusación formulada por el Ministerio Público, se determinó que el imputado A.A.LL.M. era el presunto autor del delito de robo agravado, actuando como autor del delito en mención, así mismo, luego de las investigaciones, se determinó que en el despliegue delictivo del imputado se encuadraba en el artículo 189º incisos 1), 2), 4) concordante con el artículo 188 (tipo básico); por lo que habría desplegado la conducta delictiva a título de autor, en razón que ingresó en la casa de la agraviada en compañía de dos personas, y que luego de amenazarla de muerte, sustrajo 50 gallinas y una carretilla de propiedad de la

agraviada R.H.T.; sin embargo, se puede apreciar de la sentencia, que en ningún momento se ha hecho la diferenciación respecto al actuar de las otras dos personas si actuaron como coautores o cómplices, solo fue sentenciado el imputado a doce años de cárcel, como autor del delito en mención.

2) SISTEMATIZACIÓN DE LAS ENTREVISTAS REALIZADAS

El investigador tuvo la oportunidad de entrevistar, respecto al delito en estudio; Robo Agravado, a seis jueces superiores que accedieron a brindar una entrevista, de los cuales tenemos los siguientes resultados:

Respecto a las preguntas planteadas:

1. Para usted ¿Es pertinente establecer diferenciación entre autor y cómplice en casos de delitos con pluralidad de sujetos? ¿Por qué?

Existe consenso entre las respuestas recogidas, que en su mayoría han señalado que sí es necesario establecer diferenciación entre un “autor” y “cómplice”; pues señalan: *“para determinar la pena se tener en cuenta el nivel de participación y responsabilidad de los procesados”, o; “el autor es el que realiza el hecho punitivo, mientras que el cómplice es quien colabora en la perpetración”.*

Por lo que, teniendo a la vista estas respuestas emitidas por los Jueces Superiores de la Primera y Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, podemos concluir diciendo que en todos los casos han referido que es necesario establecer una diferenciación entre los “autores” y los “cómplices” en la intervención delictiva.

2. ¿A su criterio, considera clara la delimitación normativa entre la Coautoría y Complicidad primaria? ¿Por qué?

En su mayoría, los Jueces Superiores entrevistados han señalado que: *“la redacción del tipo penal respecto a la coautoría y la complicidad primera es muy genérica”, o que, “no existe mucha diferenciación entre coautores y cómplices primarios”.*

Al respecto, podemos concluir en relación a la segunda pregunta formulada a los magistrados, que en su mayoría la definición elaborada por el legislador respecto a la complicidad primaria y la coautoría es muy superflua y genérica en vista que no se determina con mayor abundamiento cual es la conducta que va desarrollar entre un tipo penal y el otro; por lo que, encuentran consenso en determinar escasa la diferenciación elaborada por el legislador.

3. ¿En su experiencia profesional y laboral, ha conocido casos en los cuales no es clara la delimitación o distinción entre la Coautoría y Complicidad primaria?

En su mayoría, los Jueces Superiores entrevistados, señalan que al menos alguna vez, han conocido de un caso en el que no ha sido posible distinguir a los coautores de los cómplices primarios; alguno tomaron en cuenta el ejemplo del denominado “campana” en donde no es clara la diferenciación, puesto si bien es cierto que el campana actúa de una forma de auxilio, sin embargo, no se puede negar la posibilidad de que exista una distribución de roles, lo que se encuadra como un coautor en el ilícito perpetrado.

En ese sentido, concluimos que es cierto que la diferenciación establecida no es muy clara, y más bien, empieza a tallar aquí un plano subjetivo de analizar caso por caso, no pudiendo entrar a saber si efectivamente, como se explicó el caso del “campana” habría existido antes un acuerdo previo o distribución de roles y no como se cree solo un auxilio en la perpetración del ilícito penal.

4. ¿Ha conocido casos de Robo Agravado en los cuales haya existido complejidad en determinar si los responsables actuaron a título de Coautor o Cómplice Primario?

Si bien es cierto que todos han respondido que en efecto han conocido de casos en los cuales haya existido complejidad en diferenciar a un coautor de un cómplice primario, sin embargo, muchos responden de que en efecto al momento de sentenciar o emitir un fallo final, consideran que en ambos casos han existido aportes por parte de los procesados en la comisión del ilícito penal, lo que claramente contradice la redacción del tipo penal, más aún, si alguno de los entrevistados ha señalado y reiterado el caso típico del “campana” en la que ciertamente se puede diferenciar el actuar delictivo a título de autor y otra de cómplice.

En consecuencia, el delito de robo agravado, como han explicado es bastante “delicado” y debe ser analizado respecto a cada caso concreto, analizando sobre todo la imputación objetiva y subjetiva del tipo penal, y más aún, se cumplan con los presupuestos típicos del tipo penal.

5. A su parecer considera que la distinción que realiza el Código Penal entre Coautor y Cómplice Primario es clara y sencilla?¿Por qué?

En todos los casos, respecto a la pregunta planteada, los Jueces Superiores han respondido con unanimidad de que la redacción del Código Penal no favorece su labor, en vista que no establece pautas puntuales respecto a la conducta que deba tener un coautor y un cómplice primario.

En esa misma línea, han determinado de que tal redacción realizada por el legislador es muy genérica, no siendo sencilla la diferenciación entre ambos tipos penales.

6. ¿A su criterio, de ser el caso, considera acertado que el legislador opte por derogar el tipo penal de Coautor o el de Cómplice Primario?

No existe consenso en las respuestas abordadas en éste punto, toda vez que, los entrevistados han referido en una equivalencia de cincuenta por ciento, que si se debería modificar la redacción del tipo penal respecto a la complicidad primaria, e introducir una redacción que permita diferenciar con mayor exactitud la conducta desplegada por un cómplice primario.

Asimismo, el otro cincuenta por ciento, ha señalado que les resulta muy parecida la conducta desplegada por un coautor y un cómplice primario, señalando que resulta práctico equiparar las conductas.

7. ¿Considera usted que los Jueces al momento de sentenciar, no tienen claras las distinciones entre Coautoría y Complicidad Primaria?

En su mayoría, los entrevistados, reconocen y aceptan, que en efecto al momento de emitir un pronunciamiento de fondo respecto a un caso

en particular no han tenido claras las distinciones respecto a la conducta desplegada por los procesados, y que en muchos casos, han optado por juzgarlos como coautores en todos los casos, o en su defecto en eximirlos de responsabilidad penal o tratarlos por una conducta de complicidad secundaria.

En ese sentido, podemos concluir que los Jueces Superiores, aceptan y reconocen que en muchos casos no han realizado la correcta diferenciación para juzgar a los procesados de acuerdo a la conducta desarrollada, tal es el caso, que en su mayoría se opta por juzgarlos a título de autores y en otro caso, a título de cómplices secundarios; cuando muchas veces la realidad del caso no se ajusta a el fallo en las sentencias.

8. ¿Desde su óptica laboral, que recomendación y/o aporte podría dar respecto a la tipificación y/o interpretación de la Coautoría y Complicidad Primaria?

En su mayoría los Jueces entrevistados han señalado a manera de recomendación que se debería de modificar la redacción de los tipos penales respecto a la coautoría y la complicidad primaria, asimismo, señalan que se debería establecer un quantum de pena para cada caso, lo cual ayudaría; a palabras de ellos, con lograr una mayor diferenciación de la conducta desplegada en cada caso.

3) SISTEMATIZACIÓN DE LAS ENCUESTAS:

Respecto a las preguntas planteadas:

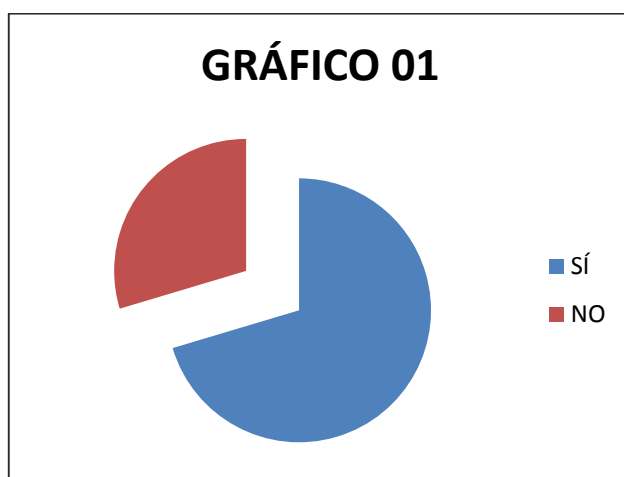
1. ¿Considera clara la "diferenciación conceptual" entre Coautoría y Complicidad?

Número de participantes: 50 personas

Resultados en porcentajes:

Sí : 70.8%

No : 29.2%



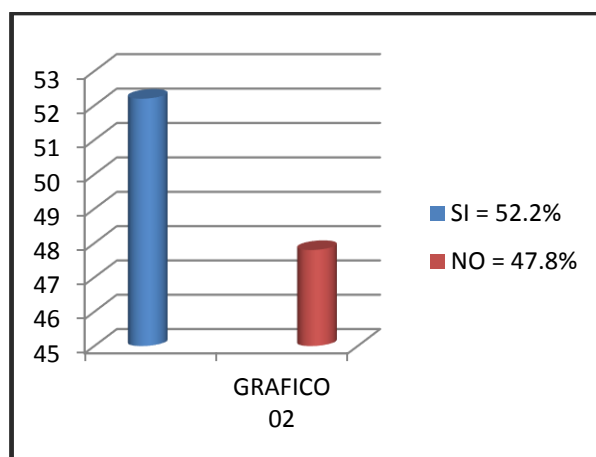
2. ¿A su criterio, considera clara la "delimitación normativa" entre la Coautoría y Complicidad primaria?

Número de participantes: 50 personas

Resultados en porcentajes:

Sí : 52.2%

No : 47.8%



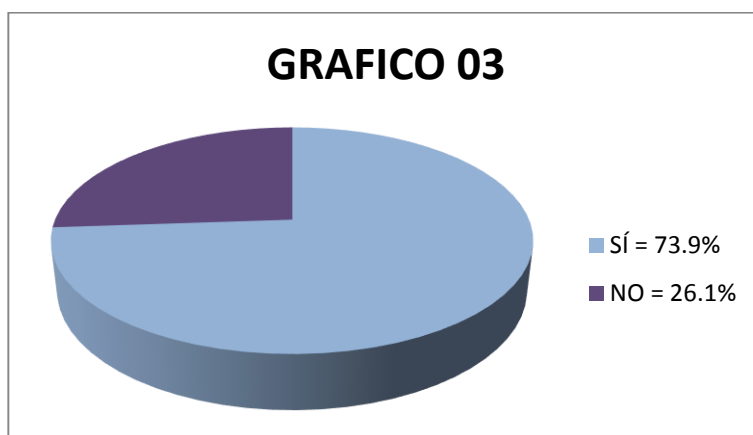
3. ¿De acuerdo a su experiencia profesional y laboral, ha conocido casos en los cuales no es clara la delimitación o distinción entre la Coautoría y Complicidad primaria?

Número de participantes: 50 personas

Resultados en porcentajes:

Sí : 73.9%

No : 26.1%



4. ¿Ha conocido de casos por el delito de Robo Agravado, en los cuales haya existido complejidad en determinar si los responsables actuaron a título de Coautor o Cómplice Primario?

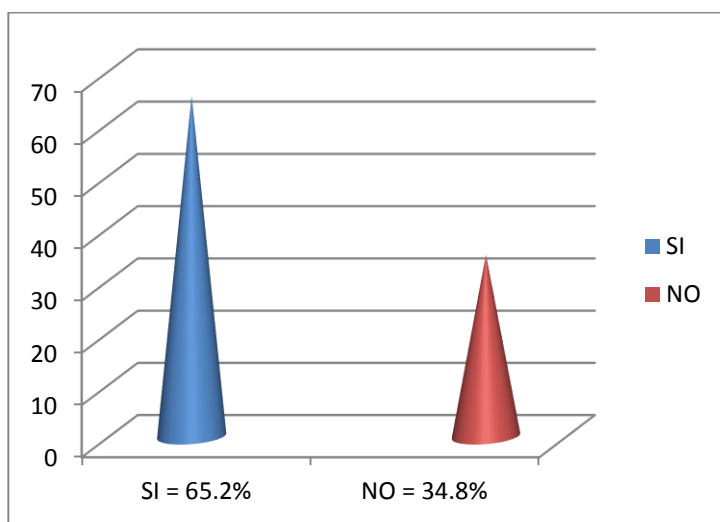
Número de participantes: 50 personas

Resultados en porcentajes:

Sí : 65.2%

No : 34.8%

GRÁFICO 04



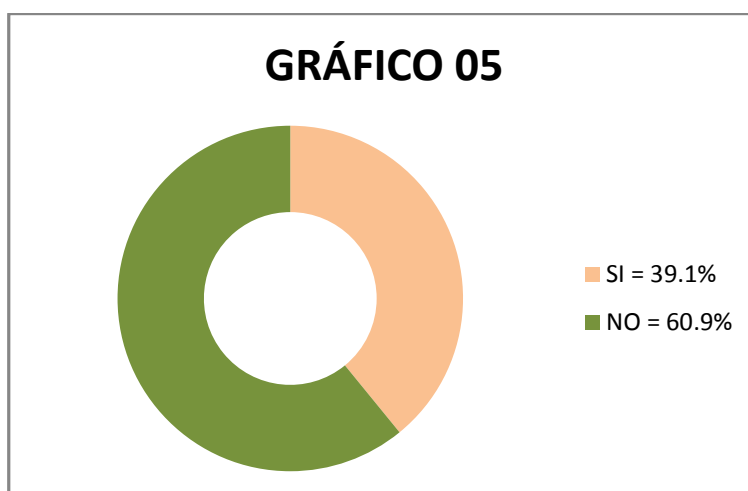
5. A su parecer considera que la distinción que realiza el Código Penal entre Coautor y Cómplice Primario es clara y sencilla de entender? (Art. 23º y 25º del CP)

Número de participantes: 50 personas

Resultados en porcentajes:

Sí : 39.1%

No : 60.9%



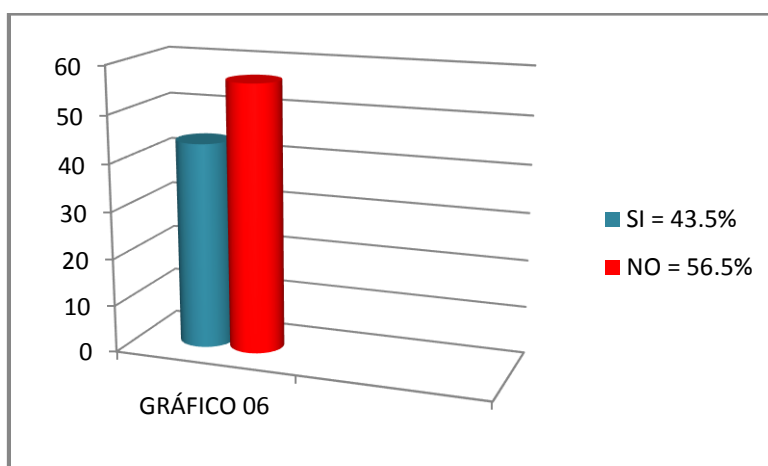
6. ¿A su criterio, de ser el caso, considera acertado que el legislador opte por derogar el tipo penal de Cómplice Primario por ser una figura residual?

Número de participantes: 50 personas

Resultados en porcentajes:

Sí : 43.5%

No : 56.5%



7. ¿Considera usted que los Jueces al momento de sentenciar, no tienen claras las distinciones entre Coautoría y Complicidad Primaria?

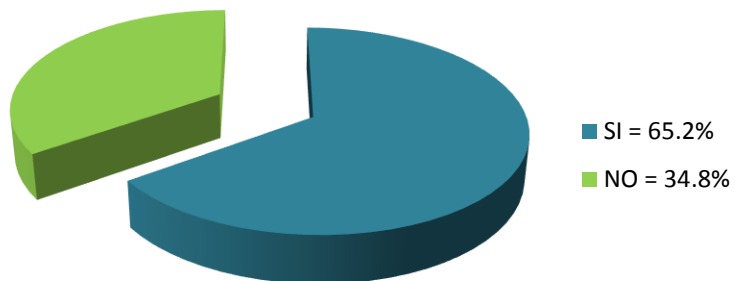
Número de participantes: 50 personas

Resultados en porcentajes:

Sí : 65.2%

No : 34.8%

GRÁFICO 07



CAPITULO V

DERECHO COMPARADO

El investigador para la presente investigación; Autoría y Participación (Coautoría y Complicidad) ha considerado apropiado conocer la legislación extranjera siendo las más importantes desde nuestro punto de vista las siguientes:

1) LEGISLACIÓN COLOMBIANA:

Parte extractada del Código Penal Colombiano actual²⁴⁸.-

Código Penal Colombiano, creado mediante Ley N° 599 de 2000, de fecha 24 de julio del año 2000.

²⁴⁸http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf

Artículo 29. Autores.

Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible.

Artículo 30. Partícipes.

Son partícipes el determinador y el cómplice.

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción. Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte.

2) LEGISLACIÓN ARGENTINA:

Parte extractada del Código Penal Argentino creado mediante LEY 11.179 (T.O. del año 1984 actualizado)²⁴⁹

TITULO VII - PARTICIPACION CRIMINAL

ARTICULO 45.- Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o prestasen al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo.

ARTICULO 46.- Los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo, serán reprimidos con la pena correspondiente al delito, disminuida de un tercio a la mitad. Si la pena fuere de reclusión perpetua, se aplicará reclusión de quince a veinte años y si fuere de prisión perpetua, se aplicará prisión de diez a quince años.

²⁴⁹<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#8>

ARTICULO 47.- Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un hecho menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del hecho que prometió ejecutar.

Si el hecho no se consumase, la pena del cómplice se determinará conforme a los preceptos de este artículo y a los del título de la tentativa.

ARTICULO 48.- Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir la penalidad, no tendrán influencia sino respecto al autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquéllas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe.

ARTICULO 49.- No se considerarán partícipes de los delitos cometidos por la prensa a las personas que solamente prestaren al autor del escrito o grabado la cooperación material necesaria para su publicación, difusión o venta.

3) LEGISLACIÓN CHILENA

Parte extractada del Código Penal Chileno, con fecha de publicación, noviembre 12 del año 1874.²⁵⁰

Título II: DE LAS PERSONAS RESPONSABLES DE LOS DELITOS

²⁵⁰<http://www.servicioweb.cl/juridico/Codigo%20Penal%20de%20Chile%20libro1.htm>

Art. 14. Son responsables criminalmente de los delitos:

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

Art. 15. Se consideran autores:

- 1.º Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.
- 2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.
- 3.º Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que selleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él.

Art. 16. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos.

Art. 17. Son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes:

1.º Aprovechándose por sí mismos o facilitando a los delincuentes medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o simple delito.

2.º Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento.

3.º Albergando, ocultando o proporcionando la fuga al culpable.¹

4.º Acogiendo, receptando o protegiendo habitualmente a los malhechores, sabiendo que lo son, aun sin conocimiento de los crímenes o simples delitos determinados que hayan cometido, o facilitándoles los medios de reunirse u ocultar sus armas o efectos, o suministrándoles auxilios o noticias para que se guarden, precavan o salven.

Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, de sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos, con sólo la excepción de los que se hallaren comprendidos en el número 1º de este artículo

4) LEGISLACIÓN BOLIVIANA:

Parte extractada del Código Penal Boliviano, elevando a rango de ley el 10 de marzo de 1997, LEY 1768.²⁵¹

CAPÍTULO III - PARTICIPACIÓN CRIMINAL

ARTICULO 20.- (AUTORES).- Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente, por medio de otro o los que dolosamente prestan una cooperación de tal naturaleza, sin la cual no habría podido cometerse el hecho antijurídico doloso.

Es autor mediato el que dolosamente se sirve de otro como instrumento para la realización del delito.

ARTICULO 21.- (AUTORES MEDIATOS).- Derogado por Ley No. 1768.

ARTICULO 22.- (INSTIGADOR).- Es instigador el que dolosamente determine a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso. Será sancionado con la pena prevista para el autor del delito.

ARTICULO 23.- (COMPLICIDAD).- Es cómplice el que dolosamente facilite o coopere a la ejecución del hecho antijurídico doloso, en tal forma que aun sin esa ayuda se habría cometido; y el que en virtud de promesas anteriores, preste asistencia o ayuda con posterioridad al hecho. Será sancionado con la pena prevista para el delito, atenuada conforme al artículo 39.

²⁵¹http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_bol1.pdf

ARTICULO 24.- (INCOMUNICABILIDAD).- Cada participante será penado conforme a su culpabilidad, sin tomar en cuenta la culpabilidad de los otros. Las especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que funden, excluyan, aumenten o disminuyan la responsabilidad, no se comunican entre ninguno de los participantes. Faltando en el instigador o cómplice, especiales relaciones, cualidades y circunstancias personales que funden la punibilidad del autor, su pena se disminuirá conforme al ARTICULO 39

5) LEGISLACIÓN MEXICANA:

Parte extractada del Código Penal Mexicano, llamado CÓDIGO PENAL FEDERAL, publicado en el Diario Oficial el 14 de agosto de 1931, Reformada la denominación mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 1999.²⁵²

Capítulo III - Personas Responsables de los Delitos:

Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

(Reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994)

I. Los que acuerden o preparen su realización;

II. Los que los realicen por sí;

²⁵²<http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/tcfed/8.htm?s>

- III. Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
- VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

(Adicionado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994)

Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.

Artículo 14. Si varios delincuentes toman parte en la realización de un delito determinado y alguno de ellos comete un delito distinto, sin previo acuerdo con los otros, todos serán responsables de la comisión del nuevo delito, salvo que concurran los requisitos siguientes:

- I. Que el nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;
- III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito, y
- IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su parte para impedirlo

6) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA:

Parte extractada del Código Penal Español, creado mediante Ley Orgánica del Código Penal, 10/1995, de fecha 23 de noviembre del año 1995.²⁵³

TÍTULO II - De las personas criminalmente responsables de los delitos

Artículo 27. Son responsables criminalmente de los delitos los autores y los cómplices.

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

También serán considerados autores:

²⁵³<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

- a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.
- b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.

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

Artículo 30.

1. En los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos no responderán criminalmente ni los cómplices ni quienes los hubieren favorecido personal o realmente.

2. Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden:

- 1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo.
- 2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda.
- 3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora.
- 4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora.

3. Cuando por cualquier motivo distinto de la extinción de la responsabilidad penal, incluso la declaración de rebeldía o la residencia fuera de España, no pueda perseguirse a ninguna de las personas comprendidas en alguno de los números del apartado anterior, se dirigirá el procedimiento contra las mencionadas en el número inmediatamente posterior.

Artículo 31.

El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

7) LEGISLACIÓN FRANCESA

Parte extractada del Código Penal Francés, modificado con fecha 15 septiembre 2003.²⁵⁴ – Traducido al español.

Artículo 121-4

Es autor de la infracción quien:

1º Comete los hechos penados por la ley;

²⁵⁴http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20080616_45.pdf

2º Intenta cometer un crimen o, en los casos previstos por la ley, un delito.

Artículo 121-5

Hay tentativa desde el momento en que, habiéndose dado comienzo a la ejecución, ésta se ve suspendida o deja de causar sus efectos por circunstancias ajenas a la voluntad de su autor.

Artículo 121-6

Será castigado como autor el cómplice de la infracción en el sentido del artículo 121-7.

Artículo 121-7

Es cómplice de un crimen o de un delito quien, a sabiendas, con su ayuda o con su asistencia, haya facilitado su preparación o consumación.

También es cómplice quien por dádiva, promesa, amenaza, orden, abuso de autoridad o de poder haya provocado a cometer una infracción o dado las instrucciones para su comisión.

CONCLUSIONES

- ❖ A lo largo del desarrollo de la presente investigación, del análisis doctrinario respecto a la participación de los sujetos en el hecho punible, pudimos observar como se ha ido superando el concepto de “autor”, ya que en un primer momento, se entendió desde el plano de la causalidad que quien ocasionaba el hecho típico se convertía automáticamente en autor (conceptos unitario y extensivo de autor). Luego, se vinculó a la idea de causalidad un criterio de corte formalista, en el entendido que no podía calificarse como autor a todo el que causará el resultado ilícito, sino sólo a quien ejecutaba la acción descrita en el correspondiente tipo penal (concepto objetivo-formal de autor). Posteriormente, el desarrollo teórico de la codelincuencia permitió comprender que la configuración de la autoría no dependía; ni de la causalidad ni de la ejecución personal del hecho típico, sino de la verificación de quién entre todos los intervinientes tiene “en sus manos” las riendas del acontecer delictivo (dominio del hecho).

- ❖ Desde éste último punto de vista y, como acertadamente ROXIN al publicar su obra “Autoría y dominio del hecho” en el año 1963, se encuentra consenso tanto en la doctrina europea (alemana y española) como latinoamericana, respecto a tres cuestiones básicas;

a) la adopción del sistema de diferentes formas de intervención en el delito frente a la concepción unitaria de autor; b) la aceptación del concepto restrictivo de autor, y c) la idea según la cual el dominio del hecho representa la base decisiva de la autoría. Fue así que gracias a la ayuda del criterio del dominio del hecho, autor es todo sujeto que tiene tal dominio (dominio de la acción, de la voluntad o funcional), es decir es quien puede decidir sobre los aspectos esenciales de la ejecución del hecho punible, mientras que partícipe (cómplice e instigador) es todo aquél que no posee tal dominio y que al no poder lesionar el bien jurídico tutelado, su responsabilidad penal se justifica en tanto contribuye a la realización de un “hecho ajeno”.

- ❖ Además, es de advertir que la teoría del dominio del hecho ha alcanzado notoria y amplia preferencia tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial; ello en vista de las numerosas sentencias judiciales a nivel nacional, en donde se recoge los postulados de la teoría del dominio del hecho como una suerte de “mejor herramienta” para realizar la diferenciación entre autores y cómplices en la participación criminal. Por otra parte, el investigador al analizar la doctrina y tipificación normativa respecto a la coautoría y la complicidad primaria, considera que no resulta idóneo el criterio del

dominio del hecho para determinar la autoría y la complicidad primaria, pues, como se ha podido observar en los delitos de robo agravado analizados, la realización del hecho delictivo con pluralidad de agentes, todos ellos tienen de alguna manera cierto dominio del hecho, pues, en la realización del hecho delictivo no sólo se exige la concurrencia de dominio por parte de los agentes, sino que se debe observar la función de la atribución del comportamiento y las consecuencias que genera. Lo que ciertamente, pone en evidencia que la figura de la complicidad primaria, ha adquirido una función residual pues agrupa aquellos comportamientos que si bien representan un aporte esencial para la comisión del hecho punible, no pueden ser calificados como coautoría al carecer aparentemente de dominio sobre el suceso y participación durante su fase ejecutiva, sumado a ello, se ha podido notar que resulta insuficiente la calificación que se hace respecto al cómplice secundario ello en virtud del artículo 25°, segundo párrafo del Código Penal peruano.

- ❖ En atención al párrafo anterior, a lo largo del desarrollo del trabajo de investigación; más precisamente, al analizar las diversas sentencias de primera instancia a nivel de la Primera y Segunda Sala Penal de Ayacucho respecto a la comisión del delito de robo agravado; se observa que la calificación realizada a título de autores o cómplices, se desarrolla de forma general y carente de análisis

legal-normativo y fáctico, no haciendo precisión si el agente delictivo tuvo participación a título de cómplice primario o secundario; pues sólo se realiza la distinción entre “autores o cómplices”; o peor aún, se ha verificado en las sentencias que todos los agentes delictivos se les incrimina a título de “coautores”, omitiendo así, el análisis fáctico y normativo de la participación criminal en cada caso concreto, lo que ciertamente demuestra, que la redacción establecida por el legislador para diferenciar las conductas recogidas en los artículos 23º y 25º del Código Penal, resultan insuficientes y contrarias, pues no establecen una acertada delimitación normativa entre una y otra.

- ❖ Por otra parte; efectuado el trabajo de campo, el investigador ha podido advertir, en virtud de las entrevistas y encuestas realizadas a los distintos Jueces y Fiscales Superiores, y demás operadores de justicia, que no tienen clara diferenciación para calificar las conductas delictivas de los procesados a título de coautores y cómplices primarios; tanto más, si han expresado como “poco clara” o “muy genérica” la redacción del artículo 25º del código penal; asimismo, varios de los entrevistados han señalado que debería optarse por establecer un quantum de penas para diferenciar entre una u otra conducta delictiva (complicidad primaria y secundaria).

- ❖ Si bien es cierto, analizada la doctrina con respecto a los postulados de la complicidad primaria y la coautoría, existen grandes aportes de los autores en poder delimitar las conductas punitivas de cada tipo penal, sin embargo, es el operador de justicia; Jueces y Fiscales, en su labor hermenéutica, quienes no encuentran consenso ni uniformidad para poder delimitar las conductas delictivas de los sujetos intervinientes, sino que, optan por lo más sencillo de calificar a los sujetos delictivos a título de "autores" y "coautores", omitiendo hacer mayor análisis legal-normativo y fáctico para su correcta calificación, lo que ciertamente, va en desmedro del principio de legalidad, la seguridad jurídica y las garantías que ostentan los ciudadanos frente al ius puniendi estatal.

- ❖ Asimismo, de la información recaba en el Capítulo V – Derecho Comparado, ha servido al investigador para poder analizar y verificar que tanto las legislaciones Colombiana, Chilena, Boliviana, Mexicana, y Española, respecto a la calificación normativa de la codelinuencia, no realiza distinción entre la intervención a título de complicidad, a diferencia de la peruana, que establece un tipo de complicidad primaria y secundaria, sino por el contrario, solo regula la participación entre autores y cómplices.

- ❖ Por lo que, luego de la investigación efectuada por el tesista, analizada la doctrina pertinente, así como, realizado el trabajo de campo entre los distintos fallos recogidos de la Primera y Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, lo manifestado por los Jueces, Fiscales y demás operadores de justicia; me pregunto si es necesario seguir manteniendo la regulación de la complicidad primaria en el Código Penal o es preferible suprimirla, trasladando los supuestos englobados bajo ella a la regulación legal de la coautoría y mantener el aporte secundario en la perpetración del ilícito penal como una forma de complicidad.

RECOMENDACIONES

- ❖ A mi casa de estudios, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, se continúe con el apoyo a los estudiantes egresados a que busquen en el campo científico de las investigación su primera opción de obtener el título de abogado, lo cual engrandecerá a nuestra facultad y propiciará el desarrollo de nuevos temas en el ámbito del Derecho.

- ❖ Al Poder Judicial y sus órganos competentes; en vista que las sentencias que brinda la página web no comprenden las causas penales tramitadas en ninguna sede, reservándose únicamente a causas civiles, laborales, constituciones, y demás. Fue labor del investigador realizar la verificación personal (in situ) de los expediente que se encuentran en las Salas Superiores de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho; por lo que, invoco que las sentencias penales de los distintos procesos sean publicadas a través de la página web del Poder Judicial, para que la colectividad en general, tenga conocimiento de las causas tramitadas; y sobre todo, nosotros los investigadores podamos tener mayor acceso de la información.

- ❖ A los operadores de justicia, Jueces y Fiscales de nuestra región, se preocupen un poco más, por conocer respecto al tema de los distintos tipos de participación criminal (autores y cómplices) ello con el fin de que a efectos de evitar sentencias que no se ajusten a la legalidad, debiendo hacer mayores esfuerzos por diferenciar si la participación criminal fue a título de coautores o cómplices.

INICIATIVA LEGISLATIVA

El investigador, luego de estudiar los distintos conceptos doctrinarios como jurisprudencias referentes al tema en estudio, considera oportuno por modificar la redacción del tipo penal del artículo 25º del Código Penal; más aún, como se ha podido recoger de las distintas sentencias a nivel de nuestra Primera y Segunda Salas Penales de Ayacucho, no se hace mayor distinción entre las conductas delictivas a título de cómplice primario o secundario.

Dicho ello, considero oportuno, que la redacción del artículo 25º de nuestro Código Penal, no debería realizar una diferenciación entre cómplices primarios o secundarios; sino, establecer un solo tipo de complicidad, ello en vista, que las conductas recogidas en el artículo 23º establecen de por sí, la conducta a título de autor, y la complicidad debería ser recogida como un solo tipo de “aporte”, “auxilio” o “asistencia” al desarrollo criminal en los delitos; tanto más, como se ha podido analizar en el Capítulo V de la presente tesis – referente a la Legislación Comparada, en los Códigos Penales tanto de Argentina, Chile, Bolivia, México y España, no se hace distinción entre la complicidad (primario o secundaria), sino de forma general, como una sola forma de complicidad.

En atención a ello, el investigador considera apropiado que la redacción del artículo 25 del Código Penal recoja un solo tipo de complicidad o una sola forma de cooperación en calificar la conducta delictiva en el aporte o auxilio de las conductas para los autores o coautores, lo que ciertamente, a la luz de las sentencias analizadas, ayudara a los Jueces al momento de calificar las conductas delictivas y podrán, con mayor facilidad, diferenciar la participación criminal.

En consonancia a lo referido hasta aquí, el investigador ha tomado conocimiento que en la actualidad se viene debatiendo la promulgación del Proyecto de Ley Nro. 3491-2013-CR – “Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal”, el que recoge en su Capítulo IV - “Autoría y Participación”, el artículo 32° **“Complicidad”** que a la letra dice:

“1. El que el que dolosamente preste auxilio con actos anteriores o simultáneos a la realización del hecho punible, sin los cuales no se hubiere perpetrado, es reprimido con la prevista para el autor. 2. También es reprimido con la misma pena del autor el que dolosamente preste auxilio posterior a la realización del hecho punible, si ello se hubiera pactado previamente con el autor. 3. Los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia a la realización

*del hecho punible se les puede disminuir prudencialmente la pena, inclusive hasta límites inferiores al mínimo legal*²⁵⁵.

Como se puede ver, en el proceso de reforma penal que en la actualidad busca resolver los problemas de inseguridad ciudadana, el legislador ha visto por conveniente suprimir la diferenciación típica de la participación criminal respecto a complicidad, omitiendo hacer una diferenciación entre complicidad primaria y secundaria, optando por englobar a todas estas conductas con una sola forma de cooperación; el cual se condice con lo analizado por el investigador en la presente tesis, y muestra un panorama moderno y actual, conforme a las demás legislaciones ya analizadas.

²⁵⁵ Proyecto de Ley Nro. 3491-2013-CR – “Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal”. (página web del Congreso de la República del Perú).

BIBLIOGRAFÍA

- ✓ BACIGALUPO, Enrique, Principios de Derecho Penal, PG, 5ª edición, Akal, Madrid, 1998.
- ✓ BOLEA BARDON, Carolina, La cooperación necesaria: Análisis dogmático y jurisprudencial, Atelier, Barcelona, 2004.
- ✓ BRAMONT ARIAS, Luis A. y BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A - Esquema de la Parte General. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Segunda Edición. Lima – Perú. 2002. Edit. Jurídica Grijley.
- ✓ BUSTOS RAMÍREZ, Juan - Manual de Derecho Penal, parte general - S.A. PPU, 1994.
- ✓ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en el Derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- ✓ DONNA, Edgardo Alberto, La autoría y la participación criminal, 2ª edición, Rubinzal–Culzoni editores, Buenos Aires, 2002
- ✓ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995, Colex, Madrid, 1997.
- ✓ GARCÍA CAVERO, Percy, Lecciones de Derecho Penal, PG, Grijley, Lima, 2008.
- ✓ GARRIDO MONTT, Mario, Etapas de ejecución del delito, Autoría y participación, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1984.

- ✓ GARRORENA MORALES, Ángel, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1980.
- ✓ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 20, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2006.
- ✓ HURTADO POZO, José, *Manuel de derecho penal – Parte Especial*, 3º Edición 2005, Editora Grijley.
- ✓ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal, PG, Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello Contreras - José Luis Serrano Gonzáles de Murillo, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- ✓ JAKOBS, Günther, *El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, traducción de Manuel Cancio Meliá, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *El sistema funcionalista del Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000.
- ✓ JESCHECK, Hans H; ROXIN, Claus “La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán”, en: *Dogmática penal y política criminal*, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998.
- ✓ JESCHECK, Hans H., *Tratado de Derecho Penal, parte general”* - Editorial Bosch - 5ta edición – 1981.

- ✓ JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho penal, PG, traducción de Miguel Olmedo Cardenete, 5ª edición, Comares, Granada, 2002.
- ✓ MARAVER GÓMEZ, Mario, Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad, en: AAVV. Dogmática actual de la autoría y la participación criminal, Idemsa, Lima, 2007.
- ✓ MAURACH, REINHART - GÖSSEL, KARL H. - ZIPF, HEINZ, Derecho penal, PG 2, traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- ✓ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal, PG, 8ª edición, Montevideo – Buenos Aires, 2008.
- ✓ MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho Penal, PG, 7ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- ✓ PÉREZ ALONSO, Esteban, La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal, Comares, Granada, 1998.
- ✓ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, Manual de Derecho Penal, PG, 2ª edición, Aranzadi, Navarra, 2000.
- ✓ ROSALES ARTICA, “Concepto normativo del dolo en el Derecho penal”, en: Gaceta Penal, N° 6, Gaceta Jurídica, Lima, 2009

- ✓ ROXIN, Claus “La delimitación entre autoría y participación según el Derecho alemán”, en: Dogmática penal y política criminal, traducción de Manuel Abanto Vásquez, Idemsa, Lima, 1998
- ✓ ROXIN, Claus “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en: Revista Penal, N° 2, 1998,
- ✓ ROXIN, Claus, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, traducción de la 7ª edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis González de Murillo, Marcial Pons, Madrid–Barcelona, 2000
- ✓ ROXIN, Claus, Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada, en: Revista Penal, N° 2, 1998, p. 63.
- ✓ SALINAS SICCHA, Ramiro, Derecho Penal - parte especial, 6ta. Edición, octubre del 2015, Editorial Iustitia.
- ✓ URQUIZO OLAECHEA, José “El concepto de autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código penal peruano”, en: AAVV, Dogmática actual de la autoría y la participación criminal, Idemsa, Lima, 2007.
- ✓ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, Prologo en “Autoría y participación criminal nuevos paradigmas”. 1ra. Edición, Año 2015.
- ✓ WELZEL, Hans Estudios sobre el Sistema de Derecho penal”, en: Estudios de Derecho Penal, traducción de Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw, Colección: Maestros del Derecho Penal, N° 6, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2002.

ARTÍCULOS:

- “La complicidad como forma de participación criminal” - José Luis Castillo Alva, publicado en la edición número 9 de la Revista Peruana de Ciencias Penales.

- “Cuestiones fundamentales de autoría y participación en los delitos de organización” – Trabajo de investigación de posgrado – Doctorado de la Universidad Particular San Martín de Porres – año 2010.

- “Autoría y participación” – Cuadernos de investigación y jurisprudencia - Javier Villa Stein – año 2005.

- Autoría y participación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. ¿Es necesaria una nueva teoría de la intervención? - Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Anuario de Derecho Penal 2008 – Luis Gustavo Guillermo Bringas. Año 2008.

- Análisis dogmático y jurisprudencial respecto a la coautoría como dominio funcional del hecho - Percy André Sota Sánchez - Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de San Martín de Porres. Año 2010.

ANEXOS:

ENCUESTA

Seleccionar su condición:

JUEZ SUPERIOR () FISCAL SUPERIOR () FISCAL PROVINCIAL ()
ABOGADO LITIGANTE () DOCENTE UNIVERSITARIO ()

MARQUE CON UN ASPA (X) LA RESPUESTA QUE CONSIDERE PERTINENTE Y DE SER EL CASO COMENTE

PREGUNTAS:

1.- ¿Considera clara la diferenciación conceptual entre Coautoría y Complicidad?

Si No Meridianamente

2.- ¿A su criterio, considera clara la delimitación normativa entre la Coautoría y Complicidad primaria?

Si No Meridianamente

3.- ¿De acuerdo a su experiencia profesional y laboral, ha conocido casos en los cuales no es clara la delimitación o distinción entre la Coautoría y Complicidad primaria?

Si No Cuántos casos aprox. N° _____

4.- ¿Ha conocido casos de Robo Agravado en los cuales haya existido complejidad en determinar si los responsables actuaron a título de Coautor o Cómplice Primario?

Si No

¿Por qué considera que existió complejidad?-----

5.- ¿A su parecer considera que la distinción que realiza el Código Penal entre Coautor y Cómplice Primario es clara y sencilla de entender?

Si No Meridianamente

Por qué?-----

6.- ¿A su criterio, de ser el caso, considera acertado que el legislador opte por derogar el tipo penal de Coautor o el de Cómplice Primario?

Si No

Comente su respuesta:-----

7.- ¿Considera usted que los Jueces al momento de sentenciar, no tienen claras las distinciones entre Coautoría y Complicidad Primaria?

Si No

Comente su respuesta:-----

ENTREVISTA

Seleccionar su condición:

JUEZ SUPERIOR () FISCAL SUPERIOR () FISCAL PROVINCIAL ()
ABOGADO LITIGANTE () DOCENTE UNIVERSITARIO ()

PREGUNTAS:

1.- Para usted ¿Es pertinente establecer diferenciación entre autor y cómplice en casos de delitos con pluralidad de sujetos?
Por qué?

2.- ¿A su criterio, considera clara la delimitación normativa entre la Coautoría y Complicidad primaria?
Por qué?

3.- ¿En su experiencia profesional y laboral, ha conocido casos en los cuales no es clara la delimitación o distinción entre la Coautoría y Complicidad primaria?

Comente: -----

4.- ¿Ha conocido casos de Robo Agravado en los cuales haya existido complejidad en determinar si los responsables actuaron a título de Coautor o Cómplice Primario?

Comente: -----

5.- ¿A su parecer considera que la distinción que realiza el Código Penal entre Coautor y Cómplice Primario es clara y sencilla?
Por qué?: -----

6.- ¿A su criterio, de ser el caso, considera acertado que el legislador opte por derogar el tipo penal de Coautor o el de Cómplice Primario?

Comente su respuesta: -----

7.- ¿Considera usted que los Jueces al momento de sentenciar, no tienen claras las distinciones entre Coautoría y Complicidad Primaria?

Comente su respuesta: -----

8.- ¿Desde su óptica laboral, que recomendación y/o aporte podría dar respecto a la tipificación y/o interpretación de la Coautoría y Complicidad Primaria?

Comente su respuesta: -----

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TEMA: "INCIDENCIA EN LA DELIMITACIÓN NORMATIVA ENTRE COAUTORIA Y COMPLICIDAD PRIMARIA EN LA DETERMINACION DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO, EN LOS PROCESOS PENALES DE LA PRIMERA Y SEGUNDA SALA PENAL DE AYACUCHO, DURANTE LOS AÑOS 2012 Y 2013".

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	FORMULACIÓN DE HIPOTESIS	IDENTIFICACIÓN Y DE CLASIFICACIÓN DE VARIABLES	METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN
<p>• Problema principal</p> <p>¿En qué medida la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria incide en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado?</p> <p>• Problemas secundarios:</p> <p>a. ¿De qué forma la jurisprudencia de la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado?</p>	<p>• Objetivo general:</p> <p>Analizar en qué medida la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.</p> <p>• Objetivos específicos:</p> <p>a. Analizar de qué forma la jurisprudencia de la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.</p>	<p>• Hipótesis general:</p> <p>La delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de responsabilidad penal en el delito de robo agravado.</p> <p>• Hipótesis específicas:</p> <p>a. La jurisprudencia de la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye positivamente en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo</p>	<p>• Variable Independiente (X):</p> <p>La delimitación normativa entre Coautoría y Complicidad Primaria.</p> <p>• Variable Dependiente (Y):</p> <p>La determinación de responsabilidad penal en el delito de Robo Agravado, en los procesos penales de la Primera y Segunda Sala Penal de Ayacucho, durante los años 2012 y 2013.</p> <hr/> <p>OPERACIONALIZACIÓN DE HIPOTESIS, VARIABLES E INDICADORES</p>	<p>• Tipo y Nivel de Investigación</p> <p>Tipo de investigación: Básico Nivel de investigación: Descriptivo – Causal – Explorativa.</p> <p>• Método y Diseño de la Investigación</p> <p>Método: análisis y síntesis Diseño: descriptivo</p> <p>• Universo, Población y Muestra</p> <p>Universo: Los expedientes judiciales por el delito de robo agravado tramitados durante los años 2012 y 2013 en la Primera y Segunda Sala Penal de Ayacucho.</p>

<p>b. ¿De qué manera la labor hermenéutica de la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria incide en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado?</p>	<p>b. Analizar de qué manera la labor hermenéutica de la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria incide en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.</p>	<p>agravado.</p> <p>b. La labor hermenéutica de la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria incide positivamente en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.</p>	<p>LA COAUTORIA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Marco Normativo - Jurisprudencia - Doctrina <p>LA COMPLICIDAD PRIMARIA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Marco Normativo - Jurisprudencia - Doctrina 	<p>Población: Aproximadamente 100 expedientes judiciales tramitados durante los años 2012 y 2013 en la Primera y Segunda Sala Penal de Ayacucho.</p>
<p>c. ¿En qué medida la doctrina de la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado?</p>	<p>c. Determinar en qué medida la doctrina de la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.</p>	<p>c. La doctrina de la delimitación normativa de la coautoría y la complicidad primaria influye positivamente en la determinación de la responsabilidad penal en el delito de robo agravado.</p>	<p>EL MARCO LEGAL</p> <ul style="list-style-type: none"> - Constitución Política del Estado (1993) - Legislación nacional - Legislación extranjera - Código Penal Peruano <p>LA JURISPRUDENCIA</p> <p>Jurisprudencia nacional</p> <ul style="list-style-type: none"> - Tribunal constitucional - Corte suprema de Justicia. <p>Derecho Comparado</p> <ul style="list-style-type: none"> - La coautoría y la complicidad primaria en el derecho extranjero. 	<p>Muestra: El investigador considera apropiado, dada la escases de expedientes judiciales, tomar el 50% de la población, por lo que correspondería a la muestra el total de 50 expedientes judiciales tramitados durante los años 2012 y 2013 en la Primera y Segunda Sala Penal de Ayacucho.</p>
			<p>LABOR HERMENÉUTICA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Interpretación y valoración en los casos concretos. - Sentencias Judiciales de primera instancia 	<p>• Técnicas, Instrumentos y Fuentes de Recolección de Datos</p> <p>Técnicas: Recopilación y análisis bibliográfico y doctrinario, fichado, entrevistas y encuestas.</p> <p>Instrumentos: Fichas, registro de datos, encuesta estructurada, entrevista.</p>
			<p>LA DOCTRINA</p> <ul style="list-style-type: none"> - Doctrina nacional - Doctrina extrajera - Finalidad - Alcances 	<p>Fuentes: Bibliografía, expedientes judiciales, resoluciones judiciales, jurisprudencia, normas, leyes, constitución, códigos, páginas de internet.</p>

			<p>LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO</p> <ul style="list-style-type: none">- La Responsabilidad Penal- La culpabilidad <p>EL DELITO DE ROBO AGRAVADO</p> <ul style="list-style-type: none">- Naturaleza- Diferencias entre hurto y robo- El robo Simple- El delito de robo agravado <p>Tipicidad</p> <ul style="list-style-type: none">- Circunstancias agravantes- Concurso aparente de leyes- Penalidad	
--	--	--	--	--