

APUNTES SOBRE LA REFORMULACIÓN DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN A TRAVÉS DE UN INJUSTO COLECTIVO DE INTERVENCIÓN

Paúl Mendoza Vásquez¹

1) ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

De la teoría de la intervención delictiva se ha dicho en más de una ocasión, que resulta ser el capítulo más oscuro del derecho penal. Se ha llegado a afirmar que una doctrina que hace depender la autoría de variables y circunstancias no definidas, y que aboga por una ponderación global no determinada jurídicamente de todas las circunstancias del caso concreto, no conoce reglas ni excepciones; sencillamente, no es dogmática².

Dada la complejidad y amplitud del tema que aun hoy no está exenta de discusiones, llegamos a darnos cuenta de que la teoría de la intervención delictiva tal como la conocemos hoy, no resulta ser del todo satisfactoria, en ese sentido, involucrándonos con el estado actual de la cuestión, creemos conveniente hacer un trabajo de reforma en este plano de la doctrina, y de esta manera superar viejos axiomas y preceptos que están anclados en nuestro ordenamiento jurídico penal, los mismos que deben apartarse para dar lugar a propuestas de nuevo cuño que han sido trabajadas por un sector de la doctrina, y justamente sobre este nuevo enfoque hacemos patente los siguientes apuntes³.

¹ Miembro extraordinario de “Sociedad Jurídica” Asociación Civil de la Universidad Nacional Federico Villarreal, Coordinador Académico del “Taller de Derecho Penal Económico & de la Empresa” de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

² BOTTKE, Wilfried. “Criminalidad económica y Derecho Criminal económico en la República Federal de Alemania”. En: Revista Penal N° 4. 1999, p. 24. Disponible en el enlace www.Uhu.Es.

³ Resulta pertinente recordar las palabras de Gimbernat respecto a la importancia de la Dogmática Jurídica penal: “(...) Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación. Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución (...). A veces se le objeta a la dogmática penal que trata de partir un pelo por la mitad, su excesiva y exagerada elaboración conceptual. Pero si recordamos la significación de la pena habrá que responder a esta objeción: Difícilmente puede exagerar la dogmática en lo que hace referencia a la fijación de conceptos (...)”. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “¿Tiene un futuro la Dogmática Jurídica penal?”. Lima, 2009, pp. 40-43.

Cuando un hecho delictivo es realizado por una sola persona, no hay mayor problema en considerarla autor del mismo, en correcta aplicación de la teoría del delito, toda vez que concurren los presupuestos que exige esta teoría. No obstante, sucede que en la mayoría de casos los delitos son cometidos por una pluralidad de sujetos, entonces, resulta no ser tan pacífica la solución, pues dependerá de un cúmulo de características e instituciones llevar a buen progreso la solución de infinidad de casos. Así, la teoría de la intervención delictiva ha pasado por un largo proceso de desarrollo, y es mayoritario en distintos sistema normativos, reconocer un injusto de autoría (quienes dominan el hecho) y un injusto de participación (accesoria a la autoría), pero la diferenciación entre autoría y participación antes de ser el dominio del hecho, se basó en otros criterios, los cuales explicaremos en los siguientes párrafos.

Antes de esbozar las distintas teorías que se han desarrollado, planteamos un ejemplo ya conocido: Para la realización de un robo a un banco, varias personas se distribuyen las funciones. Una primera persona se encargó de estudiar por varios días la frecuencia con la cual entran y salen los clientes y usuarios del banco, las horas en donde hay exceso o moderado tránsito de clientes. La segunda persona se encargó de conseguir armas, municiones, pasamontañas y celulares, así como hacer un plano de las calles aledañas. Tres personas son los encargados de ejecutar el asalto directamente para lo cual reducen a los vigilantes y usuarios mediante amenazas para luego sustraer el dinero de la caja fuerte. Una sexta persona se encargó de vigilar la zona y de alertar al resto en caso de alguna contingencia. Finalmente la última persona se limitó a conducir el auto en el cual fugan los tres delincuentes que ejecutaron directamente el asalto del banco.

Podemos agregar una variante al ejemplo: supongamos que los tres delincuentes que se encargarían de ejecutar el robo, entran sigilosamente al banco pero observan que está repleto de vigilantes, policías, cámaras, entre otras medidas de seguridad, con lo que llegan a cuenta de que no podrán realizar un robo exitoso, luego de caminar unos minutos deciden retirarse del banco y si dirigen hacia donde está el conductor para volver a casa frustrados.

Del análisis de este caso, cuanto menos algunas preguntas debemos formularnos: ¿en caso de ser atrapados, deberán responder todos los intervenientes de la misma manera?, ¿son algunos autores y otros partícipes?, ¿cuáles son los criterios para hacer una diferenciación en las formas de intervención?.

Para absolver estas preguntas y otras más, a nivel doctrinario se esbozaron diversas teorías sobre la autoría y participación basando esencialmente sus esfuerzos por fundamentar algunas diferencias, las cuales podemos resumir en dos grandes sistemas: un sistema unitario que considera autores a todos aquellos que hayan realizado causalmente algún aporte para la realización del delito, por otro lado, un sistema diferenciador que separa formas de autoría y participación basándose en que cada

conducta representa un injusto autónomo o en un ámbito de accesoriedad de la conducta del partícipe respecto de la conducta del autor.

1.1. Sistema Unitario

Este sistema pertenece a la vieja escuela del causalismo naturalista del siglo XIX, cuya fundamentación fue la rezagada teoría de la “equivalencia de las condiciones”. Para el sistema unitario, autores son “todos los intervenientes que prestan una contribución causal a la realización del delito, sea como autor o partícipe, no siendo necesario que su contribución al hecho se materialice en acciones típicas”.⁴

Para esta visión, todo aquel que aporta algo por más nimio que sea, responderá como autor, lo que significa de llegada erradicar toda diferencia entre autoría y participación, resultando innecesario hablar de algún tipo de accesoriedad.

Esta teoría, en la actualidad, se condice con la idea de autoría en delitos imprudentes, toda vez que esta clase de delincuencia, en nuestro ordenamiento jurídico no admite la participación a nivel de complicidad, respecto a la instigación, su aplicación es cuanto menos discutible⁵.

1.2. Sistema Diferenciador

Este sistema sí resuelve encontrar diferencias en los niveles de intervención, rechazando la idea de que todo interveniente en un hecho delictivo, sin más deba ser considerado autor; sino que deben separarse entre un injusto de autoría y un injusto de participación. A su vez, este sistema se bifurca en dos vertientes, aquellos que consideran autónomo al injusto de participación y aquellos que consideran una accesoriedad de la participación.

⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal Parte General”. Lima, 2014, p. 461.

⁵ Así parece entenderse cuando Rodríguez Delgado se refiere al concepto unitario de autor de la siguiente manera: “dicha tesis no es admitida para el delito doloso (que representa más del 95% de los delitos en el Código Penal), pero en mi opinión, al igual que en Alemania, dicho concepto sí resulta aplicable para el delito imprudente”. Más adelante el mismo autor señala: “Concebida así la instigación, no es conflictivo aceptar la instigación en un delito imprudente, que incluso permitiría la posibilidad de que haya una instigación dolosa a un hecho imprudente y una instigación imprudente a un delito imprudente”. RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. “El tipo imprudente, una visión funcional desde el Derecho Penal peruano”. Lima, 2013, pp. 204-227.

A. Autonomía del Injusto de Participación

Esta vertiente cuyo sector de la doctrina está representada por autores como Luderssen, Schmidhauser y Sancinetti⁶, señalan que existen dos formas de intervención pero cada una independiente: el hecho del autor comprende un injusto autónomo y el hecho del partícipe comprende otro injusto autónomo.

Aquí no existe una accesoria del partícipe, sino todo lo contrario, la conducta del autor y la conducta del partícipe responden como injustos propios, por lo tanto lo correcto aquí no sería hablar de una “participación delictiva” sino más bien de un “delito de participación”, pues si bien la conducta del partícipe puede ser determinante, necesaria o innecesaria en la conducta del autor, tal calificación resulta intrascendente a estos efectos, toda vez que el partícipe responde por el hecho de actuar vulnerando un interés protegido por el ordenamiento jurídico y no por aportar algo a un hecho ajeno que le corresponde al autor.

Queda claro, entonces, que para esta tesis no interesa si la conducta del partícipe aporta algo a la conducta del autor, si existe o no un vínculo accesorio, eso no es lo trascendental, sino lo relevante es que cada quien con sus propias conductas ya está realizando un delito propio. A esta tesis de la autonomía del injusto de participación se le ha criticado que al considerar punible un comportamiento anterior al inicio de la tentativa quiebra el principio de lesividad o principio del hecho, según el cual solo son punibles las sanciones que exteriorizan socialmente una perturbación a intereses penalmente garantizados .

En la variante del ejemplo del robo que propusimos al comienzo de estas líneas, si aplicamos esta tesis, deberán responder quienes se encargaron de estudiar la frecuencia con la cual entraban y salían los clientes, así como aquel que abastecía de armas, pasamontañas y celulares por un delito de participación, aun cuando el resto de intervenientes no empiece a ejecutar el delito, pues los primeros intervenientes cometan su propio ilícito con el solo hecho de realizar su comportamiento autónoma, puesto que una vez finalizado les será imposible revocar su comportamiento.

Al margen de que las conductas de los partícipes en el ejemplo citado, puedan resultar delictivas por sí mismas (p.ej. delito de marcaje, tráfico ilícito de armas), tales conductas no reflejan ninguna peligrosidad en relación al delito de robo agravado, pues solo son meros actos preparatorios que no pueden ser sancionados ni siquiera como tentativa. Si hacemos otra variante en el ejemplo y solamente las tres personas que ejecutan directamente el robo al banco son quienes desde un comienzo planean realizar el

⁶ Al respecto puede revisarse el trabajo de SANCINETTI, Marcelo. “El ilícito propio de participar en el hecho ajeno”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

atraco, ellos mismos se abastecen del armamento, celulares, elaboración de croquis, etc. y entran sigilosamente al banco solo para darse cuenta de que no podrán efectuar un robo exitoso debido al exceso de seguridad y finalmente retirarse frustrados. Esta vez no podemos decir que los comportamientos de los tres ejecutores resulten como una tentativa de robo agravado, toda vez que sus comportamientos no han exteriorizado ningún desvalor, y por tanto nunca resultaron peligrosas o idóneas para lesionar un interés protegido. Entonces ¿por qué deben ser sancionadas estos mismos comportamientos cuando son realizados los dos intervenientes anteriores?, Lesch, pone de manifiesto este problema señalando que “si es que se quiere seguir el concepto del injusto autónomo de forma consecuente, debería ser aclarado por qué la fase preparatoria es punible, en tanto injusto, en caso de que alguien coopere en división de trabajo, y por el contrario, por qué debería quedar impune, cuando el todo ha sido planeado y ejecutado por un mismo actor”⁷. Queda claro que con esta tesis se vulnera seriamente el principio de lesividad la cual ordena que toda conducta para ser sancionable debe lesionar o cuando menos poner en peligro a un bien jurídico.

B. Accesoriedad del Injusto de Participación

Esta vertiente de la teoría diferenciadora, es la más aceptada en la doctrina general, se parte también del supuesto de que existen dos formas de intervención de acuerdo al comportamiento realizado: una principal que es realizado por el autor y una secundaria o dependiente que es realizado por el partícipe, de allí se desprenden un injusto de autoría y un injusto de participación.

Sobre el injusto de la autoría, señalan que el autor es aquel sujeto infractor que está descrito en el tipo penal con el genérico “el que”, y que directa o indirectamente lesionan o pone en peligro un bien jurídico. Por ej. “el que mata a otro...”, “el que procura para sí o para otro un provecho ilícito....”, etc., es aquella persona que infringe una norma de la parte especial del código penal, es el personaje principal que aunque no necesariamente ejecuta por sí mismo el delito, resulta competente por su mayor dominio de organización.

En este nivel, las teorías se han desarrollado progresivamente, así inicialmente se esbozó un concepto extensivo de autoría, considerando autor a todo aquél que haya condicionado la causación del tipo penal, aunque esta idea también resulta extremadamente extensiva, recurrieron a la teoría subjetiva de la participación, es decir, autor es quien tiene interés propio en el delito y actúa con ánimo de autor (*animus autoris*), mientras que partícipes son aquellos que no tengan un interés propio y actúen con ánimo de partícipe (*animus socii*). De esta teoría el ejemplo más conocido es el caso

⁷ LESCH, Heiko Harmut. “Intervención Delictiva e Imputación Objetiva” Traducción de Javier Sánchez-Vera Gómez – Trelles. En: ADPCP, T.XLVIII, Fasc. III, 1995, p. 936.

de la bañera acaecido en la Alemania de los años 30's, en este caso se condenó como autora de parricidio a la madre de un recién nacido, a pesar de no haber realizado por si misma el hecho, sino que fue su hermana quien a pedido de la madre mató al neonato ahogándolo en una bañera, ésta última terminó siendo condenada como cómplice del parricidio. El fundamento de la sentencia fue claro, la madre que no hizo nada, habría actuado con ánimo de autor, mientras que la hermana quien fue la que realizó el hecho, habría actuado con una voluntad subordinada (*animus socii*) al de la madre. Desde luego, este concepto de autoría no tardó en ser criticado por su exagerado subjetivismo, pues, las categorías de autoría y participación no podían dejarse al arbitrio del ánimo o voluntad con el que actuaba todo interviniente, aquí debemos darle la razón a Jakobs cuando dice que "el subjetivismo radical confunde injusto con pecado"⁸.

Ante el infortunio del concepto extensivo, se recurrió a un concepto restrictivo de autoría, dentro de la cual se esbozaron un concepto objetivo-formal y un concepto objetivo-material de autor. El concepto objetivo-formal de la autoría busca superar las deficiencias del concepto unitario y extensivo de autoría y fundamenta su idea de autoría distinta a la de intervención, con una interpretación literal del tipo penal, así solo será autor quien ejecute directamente la conducta descrita en el tipo penal (verbo rector). Es así que autor es quien realiza, en forma total o parcial, la acción ejecutiva adecuada al tipo, y partície es quien colabora en la realización del tipo solo con una acción preparatoria o de auxilio⁹. Sin embargo, este concepto fracasa al intentar aterrizar su concepto en la autoría mediata donde el autor no es quien ejecuta por sí mismo la conducta típica, e incluso con la misma naturaleza de la coautoría, donde existe siempre una división de funciones. Ej. El jefe de la organización criminal que no ejecuta directamente el secuestro.

Por otro lado, el concepto objetivo-material de la autoría recurre a la perspectiva de la importancia de la contribución. Así, "autor será el individuo que aporte la condición objetiva más importante. En la relación causal, será autor quien produce la causa, y partície quien pone la condición"¹⁰. Esta teoría al darle preponderancia a la perspectiva objetiva de la conducta, descuida la vertiente subjetiva de la misma, la cual en un determinado contexto concreto puede hacer fluctuar el concepto de autoría, convirtiéndola en participación y viceversa, cosa que no puede ser aceptada.

Actualmente, la teoría con mayor aceptación en la práctica nacional a la que podemos denominar doctrina dominante, es la del "dominio del hecho", desarrollada por la escuela finalista de Welzel y Maurach, posteriormente sería Roxin quien llevará esta teoría hasta sus últimas consecuencias. En palabras de Maurach, dominio del hecho "es

⁸ JAKOBS, Gunther. "Representación del autor e imputación objetiva". p. 226.

⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Op. Cit.*, p. 465.

¹⁰ *Ibid.*, p. 466

el tener entre las manos, abarcado por el dolo, el curso típico de los acontecimientos, y este dominio ha de corresponder a cualquiera, que pueda, al arbitrio de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global”¹¹. Con esta teoría se fijan los límites entre las formas de intervención, quienes tengan el dominio del hecho serán considerados autores, por el contrario, quienes no tengan el dominio del hecho, serán partícipes. El Código Penal Peruano regula las figuras de la autoría y participación en sus artículos 23¹², 24¹³ y 25¹⁴, y aunque no se adhiere de forma manifiesta a la teoría del dominio del hecho, en la doctrina general hay una inclinación mayor por interpretar las reglas de la autoría y participación conforme a esta teoría¹⁵.

Respecto al injusto de participación, la tesis de la accesoriiedad señala que partícipe es aquella persona cuya conducta no está abarcada en la norma de la parte especial, pues esta solo regula a los autores, sino que por una extensión de las normas de la parte

¹¹ Vid. MAURACH - GOSEL. *Strafrech. Allgemeiner Teil*, 2º Parte, 7º edición, 1989, § 47 n.m. 85. Citado por JAKOBS, Gunther. “El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”. En: “El sistema funcionalista del Derecho Penal”. Lima, 2000, p. 166.

¹² **Artículo 23 del Código Penal peruano.-** El que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena establecida para esta infracción.

¹³ **Artículo 24 del Código Penal peruano.-** El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor

¹⁴ **Artículo 25 del Código Penal peruano.-** El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

¹⁵ En el Perú entre quienes se adhieren a esta vertiente de forma manifiesta, se encuentran: VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal. Parte General”. Editorial Grijley, quinta reimpresión. Lima, 2014, pp. 469 y ss.; HURTADO POZO, José y PRADO SALDARRIAGA, Víctor. “Manual de Derecho Penal, tomo II”. Editorial Idemsa, cuarta edición. Lima, 2011, pp. 141 y ss.; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Dominio de la organización y dominio del hecho en la discusión actual”. En: Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública”. Editorial Grijley, Lima, 2014, pp. 439 y ss.; MEINI MENDEZ, Iván. “La autoría mediata en virtud del dominio sobre la organización”. En: Imputación y responsabilidad penal, ensayos de Derecho Penal. ARA Editores, Lima, 2009, pp. 139 y ss.; VILLA STEIN, Javier. “Derecho Penal Parte General”. ARA Editores, Lima, 2014, pp. 375 y ss.; ROJAS VARGAS, Fidel. “¿Complicidad en el delito aduanero o receptación? Compra de automóvil violando el trámite aduanero”. En: Derecho Penal Práctico procesal y Disciplinario”. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2012, pp. 97 y ss.; PEÑA CABRERA-FREYRE, Alonso. “Curso elemental de Derecho Penal - Parte General”. Ediciones Legales, Quinta edición, Lima, 2014, pp. 246 y ss.; SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos contra la Administración Pública”. Editorial Grijley, tercera edición, Lima, 2014, p. 12; RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. “El tipo imprudente, una visión funcional desde el Derecho Penal peruano”. Editorial Grijley, segunda edición. Lima, 2013, pp. 210 y ss.; entre otros tantos autores.

general, resultan competentes por el hecho principal cometido por el autor. Por tanto la conducta del partícipe es dependiente de la conducta del autor, acceden al tipo penal en cuanto su conducta determina o aporta algo significativo a la conducta del autor. Jakobs resume esta idea con una frase significativa “el hecho que lleva a cabo el autor principal es el rojo de la aguja, por el que tiene que pasar todo injusto de participación”¹⁶.

La participación se encuentra ubicada en un nivel accesorio y dependiente de un hecho principal dominado por el autor o los coautores. La participación, según el aporte del partícipe, se divide en primaria y secundaria. La primera se configura cuando el partícipe dolosamente presta auxilio para la realización del hecho punible por parte del autor, sin el cual no se hubiese realizado. Mientras que la participación secundaria se configura cuando el partícipe de cualquier otro modo, sin ser sustancial, hubiese dolosamente prestado asistencia al autor del delito.¹⁷

Frente a esta tesis de la accesoriedad del injusto de participación se ha planteado algunas críticas, pues vulnera seriamente el principio de auto-responsabilidad personal, en tanto hace depender la responsabilidad del partícipe de un hecho ajeno, cuya realización solo puede controlar el autor¹⁸. En el ejemplo que propusimos, la responsabilidad de quienes no ejecutaron el robo directamente dependerá del hecho que realicen las tres personas que sí ejecutan el robo directamente, siendo que si éstos últimos luego de asaltar el banco son detenidos, responderán todos, algunos como autores y otros como partícipes según hayan tenido el dominio del hecho, mientras que en la variante del caso, cuando los tres encargados de ejecutar el atraco salen del banco frustrados al ver imposible la ejecución del delito, no responderá nadie. Vemos que con esta tesis, la suerte de los partícipes está dependiente de la conducta de los autores.

Hasta aquí nos hemos limitado a describir de manera genérica, el estado actual de la teoría de la intervención delictiva en el ordenamiento jurídico peruano, si algo tenemos que dejar en claro al finalizar esta primera parte del trabajo, es señalar de manera enfática, que nuestra postura personal dista enormemente de las teorías hasta aquí esbozadas, sobre todo con la idea actual de accesoriedad que hoy en día ocupa el cómodo lugar de “doctrina dominante”.

¹⁶ JAKOBS, Gunther. “Derecho Penal – Parte General” 22/16. Citado por REAÑO PESCHIERA, José Leandro. “Autoría y participación delictiva: El sistema del injusto único de intervención”. En: Estudios de Derecho Penal. Lima, 2005, p. 192.

¹⁷ SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos contra la administración pública”. Lima, 2014, p. 12.

¹⁸ REAÑO PESCHIERA, José Leandro., *Op. Cit.*, p. 195.

2) REFORMULACIÓN DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

2.1. El concepto de “intervinientes”

Cuando hablamos de codelincuencia, es decir, de una pluralidad de agentes que intervienen en un delito, la teoría del dominio del hecho señala que existe un injusto de autoría como ataque directo a un bien jurídico, y un injusto de participación como ataque accesorio a un bien jurídico. No obstante, para una visión normativista - sistemática del Derecho Penal que aquí sostenemos, consideramos que solo existe un único injusto de intervención. El problema de las teorías diferenciadoras es tratar de encontrar una diferencia cualitativa entre dos formas de injusto, ahí donde siempre ha existido una sola. Robles Planas sostiene que debe abandonarse el concepto de autor como punto de partida de la construcción de toda la dogmática de las formas de intervención. El concepto de “autor” es un subconcepto, secundario y posterior respecto del más amplio y primario de “intervención” en el delito¹⁹.

la tesis de la accesорiedad de la participación, es desarrollada en concordancia con la función de protección de bienes jurídicos y con apoyo de la teoría del dominio del hecho, no obstante, para una visión funcionalista, esta tesis no tiene cabida, pues tanto autores como partícipes se encuentran en igualdad de condiciones en relación a la función comunicativa de la norma, ambos pueden quebrantar por igual las expectativas sociales contenidas en las normas, la única diferencia es el modo en el cual se lleva a cabo dicha infracción, pues tanto autores como partícipes tienen un poder de configuración sobre la intervención en el delito, el dominio del hecho no reside en las manos de un único interveniente sino en el colectivo de varios intervenientes. En consecuencia, es saludable empezar a desterrar la diferenciación entre las denominaciones de autor y partícipe y utilizar el concepto único de “intervinientes”²⁰.

Anteriormente se ha señalado que para la tesis de la accesoria, la diferencia entre autor y partícipe es situada a nivel de tipicidad. Así, los tipos penales de la parte especial hacían referencia a los autores con el genérico “el que” y que los partícipes eran abarcados de forma extensiva por las normas de la parte general. Sin embargo, tal razonamiento no resulta ser correcto, ya que no existe un criterio de interpretación que nos explique que la descripción anónima que hacen los tipos penales con el genérico “el

¹⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo. “Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (El ejemplo de la intervención por omisión). En: INDRET, revista para el análisis del Derecho. Barcelona, 2012, p. 2.

²⁰ CARO JOHN, José Antonio. “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”. En: Normativismo e imputación jurídico – penal, estudios de derecho penal funcionalista. Lima, 2010, p. 129.

que” se correspondan necesariamente con los autores, ese razonamiento sería muy limitado, se propone por el contrario, considerar que los tipos penales de la parte especial no hacen alusión exclusiva a un autor sino que se remiten a las distintas formas de intervención: autores y partícipes en los delitos de dominio, la orientación es que los tipos penales están referidos a un colectivo típico compuesto por las distintas formas de intervención.

2.2. Reformulación del concepto de accesoriedad

Del anterior acápite debe quedar claro que el hecho delictivo no le pertenece exclusivamente al autor sino que también en alguna medida al partícipe, ambos intervenientes.

Ahora bien, el concepto de accesoriedad que se reconoce como mayormente aceptado, permite darle un significado al injusto de participación, para resumir la idea, se dice que habrá responsabilidad del partícipe en cuanto haya responsabilidad del autor, esto es, sí y solo sí existe el hecho configurador de un delito por parte de un autor, también tendrá un significado de manera dependiente la conducta del partícipe. Sin embargo, ¿qué pasaría si por diversos motivos no se puede responsabilizar al autor, por ejemplo porque falleció, debería responder el partícipe como tal tomando en cuenta que no hay un autor?.

Es por ello que a la accesoriedad no debemos entenderla como una idea de dependencia, sino como una idea de posibilidad de acceso al tipo penal o como señala Robles Planas “debería reformularse la noción de accesoriedad, interpretándola como aquella relación mínima necesaria que debe concurrir entre todo interveniente y hecho para poder atribuir responsabilidad penal”²¹. Entendida de esta forma a la accesoriedad como aquel vínculo que relaciona a los intervenientes con el injusto penal, podría afirmarse que, de este nuevo enfoque, ya no sería necesario un supuesto de codelincuencia para hablar de accesoriedad, así es posible que un único interveniente tenga una relación de accesoriedad respecto de su hecho, ello es completamente posible, tomando en cuenta que aun cuando alguien actúa solo, el éxito de su delito depende de ciertos factores y circunstancias que el autor no puede controlar. Piénsese en el siguiente ejemplo propuesto por DENCKER²²: A quiere matar a B. Para ello compra una serpiente venenosa que introduce en la cama de B mientras duerme. Hasta aquí su aportación al hecho. El resto, hasta la producción de resultado, ciertamente no depende directamente del autor y, sin embargo, el hecho sin la “colaboración” de la serpiente no se llegaría a producir nunca. La serpiente, el azar o, en definitiva, la

²¹ ROBLES PLANAS, Ricardo. “La participación en el delito: Fundamento y límites”. Barcelona, 2003, p. 169.

²² El ejemplo es citado por ROBLES PLANAS. *Ibid.* p. 176.

naturaleza, aportan siempre una parte al hecho (a la tentativa acabada del autor). Ello permite afirmar que también el castigo del autor por delito consumado depende de la producción de determinados acontecimientos su aportación es, por tanto, accesoria.

De esta forma queda superada la noción clásica de accesoriedad, que fundamenta la responsabilidad del partícipe por una extensión a través de una norma de la parte general, y en su lugar reemplazándola por un criterio que permite acceder a cualquier interviniente (antes autores y partícipes) con el hecho delictivo descrito en la norma de la parte especial.

2.3. El ocaso del dominio del hecho

Durante el tiempo que se gestó la Escuela Finalista del Derecho Penal a mitades del siglo XX, la teoría del dominio del hecho comenzó a construirse como criterio que permita erigir un concepto restrictivo de autor y uno de partícipe, la limitación fue que esta teoría solo era aplicable en los delitos dolosos, ahí donde sea posible que una conducta esté orientada hacia un determinado fin, mas no en los delitos imprudentes, por ser conductas que no tienen orientación directa de realizar un resultado, por lo tanto ajena al control del autor. Por eso autor es “solamente aquel que mediante una conducción consciente del fin de acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo”²³. La teoría del dominio del hecho fue refinada por Roxin²⁴, quien concluyó que existen tres formas de dominio del hecho: **dominio de la acción** donde se realiza el tipo penal por propia mano la cual es poseída por el autor directo, **dominio de la voluntad** en virtud de coacción, en virtud de error, mediante la utilización de inimputables y jóvenes, y en virtud de estructuras de poder organizadas, en estos casos se hace referencia a que el dominio la posee el “autor detrás del autor” o autor mediato, finalmente se reconoce un **dominio del hecho funcional** que es poseída por los coautores.

Con todo ello, a las limitaciones de la teoría del dominio del hecho para explicar la autoría en los delitos imprudentes, se suma un grupo de delitos conocidos como de “infracción de un deber”, en donde el dominio del hecho no juega ningún papel preponderante para fundamentar la autoría, pues, lo que la fundamenta es la infracción a un deber positivo, sobre esto volveremos más adelante.

Hay que tener en cuenta las palabras de Lesch cuando sostiene que “la teoría del dominio del hecho puede ser precisamente señalada como la teoría de la dogmática penal naturalista por excelencia, puesto que si injusto se define como suceso del mundo

²³ WELZEL, Hans. “Derecho Penal alemán. Parte General”. Buenos Aires, 1976. P. 143.

²⁴ Vid. ROXIN, Claus. “Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”. Barcelona, 2000, pp. 151 y ss.

exterior causal, es obligado aceptar el criterio de la dirección y dominio del curso causal que conduce a la lesión de bienes (objetos) jurídicos, como fundamento de la categoría de la imputación”²⁵. Incluso quienes aceptan al dominio del hecho como criterio que fundamenta la autoría reconocen que este concepto tiene bases ontológicas, así Zaffaroni concluye “el criterio del dominio del hecho no puede sustraerse a los datos ónticos de la conducta, pero su relevancia típica puede estar más o menos complementada o retocada por el legislador, por lo que resulta inevitable que el dominio del hecho sea siempre el eje alrededor del que deben elaborarse las soluciones a los problemas que plantea la delimitación conceptual de la autoría respecto de la participación” ²⁶.

Cabe, entonces, preguntarnos, ¿solamente el “autor” posee el poder fáctico de iniciar, continuar o interrumpir un hecho?, si analizamos un caso de codelincuencia, pensemos el ejemplo inicial del asalto al banco, ¿acaso los “partícipes” no tienen dominio de su aporte?, ¡De hecho, sí lo tienen!, tanto “autores” y “partícipes” dominan aquella parcela del hecho global que les pertenece realizar, lo que pasa es que el criterio del dominio del hecho solo nos ayuda a cuantificar el involucramiento de cada interviniente por el hecho común. En realidad todo partícipe es autor del hecho, en el ejemplo inicial, el “campana” que generalmente se cree que no posee dominio del hecho, sí tiene tal dominio, por ejemplo, si mientras sus colegas están ejecutando el asalto, el campana decide traicionarlos y dar aviso a la policía, la cual llega a tiempo para evitar que se consume el robo, ¿no estaría con ello interrumpiendo el curso causal del hecho?, lo mismo se puede decir del conductor que espera afuera del banco para huir con el botín, si decide abandonarlos también estaría interrumpiendo el hecho. Por lo tanto, como bien sostiene Jakobs, “solo hay un más o menos de dominio del hecho de los intervinientes, y no una clasificación de los intervinientes en función de que exista una intervención con dominio del hecho o una intervención sin dominio del hecho. Incluso el menor de los intervinientes tiene un dominio del hecho –aunque, precisamente, sea pequeño–”²⁷.

Con esto termina de aclararse que no existe un criterio normativo que nos permita diferenciar a autores de partícipes, el dominio del hecho fracasa en ello, sin embargo, no es que se eche al abandono toda la teoría del dominio del hecho, sino que solo nos sirve para hacer una diferenciación cuantitativa de los intervinientes, en función a la envergadura de su aporte. El dominio del hecho se encuentra en las manos de cuanto interviniente haya en un delito, por lo tanto, no existe un “señor del hecho” sino que

²⁵ LESCH, Heiko. *Op. Cit.*, p. 938.

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derecho Penal Parte General”. Buenos Aires, 2005, p. 777.

²⁷ JAKOBS, Gunther. “El ocaso del dominio del hecho...”, p. 179.

todos son señores del hecho, o lo que es lo mismo, el dominio del hecho lo tiene el colectivo de intervenientes.

En concordancia con lo señalado, resulta necesario encontrar un criterio fundamentador de la intervención delictiva, que se estructure no con elementos ontológicos sino con elementos normativos. Es en este nuevo panorama que Jakobs sustituye al dominio del hecho por la institución denominada “competencia”, la cual nos sirve para determinar la intromisión de los intervenientes en un hecho delictivo²⁸.

Como sabemos, Jakobs propone una dicotomía en la agrupación de delitos: delitos por competencia en un ámbito de organización o de dominio y delitos por competencia institucional o de infracción de un deber. Con esta queda identificada la línea de unión: lo decisivo es la competencia; en los delitos en virtud de competencia por organización, una competencia por el empeoramiento de otra organización (infracción de un deber negativo), y en los delitos deber, una competencia por no mejorar la situación (infracción de un deber positivo, lo que –desde luego– abarca el empeoramiento).²⁹

3) EL SISTEMA DEL INJUSTO COLECTIVO DE INTERVENCIÓN³⁰

Es importante comenzar este acápite señalando que esta tesis es una propuesta de *lege ferenda*, cuya utilidad se verá en los trabajos de reforma del Código Penal peruano. Esta nueva postura refiere que en los casos de codelincuencia, donde hay pluralidad de agentes, todos aquellos cuyos comportamientos superen el riesgo permitido deberán responder como autores o como se ha referido antes, con el título de “intervenientes” para despejar posibles diferencias entre el concepto de autoría y participación, es decir,

²⁸ Sigue este criterio, aplicándolo al caso de delitos económicos y empresariales, García Cavero, quien señala que la determinación de la responsabilidad penal no debe centrarse en el dominio fáctico-individual sobre la ejecución del hecho, sino, más bien, en la competencia por el hecho acaecido. Esta competencia penal puede tener su fundamento en razones de organización o de carácter institucional, lo que depende del rol infringido por el autor del delito. En función de qué clase de competencia sea la que fundamente la imputación penal, el delito cometido desde la empresa será tratado como un delito de dominio o como un delito de infracción de un deber. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Económico Parte General”. Lima, 2014, p. 570.

²⁹ *Ibid.*, p. 193.

³⁰ Se acogen a esta tesis, en el Derecho Comparado, las legislaciones italiana y austriaca. Además en la práctica alemana se ha observado que el legislador está tendiente a aplicar esta tesis a fin de abarcar como autores a quienes, bajo una aplicación estricta de la base legal, solamente serían partícipes. Así se han introducido tipos penales que describen como autores a quienes eran antes meros partícipes de delitos tradicionales (p. ej. La receptación, el apoyo a organizaciones criminales, el lavado de activos, etc.). Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. “Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción del deber”. En: Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la administración pública”. Lima, 2014, p. 407.

no existe un injusto de autoría y otro injusto de participación, sino un único injusto al cual acceden todos los intervenientes.

Antes debemos explicar lo que ha quedado pendiente, en qué consisten los delitos de dominio y los delitos de infracción de un deber. Para entender los delitos de dominio debemos partir del hecho de que el Estado reconoce esferas de libertad y competencia a las personas, quienes poseen potestad de autorregulación de intereses, pero esta potestad de organizarse libremente encuentra sus límites en la potestad organizativa de otras personas, entonces, de ahí se desprende un deber de carácter negativo consistente en “no dañar a los demás” o “*neminem laede*”³¹, este deber es de carácter general porque le alcanza a todas las personas con capacidad de culpabilidad, si se infringe este deber negativo de alcance general, entonces, se habrá cometido un delito de dominio, para resumir esta idea debemos entender el siguiente sinalagma: “libertad de organización” y “responsabilidad por las consecuencias”³². En esta clase de delitos se responde por la defectuosa organización que se hace de la esfera de competencia.

Por otro lado, en los delitos de infracción de un deber³³, no interesa como organizas tu esfera de competencia, el fundamento no radica en la infracción del deber negativo, sino más bien, en la infracción de deberes positivos que derivan de instituciones reconocidas por el ordenamiento jurídico. Así se reconocen los siguientes deberes positivos: “paterno-filial”, “los deberes estatales”, “la confianza especial” y “solidaridad mínima”³⁴. Estos deberes positivos existen en la medida que complementan a los

³¹ HEGEL resumió esta idea con su contundente frase “sé persona y respeta a los demás como personas”.

³² Esta misma idea podemos percibirla en el ámbito de la filosofía existencialista, así Sartre decía “el hombre está condenado a ser libre. Condenado, porque no se ha creado a sí mismo, y sin embargo, por otro lado, libre, porque una vez arrojado al mundo, es responsable de todo lo que hace”. SARTRE, Jean –Paul. “El existencialismo es un humanismo”. Barcelona, 1984, pp. 68-69.

³³ Dos estudios profundos sobre los fundamentos y contenido de estos delitos los encontramos en: Cfr. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, Javier. “Delito de infracción de deber y participación delictiva”. Madrid, 2002; y, BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. “Autoría y participación en delitos de infracción de deber”. Madrid, 2007.

³⁴ Sobre el contenido fundamental de la institución de la solidaridad mínima se ha discutido poco, al respecto, Caro John siguiendo a Silva Sánchez, señala que el deber de solidaridad mínima se fundamenta en una relación positiva de solidaridad, en virtud de la cual toda persona tiene el deber de auxiliar a otra que se encuentra en una situación de necesidad o desgracia. Cfr. CARO JOHN, “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”. *Op. Cit.*, p. 140., Por otro lado PAWLICK desliza la opinión de que este deber especial tendría su fundamento en el cumplimiento subsidiario del deber estatal de proteger a los ciudadanos, por lo que el particular se convertiría en un coadyuvante de la administración. PAWLICK; GA, 1995, p. 364, citado por GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal – Parte General”. Lima, 2012, p. 372.

deberes negativos, pues permiten el desarrollo y mejora de otras personas o favorecen y promueven la realización de determinadas instituciones estatales.

Además el sistema del injusto colectivo o único de intervención es coherente tanto en los delitos de dominio u organización como en los de infracción de un deber. Respecto a los delitos de dominio, en estos delitos todos los intervenientes con dominio del hecho resultan competentes de acuerdo a su defectuosa organización. Respecto a los delitos de infracción de un deber, el sistema del injusto colectivo también es aplicable, pues en estos delitos rige el principio de autor único³⁵, es decir, que en un caso de pluralidad de sujetos todos los intervenientes de plano responderán como autores, es impensable las formas de autoría mediata o coautoría. En caso de ser todos los intervenientes *intranei* (quienes ostenta el deber institucional), responderán no como coautores sino cada uno como autor independiente por el delito de infracción de un deber, y si de los intervenientes algunos son *intranei* y otros *extranei*, cada quien responderá como autor, los *intranei* por un delito de infracción de un deber y los *extranei* por un delito residual que siempre será un delito de dominio, es decir, en este nivel, la solución de casos se rige por la teoría de la ruptura del título de imputación.

Volviendo al tema de este acápite, el injusto colectivo de intervención es una propuesta que resulta de la confluencia de los criterios esbozados anteriormente, en la actualidad, en la doctrina nacional es reducido el número de autores quienes se aventuran a sostener esta tesis³⁶.

3.1. El colectivo típico

Permítanme iniciar este numeral con un ejemplo metafórico: un importante partido de futbol que es ganado por la selección nacional, respecto a los once jugadores que conforman el equipo, ¿podría afirmarse quién o quiénes son los responsables del triunfo y quiénes solo son colaboradores?, podría pensarse que el artífice del triunfo es aquél jugador que anotó el gol decisivo, no obstante, pensar de esa forma sería caer en

³⁵ Rige el Principio de autor único: todo quebrantamiento del deber que defina una posición institucional, realizada mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudiera admitir la posibilidad de una diferenciación, conduce a una responsabilidad por igual y completa: el obligado especial responde siempre como autor. CARO JOHN, José Antonio. “Delito de infracción de deber: Fundamento y significado”. *Op. Cit.*, p. 86.

³⁶ En la literatura peruana se cuenta de forma manifiesta a los siguientes autores: REAÑO PESCHIERA, José Leandro. “El sistema del injusto único de intervención y los límites a la participación delictiva”. En: Tres estudios de Dogmática Penal”. Jurista editores, Lima, 2010, pp. 103 y ss.; GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal Parte General”. Jurista editores, segunda edición, Lima, 2012, pp. 702 y ss.; CARO JOHN, José Antonio. “Manual Teórico-práctico de teoría del delito”. ARA editores, Lima, 2014, pp. 177 y ss.; REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. “Manual de Derecho Penal Parte General, volumen II”. Instituto Pacífico, Lima, 2014, p. 953.

una falacia naturalista, tomar en cuenta solo el hecho de anotar el gol como criterio determinante de un triunfo, sería restarle importancia a las grandiosas atajadas que realizó el portero o a las impecables marcas que hicieron los defensas que en todo momento impidieron que el más hábil delantero del equipo contrario anotase un gol, incluso tienen parte del mérito, también, el director técnico que hizo una contundente estrategia de juego, los preparadores físicos que mantuvieron en óptimas condiciones a todo el plantel de juego. En concreto, lo que se debe entender es que un resultado esperado o una obra común, no le corresponde a un único intervintente, sino a un colectivo de intervintentes.

Así es como sucede también en la codelincuencia y de hecho así es como debe entenderse, en el robo al banco no debemos valorar el aporte de cada intervintente de manera aislada, de hacerlo llegaríamos a soluciones descontextualizadas, así por ejemplo el sujeto que solo amenaza al vigilante no estaría cometiendo robo sino coacción, quien sustraе el dinero sin utilizar amenaza ni violencia estaría cometiendo hurto y así sucesivamente, ello definitivamente es impensable. La forma correcta en que se valora un caso de codelincuencia es tomando en cuenta la actividad colectiva en su totalidad, esto es, el colectivo típico, puesto que lo que se valora es el significado social del comportamiento y no el significado individual.

En ese sentido, lo común que vincula a todos los intervintentes, es que cada uno de manera conjunta lesiona la vigencia de la norma, según refiere Reyes Alvarado “por lo que respecta al aporte individual, una vez que él se ha sumado a la acción colectiva de ejecución del delito sigue la suerte de ésta última, de tal forma que si el asalto al banco no puede consumarse todos los que prestaron su apoyo para el mismo responderán por una tentativa; pero si el robo tiene éxito, todos quienes hicieron un aporte individual utilizando durante la fase de ejecución del mismo, responderán por el delito consumado”³⁷.

Pero, dentro del colectivo típico, cada intervintente es por igual imputable objetivamente. No existe un determinado intervintente que tenga un papel más protagónico que otro, de manera que se le pueda llamar “eje central” del suceso. Ni tampoco otro del que se conciba que no domina el hecho y que interviene en una posición “secundaria” en un hecho ajeno dominado por un autor. Por esta razón, no es posible una distinción cualitativa entre autoría y participación³⁸.

³⁷ REYES ALVARADO, Yesid. “Intervención delictiva e imputación objetiva”. En: Derecho Penal Contemporáneo Revista Internacional. Bogotá, 2007, pp. 26-27.

³⁸ CARO JOHN, José Antonio. “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”. *Op. Cit.*, p. 135.

3.2. Los niveles de análisis en los comportamientos de los intervenientes

Ahora bien, se le puede criticar a la tesis del injusto colectivo de intervención, que con ella de alguna manera se estaría regresando al dogma del causalismo naturalista del siglo XIX referido al sistema unitario, de acuerdo a esta teoría, es autor el que aporta una contribución causal al hecho por mínimo que sea. Es decir, considera como autores a todos aquellos que, de alguna u otra manera, contribuyeron a la realización del hecho delictuoso³⁹.

Sin embargo, tal conclusión resultaría ser muy apresurada, pues, para evaluar la responsabilidad penal de toda intervención delictiva, debe necesariamente pasarse por un filtro o nivel de análisis; este nivel (cualitativo) está referido a la atribución de significado de las conductas que deben formar parte del colectivo típico, la cual se consigue aplicando correctamente las teorías de la imputación objetiva e imputación subjetiva. Por otro lado, un sector de la doctrina considera que existe un segundo nivel cuantitativo, en el cual se determina que de todos los intervenientes en el colectivo típico, quiénes deberán responder como autores y quiénes como partícipes, para ello se toma en cuenta el grado de dominio del hecho de cada interveniente. Particularmente somos de la idea de que sólo debe analizarse el primer nivel cualitativo, sin embargo, a efectos ilustrativos, explicaremos ambos niveles.

A. Primer nivel (Cualitativo): La imputación objetiva y subjetiva

Se señaló que la teoría del injusto único de intervención puede malinterpretarse como un retorno al sistema unitario, pero tal crítica es superada con la teoría de la imputación objetiva, debemos tener en claro que, no cualquier conducta en cuanto aportación físico – fenomenológica es relevante, solo aquellas conductas valoradas jurídicamente por la moderna teoría de la imputación objetiva, que superen el umbral del riesgo permitido y que no esté amparada por ninguno de los institutos liberadores, tendrán relevancia penal para defraudar las expectativas sociales protegidas. La teoría de la imputación objetiva ofrece precisamente el material que permite interpretar cuándo se ha realizado objetivamente un comportamiento delictivo, cuándo se ha defraudado de manera objetiva una expectativa social institucionalizada o, lo que es lo mismo, una norma⁴⁰.

Aun así cabe la pregunta ¿cuándo un comportamiento de forma inequívoca, defrauda una expectativa socialmente protegida?, para responder esta pregunta, es necesario introducir un concepto de vital importancia dentro de la teoría de la imputación

³⁹ BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Miguel. “Manual de Derecho Penal – Parte General”. Lima, 2005, p. 399.

⁴⁰ JAKOBS, Gunther. “Imputación Objetiva”. p. 94, citado por GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. Cit.*, p. 411.

objetiva, nos referimos al concepto de posición de deber o “rol social”⁴¹. El rol es una situación jurídica que configura un haz de derechos y deberes que cada interviniente posee y administra como parte de un sistema socio – jurídico, permite delimitar en un determinado contexto, cuales son los deberes que deben cumplir las personas dentro de los contactos sociales anónimos, y fija una garantía para su portador de que no se exija más allá de lo que debe saber dentro de los límites de su competencia. En otras palabras, “el rol social que cada uno desempeña nos da la medida de su responsabilidad en la gestión de cada parcela social”⁴², si una persona actúa de acuerdo a su rol, entonces, tal conducta será considerada neutral en aplicación de los institutos liberadores: principio de confianza, prohibición de regreso y competencia de la víctima. Por ej. No sería reprochable la conducta del personal de una agencia de viaje que vende pasajes de vuelo a un narcotraficante, aun cuando eventualmente sepa que en ese vuelo transportará la droga, tampoco de quien le alquila una habitación en un hotel al mismo narcotraficante, y tampoco sería reprochable la conducta del abogado que patrocina al narcotraficante o asesora a un funcionario corrupto.

En el ejemplo inicial del robo, ¿cómo determinar si las conductas de cada interviniente son neutrales o si por el contrario superan el riesgo permitido? En el caso de quien es el encargado de hacer el plano de las calles aledañas al banco, dicha conducta sería neutral si es ejercido por una persona cualquiera, a la cual se le encargó hacer un plano como parte de su trabajo cotidiano a cambio de un pago, sin ser parte del colectivo típico con los demás intervinientes. De igual manera sucede con quienes brindan armas, celulares o pasamontañas, si es realizado por personas o empresas con autorización para ejercer negocios con ese tipo de productos, es totalmente legítimo y por tanto neutral dichas conductas. La situación del conductor es muy semejante con un caso de nuestra jurisprudencia nacional, más conocido como “el caso del taxista”, si éste se limita a ejercer su rol de taxista, entonces, no hay nada que reprocharle, solo si de antemano hubo una repartición de funciones con los otros intervinientes para robar al banco, solo en ese contexto su conducta será considerada delictiva. Como podemos apreciar, en este nivel de la intervención delictiva, no se trata de verificar una relación de causalidad entre los aportes de cada interviniente y el resultado, sino de atribuir un significado socialmente relevante entre la conducta y el resultado, y esta atribución se logra a través de la teoría de la imputación objetiva.

⁴¹ El concepto de rol ha sido trabajado esencialmente por las escuelas sociológicas, tomando el Derecho Penal la acepción acuñada por DAHRENDORF, quien lo entiende como un constructo que aglutina un haz de expectativas sociales que se vinculan en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones. Cfr. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio. “Rol social y sistema de imputación”. 2002. p. 136.

⁴² POLAINO-ORTS, Miguel. “¿Qué es la imputación objetiva?”. En: Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales. México, 2009, p. 64.

Aun con todo ello, consideramos también, que además de poder atribuirle objetivamente el resultado a los intervenientes, debe existir también una imputación subjetiva, en concordancia con el principio de responsabilidad, la cual proscribe toda forma de responsabilidad objetiva, es decir, el interviniante debe actuar con dolo o culpa para que forme parte del colectivo típico, entendamos al dolo como atribución de conocimiento normativo y a la culpa como la infracción de un deber objetivo de cuidado que produce un resultado típico. Sobre el contenido del dolo y la culpa no vamos a referirnos aquí, por exceder a los fines de este trabajo. De esta exigencia podría formularse la siguiente pregunta, ¿es posible que un interviniante sea parte del colectivo típico si es que ha actuado imprudentemente?, queda claro que todos aquellos que actúan con dolo, pueden formar parte del colectivo típico, el problema estriba en aceptar conductas culposas dentro del colectivo, lo cual nos remite a la figura de la “coautoría culposa”, que aunque ya se viene trabajando por algunos autores, aún no es aceptada en nuestro sistema penal.

Recapitulando este primer nivel, debe atribuirse tanto a nivel objetivo como subjetivo, el resultado a cada interviniante, con ello se hace una selección de quienes forman parte del colectivo típico y por el contrario a quienes se les excluye por haber actuado dentro de los límites del riesgo permitido.

B. Segundo nivel (cuantitativo): La determinación judicial de la pena

Quienes sostienen que el comportamiento de los intervenientes debe pasar por un segundo nivel de análisis, lo hacen con el objetivo de poder diferenciar entre autores y partícipes en relación con los grados de dominio del hecho que posean (ya se explicó que ambos la poseen), así quién más dominio del hecho tenga será considerado autor, y quien menos dominio del hecho posee será partícipe. Se señala también que este segundo nivel, no se encuentra a nivel de tipicidad sino en un momento posterior: en la determinación judicial de la pena.

Al respecto Caro John señala que “no existe una distinción entre autoría y participación, no, al menos, en el ámbito de la tipicidad; por tanto, la imputación objetiva es idéntica para el autor y el partícipe”⁴³. Para este autor, la diferencia entre autoría y participación no es cualitativa sino cuantitativa y se distinguen en un momento posterior a la valoración de las instituciones de la teoría del delito, se distinguen al momento de la determinación judicial de la pena, de acuerdo al aporte individual que realiza cada interviniante para defraudar las expectativas normativas. Así señala “por eso, si ha de tratarse de una distinción del título de imputación entre autor y partícipe, ésta sólo cabe hacerla en base a criterios cuantitativos, en función de la envergadura del

⁴³ CARO JOHN, José Antonio. “La imputación objetiva en la participación delictiva”. Lima, 2003, p. 78.

aporte, y en el marco de la determinación de la pena, donde si es posible encontrar niveles cuantitativos diferenciados. En este argumento se basa el hecho de que al autor le corresponde por regla general una mayor pena que al partícipe”.⁴⁴

Por nuestra parte consideramos también, que no es posible diferenciar formas de intervención a nivel de tipicidad ni en ningún estadio de la teoría del delito, aunque claro está que la capacidad de culpabilidad es presupuesto para ser interveniente. Asimismo, entendemos que es en el momento de la determinación de la pena el nivel en donde se gradúa la pena de cada interveniente de acorde con el aporte que se haya realizado al momento de defraudar las expectativas normativas. No obstante, sí marcamos una diferencia y es que si consideramos que en el momento de determinación de la pena es donde se puede cuantificar el grado de la pena, este nivel ya no pertenece a la teoría de la intervención delictiva sino a la teoría de la determinación judicial de la pena (teorías distintas). Por otro lado en este nivel es imposible diferenciar entre formas de intervención, aquí sólo se gradúa la pena, pasado el estadio de la teoría del delito, no cabe ya diferenciar entre autor y partícipe, lo correcto es hablar de “intervinientes” durante todo el análisis de la teoría del delito y cuando sea el momento de determinar la pena, todos aquellos cuyos comportamientos superen el baremo del riesgo permitido deberán responder como autores, mas no con la misma pena, aquí repito, solo se gradúa la pena de cada interveniente en relación a su aporte.

Recapitulando la idea, en la teoría de la intervención delictiva solo hay un nivel de análisis para las conductas de los intervenientes: el nivel cualitativo, que está a cargo de la imputación objetiva y subjetiva, solo de esa manera sabremos quienes son intervenientes. Si es que existe un segundo nivel, este ya no forma parte de la intervención delictiva sino de la determinación judicial de la pena, asimismo, si no se ha logrado encontrar un criterio de diferenciación entre formas de intervención a nivel de tipicidad o culpabilidad, resulta contraproducente pretender encontrarla en el momento de la determinación de la pena, ya que ésta siendo una consecuencia jurídica del delito solo se encargará de graduar la pena de acuerdo al grado de aporte y otras circunstancias recogidas en los artículos 45 Y 46 del Código Penal, pero en definitiva todos los intervenientes responderán como autores.

⁴⁴ CARO JOHN, José Antonio. “Intervención delictiva y deber de solidaridad mínima”. *Op. Cit.*, pp. 135-136.

4) RECEPCIÓN DEL INJUSTO COLECTIVO DE INTERVENCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA

Teniendo en cuenta que el sistema del injusto colectivo de intervención es una propuesta de *lege ferenda*, en la jurisprudencia nacional es casi nula su aplicación, sin embargo, se han emitido diversas ejecutorias donde nos damos cuenta de que se ha resuelto casos aplicando criterios de mucha similitud y coherencia con una lógica del sistema del injusto colectivo, por ejemplo la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en su R. N. N° 1918-2005-Lima de fecha 21 de junio de 2005, interviniendo como ponente el Dr. Héctor Wilfredo Ponce de Mier, resolvió un caso de violación sexual en donde se condenó a los intervenientes como coautores a pesar de que solo uno de ellos tuvo acceso carnal con la agraviada⁴⁵, la ejecutoria señala que:

*“(...)Se ha acreditado que el encausado Abanto Morales prestó auxilio intencionalmente para la realización (ejecución) del hecho punible por parte del sentenciado Enciso Flores, teniendo en cuenta de que sin su accionar no se hubiere perpetrado, considerando de que el sujeto –Julio Álvarez Mendoza- al cual se le impedía su libertad bajo coacción, le unía un vínculo sentimental con la agraviada (eran enamorados), hecho que posibilitaba salir en defensa de la misma o pedir auxilio; deviniendo por tanto en una **coautoría ejecutiva parcial** –dominio funcional (reparto de las tareas ejecutivas)-, según lo dispuesto en el artículo 23º del Código Penal, siendo la pena a aplicar la prevista para el autor (...).”*

Respecto a la coautoría, ésta se da cuando varias personas realizan conjuntamente el hecho delictivo, la doctrina dominante “del dominio funcional del hecho”, señala que esta forma de intervención tiene tres requisitos: 1) El acuerdo de un plan común, 2) El aporte esencial de cada uno de los intervenientes y, 3) Tomar parte en la fase de ejecución.

No obstante, distintos autores han cuestionado sobre los requisitos que conforman a la coautoría, así están quienes no descartan el acuerdo común pero consideran que ella no implica necesariamente un acuerdo previo a la ejecución, al respecto Rodríguez Delgado señala que no hay mayor objeción de que el acuerdo sea sucedáneo a los

⁴⁵ La controversia se origina a partir del análisis del delito de violación sexual, al cual un sector de la doctrina lo considera como un delito de propia mano, es decir, solo puede ser autor aquél que tenga el acceso carnal que exige el tipo penal con el/la agraviado(a), por el contrario, quienes no tengan el acceso carnal pero intervinieron de cualquier otra forma serán partícipes. Al respecto puede revisarse el trabajo de AMORETTI NAVARRO, Mario. “Problemas de coautoría en el delito de violación sexual”. En: JUS Jurisprudencia 3/2007. Lima, pp.189-201.

hechos (durante la ejecución) o incluso puede tratarse de un acuerdo tácito, en la medida en que los demás autores lo incorporen como parte del *plan global*⁴⁶.

Por otro lado están quienes consideran que hay coautoría aun cuando los intervenientes no toman parte de la fase ejecutiva, al respecto Muñoz Conde y García Arán señalan que “además de las formas de coautoría ejecutiva es posible apreciar también la coautoría en los casos en que se produce un reparto de papeles entre los diversos intervenientes 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. Por eso se hace necesario recurrir a un criterio material que supere una visión estrictamente formal de la coautoría. Y este criterio material es también aquí el del dominio (funcional) del hecho”⁴⁷.

Finalmente, un reducido sector de la doctrina representada por Jakobs, Lesch, entre otros autores adscritos a la escuela funcionalista, consideran que para darse una legítima coautoría no es necesario que haya un acuerdo común ni tampoco que todos los intervenientes tomen parte en la fase ejecutiva. En la coautoría no se facilita el delito, sino que se comete conjuntamente, para ello no es necesario ni un acuerdo común entre los coautores, ni una intervención en el momento ejecutivo del hecho, solamente se requiere una repartición objetiva del trabajo, en donde los aportes de los coautores configuran conjuntamente, con base en esquemas sociales de interpretación, la realización de la conducta delictiva⁴⁸. Esta forma de perfilar a la coautoría es compatible con el sistema del injusto colectivo de intervención, en el sentido de que no hace falta un acuerdo previo entre los intervenientes ni tampoco tomar parte en la fase ejecutiva del delito para formar parte del colectivo típico, basta con que los aportes tengan un sentido inequívoco de defraudar la norma y que se den bajo una división de funciones, ergo, todos deberán responder bajo un único injusto de intervención⁴⁹.

⁴⁶ Asimismo afirma el mismo autor: “Descarto la idea del acuerdo previo, pues ello permitiría que los casos en donde se produce un acuerdo sucedáneo a los hechos no podría ser considerado coautoría aun cuando la intervención del sujeto es trascendental, cuentan con un plan común y codominan el hecho”. Cfr. RODRÍGUEZ DELGADO, Julio. *Op. Cit.*, pp. 218-219

⁴⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Derecho Penal Parte General”. Valencia, 2010, p.437.

⁴⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. *Op. Cit.*, p. 696.

⁴⁹ Resulta coherente esta postura para el caso de los delitos cometidos al interior de una empresa en donde existe repartición de funciones de manera horizontal y vertical, así lo considera Palomino Ramírez, quien pone de manifiesto la posibilidad de que surjan problemas en la imputación penal al interior de las empresas. “La teoría del dominio del hecho, sin embargo, no se encuentra en la mejor posición para hacer frente a dicha problemática, debiéndose más bien optar por otra postura que deje de entender que el punto central de la ejecución (en donde se demuestra la capacidad, conocida por el agente, de poder decidir sobre la configuración del hecho delictivo) sea el criterio

Nuestra jurisprudencia nacional, tímidamente empieza a inclinarse por una orientación de la coautoría no ejecutiva, así la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, siguiendo el postulado de Muñoz Conde, en el R. N. N° 2957-2009-Lima de fecha 15 de enero de 2010, interviniendo como ponente la Dra. Barrios Alvarado, la resolución refiere lo siguiente:

"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. No basta el simple acuerdo de voluntades, es necesario que se contribuya de algún modo en la realización del delito (no necesariamente con actos ejecutivos), de tal modo que dicha contribución pueda estimarse como en eslabón importante de todo el acontecer delictivo".

Asimismo, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el R. N. N° 890-2010-Lima de fecha 23 de junio de 2011, interviniendo como ponente el Dr. José Neyra Flores, donde se condenó como coautor del delito de homicidio simple al señor Antauro Humala Tasso por la muerte de cuatro efectivos policiales a pesar de no haber ejecutado directamente el hecho, la sentencia indica que:

"(la coautoría) es la realización conjunta de un delito por varias personas que colaboran consciente y voluntariamente, por lo que se señala que el dominio es común a varias personas, interviniendo cada uno de ellos de forma relevante, asumiendo por igual la responsabilidad de la realización del hecho delictivo (...) se requiere un reparto de funciones (principio de reparto funcional de roles) entre los que intervienen en la realización del delito (dominio funcional del hecho), dándose casos en los que algunos coautores no están presentes al momento de la ejecución, hecho que no los descalifica como autores (...)".

En otra ejecutoria suprema, recaída en el R. N. N° 641-2013-Lima de fecha 21 de noviembre de 2013, emitida por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, interviniendo como ponente el Dr. César San Martín Castro, en un caso sobre delito de estafa se resuelve que no es posible distinguir entre coautores y cómplices si todos los intervenientes tuvieron codominio funcional del hecho y un rol específico, al respecto la ejecutoria señala lo siguiente:

determinante para definir al autor, valorándose, en cambio, la relevancia del aporte en clave del injusto único de intervención". Cfr. PALOMINO RAMÍREZ, Walter." Crítica a la teoría del dominio del hecho, a partir de la Sentencia Casatoria N°367-2011. Especial referencia a su difícil aplicación en el ámbito de la empresa". En: Boletín N° 44 del Estudio Oré Guardia Abogados. Lima, 2014, pp. 86-87.

“(...) En estas condiciones dado el modus operandi implementado es obvio que todos los intervenientes, incluso la mujer captada al efecto, tenían el codominio funcional del hecho y un rol específico. No se puede hacer distingos para calificar a unos como autores y a otros como cómplices primarios –la complicidad simple o secundaria está de plano descartada por la esencialidad e insustituibilidad de los aportes ejecutados.

Comoquiera que el recurso ha sido promovido por los imputados –tiene un carácter exclusivamente defensivo- no es posible variar la tipicidad ampliada –tipo de participación y tipo de autoría-, aunque en términos jurídico-penales es claro que todos son coautores (...”).

No obstante, de más reciente data se han emitido algunas sentencias en donde la Segunda Sala Penal Transitoria para reos en cárcel de Lima Sur, interviniendo como ponente el Dr. James Reátegui Sánchez, resuelve algunos casos esta vez haciendo referencia expresa a la teoría del injusto único de intervención como forma más eficaz de resolver los casos. Así la ejecutoria superior de fecha 28 de octubre del 2014 consignada con el Exp. N° 218-2013, resolvió un caso de robo agravado que si bien condena a un interveniente como autor y a otros dos como cómplices primarios, lo hace argumentando su fallo siguiendo la línea de este sistema, al respecto la resolución refiere lo siguiente:

“(...) Se sustenta en la teoría de la intervención delictiva (injusto único de la intervención delictiva), “Debido a que la autoría y la participación no son relevantes a efectos de la configuración del injusto, el criterio de diferenciación entre ambas no es de carácter cualitativo, sino que es cuantitativo. En ese sentido, será autor, aquel sujeto cuyas contribuciones hubieran sido más importantes para la realización del hecho delictivo; asimismo, por contraposición, aquella persona que hubiera realizado aportes menos relevantes será considerado partícipe”. La construcción de la teoría de la intervención en el delito debe partir de la siguiente premisa: El hecho principal le pertenece tanto autores como a partícipes, aunque en distinto grado (...”).

Asimismo, la Segunda Sala Penal Transitoria para reos en cárcel de Lima Sur, nuevamente interviniendo como ponente el Dr. James Reátegui Sánchez emitió la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2014 en el expediente consignado con el N° 328-2009, en donde resuelve otro caso de robo agravado donde también se hace referencia en forma expresa a la teoría del injusto único de intervención, aunque en este último caso hay un dato muy particular, en un supuesto de codelincuencia se resuelve condenando al único procesado como cómplice primario, puesto que el presunto autor se habría dado a la fuga y nunca se le llegó a procesar. Al respecto la sentencia ha señalado lo siguiente:

“(...) Los aportes al evento delictivo no deben considerarse de modo aislado, como si cada sujeto realizara un injusto por separado, sino que deben valorarse conforme a una perspectiva global, que considere la existencia un solo injusto al que acceden directamente todos los intervenientes. Igual que la lesión a la norma es la única obra relevante jurídico-penalmente cuando se trata de un autor único, sólo esa, y no su preparación, —aunque incluso ésta última se haya prolongado más en el tiempo y haya requerido más esfuerzos—, lo mismo sucede cuando estamos ante una actuación conjunta: sólo la lesión a la norma constituye el injusto». Dentro de esta perspectiva de análisis, debe hablarse de «injusto de intervención» y no distinguir entre «injusto de autoría» e «injusto de participación».

En esta línea de pensamiento con respecto a la intervención de RICHARD ALFONSO HUAYHUAPUMA MAYEQUE a criterio del Colegiado deben ser considerados en calidad de cómplice primario (de acuerdo al artículo 25, primer párrafo del Código penal) en el delito contra el Patrimonio –ROBO AGRAVADO, según consta los actos de investigación que se tiene en el presente proceso penal, en el sentido que dicho sujeto RICHARD ALFONSO HUAYHUAPUMA MAYEQUE ha estado físicamente en el lugar de los hechos; sin embargo, sólo se quedó observando como el autor SUJETO DESCONOCIDO procede y ejecuta la sustracción dolosa, a través de violencia y amenaza, del celular al agravado; la intervención de RICHARD ALFONSO HUAYHUAPUMA MAYEQUE no podría ser considerado como autor, sino en todo caso, como intervenientes colaboradores del evento delictivo, infringiendo, en consecuencia, la norma de los participantes (“no ayudarás” en actos ilícitos), con lo cual su conducta punible colaboradora y facilitadora no depende del acto realizado por el autor, sino de su propia conducta. (...)".

Como puede observarse, si bien es cierto que a nivel jurisprudencial aún es incipiente la referencia que se hace al sistema del injusto colectivo de intervención, hay diversas sentencias que resuelven de acuerdo a los criterios que siguen la lógica del injusto colectivo, como es el caso de la coautoría no ejecutiva la cual se condice con el sistema del injusto único de intervención, de esta forma se van descartando los criterios naturalistas y más bien se siguen criterios normativos, valorando la conducta que inequívocamente tiene el sentido de quebrantar la vigencia de la norma, aunque estas no se hayan realizado en el momento de la ejecución del delito.

5) RESUMEN

En estos breves apuntes, hemos intentado cuestionar algunas ideas que se tienen por reglas en el Ordenamiento Penal Peruano, poniendo en relieve que la teoría de la autoría y participación tal cual la conocemos hoy, no resulta ser satisfactoria y que una reformulación de esta teoría a través del sistema del injusto colectivo de intervención sería más eficaz a la hora de enfrentar las nuevas formas de criminalidad moderna. Si bien en este trabajo hemos esbozado algunas ideas, queda pendiente hacer un análisis con mayor profundidad sobre las bondades de este nuevo sistema, por lo pronto, a modo de conclusión queda lo siguiente:

- La teoría de la intervención delictiva ha ido en constante desarrollo, actualmente en nuestra doctrina nacional se tiene predominancia por la tesis de la accesoriad de la participación, en donde se señala que la figura central es el autor por tener el “dominio del hecho”, mientras que el comportamiento del partícipe es dependiente y se circscribe a aportar algo relevante a la conducta del autor.
- La teoría del dominio del hecho ya no debe ser el criterio para diferenciar entre autoría y participación, puesto que ambas formas de intervención poseen, en alguna medida, el dominio del hecho, en ese sentido, la diferenciación es puramente cuantitativa, por lo que, resultaría correcto utilizar el término de “intervinientes”. Asimismo, se debe desterrar la idea clásica de una accesoriad de la participación, y entenderla más bien como aquel vínculo que existe entre todo interveniente y el hecho típico.
- No cualquier aportación causal al hecho por parte de los intervenientes tendrá relevancia penal, solo aquellos comportamientos que han superado el umbral del riesgo permitido y que no estén amparadas en ninguno de los institutos liberadores de la imputación objetiva podrán formar parte de un colectivo típico y ser relevantes penalmente. Además los aportes de los intervenientes deben imputárseles a nivel de dolo, respecto a la imprudencia, los casos de coautoría culposa son aún discutibles.
- Una vez determinado que los intervenientes forman parte del colectivo típico, en un momento posterior que le corresponde a la determinación judicial de la pena, se gradúa la pena de cada interveniente tomando en cuenta la gravedad de su aporte, el dominio del hecho y las circunstancias recogidas en los artículos 45 y 46 del Código Penal.

- En la jurisprudencia nacional, es casi nula la aplicación del sistema del injusto colectivo de intervención, habiendo apenas algunas sentencias donde se ha resuelto haciendo referencia expresa a este sistema. No obstante, se han emitido varias ejecutorias que resuelven casos siguiendo la lógica del sistema del injusto colectivo, la cual se condice con la coautoría como forma de intervención desde un punto de vista normativo-sistémica, en donde no es necesaria un acuerdo previo entre los intervenientes ni que éstos tomen parte en la fase ejecutiva del delito.