

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**LA REGULACIÓN DE LA FIGURA DE COMPLICIDAD POSCONSUMATIVA
COMO UNA MODALIDAD DE PARTICIPACIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO PENAL PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

DERLY MARILIN TAYO SALAZAR

ASESOR

GLADYS YOLANDA PATRICIA RAMOS SOTO CÁCERES

<https://orcid.org/0000-0001-7594-2092>

Chiclayo, 2019

**LA REGULACIÓN DE LA FIGURA DE COMPLICIDAD
POSCONSUMATIVA COMO UNA MODALIDAD DE
PARTICIPACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL
PERUANO**

PRESENTADA POR:

DERLY MARILIN TAYO SALAZAR

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Eliu Arismendiz Amaya
PRESIDENTE

Jose Leoncio Constantino Espino
SECRETARIO

Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres
ASESOR

DEDICATORIA

A mi mamá, Elcira, en el cielo, que, con sus recuerdos me ha llenado de motivación e inspiración para seguir adelante.

A mi papá, Pedro,
por su apoyo, sus consejos y amor incondicional.

A mis hermanos Elier y Analy
por cada palabra de aliento
cada vez que sentí que ya no podía continuar.

A mi sobrina Elcira Daylin, por ser el regalo mas preciado que Dios me mando para darle sentido y felicidad a mi vida.

La autora

AGRADECIMIENTO

A Dios, por haberme ayudado a culminar una de las etapas más importantes y significativas de mi vida, por haberme dado fuerza, perseverancia y sabiduría.

A mi asesora de tesis, la doctora Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres, quién no solo me ha impartido sus conocimientos en el transcurso de la investigación, sino por haberme brindado su tiempo y paciencia para poder culminar este proyecto.

A mi profesor, doctor Eliu Arismendiz Amaya, por haber hecho de este tema un debate en aula de clase, la cual me motivo para realizar dicha investigación.

Y a todas las personas que me apoyaron desinteresadamente.

La autora.

RESUMEN

Con la presente investigación asumimos dar razones objetivas para que se incluya como categoría jurídica en el ordenamiento penal peruano la figura de la complicidad posconsumativa, la cual se presenta cuando se verifica la realización de actos posteriores al curso natural del iter criminis. En ese sentido, al no estar contemplada normativamente la complicidad posconsumativa, constituye un problema que amerita una pronta solución, desde el Estado, a través del Derecho Penal, puesto que se presenta una serie de supuestos delictuosos que quedan impunes, afectando la labor contra la delincuencia. En consecuencia, se hace indispensable, que en el artículo 25 del Código Penal, se incluya una modalidad de participación, que sancione aquellos partícipes que intervienen después de la consumación del delito. Los objetivos, para ello, han consistido en el estudio de la autoría y participación, la accesoriedad de la participación y las fases de iter criminis.

PALABRAS CLAVE:

Complicidad posconsumativa, Iter Criminis, autoría y participación.

ABSTRACT

With this research we assume to give objective reasons for include as a legal category in Peruvian criminal legislation the figure of the complicity posconsumativa, which occurs when verifies the accomplishment of acts subsequent to the course natural iter criminis. In that sense, not be normatively referred the complicity posconsumativa, a problem in a way that deserves a prompt solution, from the State, through the criminal law, since it presents a series of criminal cases which go unpunished, affecting the work against crime. Consequently, is indispensable, that article 25 of the Penal Code, be included in one modality of participation that punish those involved that they involved after the consummation of the crime. The objectives, therefore have consisted of the study of authorship and participation, the participation accesoriada and phases of iter criminis.

KEYWORDS:

Complicity posconsumativa, Iter Criminis, authorship and participation.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
RESUMEN.....	V
ABSTRACT.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	XIII
CAPÍTULO PRIMERO: LA PARTICIPACIÓN Y SUS PRINCIPIOS COMO FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO	20
1.1. CONCEPCIONES GENERALES	20
A.- En Alemania	23
B.- En Italia.....	25
C.- En España	25
D.- En Perú	27
1.2. PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD	29
1.3. CLASIFICACIÓN DE ACCESORIEDAD EN LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL	30
B. La accesoriad cualitativa o dependencia de los elementos analíticos del delito	33
B.1. Accesoriad mínima: el hecho del autor tiene que ser típico.....	34
B.2. Accesoriad limitada: el hecho del autor tiene que ser típico y antijurídico.....	34

B.3. Accesoriedad máxima o extrema: el hecho del autor sea típico, antijurídico y además culpable.....	36
B.4. Hiperaccesoriedad: el hecho, además de ser típico, antijurídico y culpable debe poseer condiciones objetivas de punibilidad	38
C. Principio de Accesoriedad Objetiva	38
1.4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO	42
1.4.1. Análisis Normativo	42
1.4.2. Diferencias entre la complicidad y otras figuras	43
1.4.3. Complicidad primaria y secundaria.....	44
1.4.3.1. Según la cantidad y la naturaleza del aporte individual al hecho	45
1.4.4. Complicidad Secundaria	47
1.4.4.1.- Momentos de actuar del cómplice secundario	47
1.4.5. La culpabilidad de la complicidad	48
1.4.6. La complicidad por omisión	49
1.4.7. La complicidad en los delitos de convergencia y en los delitos de encuentro	49
A.- Delitos de convergencia.....	50
B.- Delitos de encuentro	50
1.4.8. Punibilidad en la complicidad.....	51

CAPÍTULO SEGUNDO: DESARROLLO DOCTRINAL DE LAS FASES DEL ITER CRIMINIS, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO PENAL PERUANO	54
2.1. CUESTIONES PREVIAS	54
2.2. FASE INTERNA.....	55
A.- La Concepción o ideación.....	56
B.- La Deliberación	56
C.- La resolución o determinación	56
D.- Impunibilidad de los actos de la fase interna	56
2.3. FASE INTERMEDIA	57
A. La conspiración	57
B. Instigación	57
C. Las amenazas.....	58
2.4. FASE EXTERNA.....	58
A. Los Actos Preparatorios.....	58
A.1. Conspiración	59
A.2. La Provocación	60
B. Los actos de ejecución.....	60
B.1. La tentativa	61
B.1.Tentativa acabada	62
B.2.Tentativa inacabada	62

2.5. FASE DE CONSUMACIÓN	63
2.6. LA AUTORÍA.....	63
2.6.1. Sistema Unitario Extensivo.....	63
2.6.2. Sistema Restrictivo de Autor	64
2.6.3. Formas de autoría.....	69
<i>A. Autoría inmediata o directa o por mano propia</i>	70
<i>B. Autoría mediata o indirecta o por mano ajena</i>	70
<i>C. La coautoría</i>	72
2.7. PARTICIPACIÓN DELICTIVA	74
2.7.1. La Instigación.....	75
2.7.2. Complicidad (Primaria y Secundaria).....	76
2.7.3. Elementos objetivos de la complicidad	78
a) Dolosamente presta auxilio	78
b) La causalidad	79
c) El instante de la prestación de ayuda	81
CAPÍTULO TERCERO: LA COMPLICIDAD POSCONSUMATIVA EN EL DERECHO COMPARADO Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ	83
3.1. CONCEPCIONES GENERALES	83
3.1.1. LEGISLACIÓN COLOMBIANA - UBICACIÓN DEL CONCEPTO DE COMPLICIDAD	84
3.1.2. REQUISITOS DE LA COMPLICIDAD	87

A. Existencia de un autor	87
B. Existencia de un acuerdo de voluntades previo o concomitante a la conducta del autor	88
C. Que el aporte del cómplice consista en una ayuda que favorezca la conducta del autor	89
D. Que el cómplice actúe dolosamente.....	91
E. Que la cooperación del cómplice sea concomitante a la realización de la conducta antijurídica o posterior a ésta por acuerdo anterior o concomitante a ella	92
3.1.3. LA PUNIBILIDAD DEL CÓMPLICE	93
A. Fundamento de la punibilidad.....	93
B. Punibilidad del cómplice según el Código Penal Colombiano	94
3.1.4. ALGUNOS CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA COMPLICIDAD	94
<i>a) Complicidad necesaria</i>	<i>94</i>
3.2. Propuesta de su regulación en el ordenamiento peruano	96
CONCLUSIONES	99
RECOMENDACIÓN	101
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	109
ANEXOS	119
ANEXO I. LEGISLACIÓN COLOMBIANA - UBICACIÓN DEL CONCEPTO DE COMPLICIDAD POSCONSUMATIVA – ARTÍCULO 30.....	120

ANEXO II. SALA PENAL TRANSITORIA CASACIÓN N° 363-2015 SANTA – CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO Y COMPLICIDAD POSCONSUMATIVA.....	122
--	------------

INTRODUCCIÓN

Existe en el Derecho Penal dos figuras que a lo largo del tiempo bastantes controversias han suscitado en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia. Dichas figuras son la autoría y la participación, las cuales tienen regulación expresa en todos los códigos penales, y están principalmente para que los sujetos que realizan la comisión de un hecho punible, respondan por éste, de modo idóneo. En ese sentido, hablamos, de autores y partícipes de la comisión de un delito.

El tema que nos interpela a reflexionar y tomarlo como centro de la presente investigación versa precisamente sobre una de las modalidades de una de las figuras precitadas. En el Derecho Penal se le conoce como complicidad, figura de la cual, el tratamiento legislativo, jurisprudencial y doctrinal, ha sido diverso, generando en los operadores jurídicos un sinfín de concepciones, las que claro está, no son unánimes respecto de su contenido o efectos. Así, por ejemplo, en el Perú, no existe la figura de la complicidad posterior a la comisión del hecho punible. En suma, no existe, en el ordenamiento penal vigente, la figura de la **Complicidad Posconsumativa**.

No obstante, la ausencia de regulación de la misma, no implica *per se* que no haya sido invocada por algunos juristas, quienes la utilizan para salvaguardar los intereses de sus patrocinados. Esto último se advierte preclaramente en la Casación N° 363- 2015 del Santa, de fecha 09 de agosto de 2016, donde el órgano jurisdiccional deja por sentado que dicha figura no tiene regulación en el Perú, por lo que, aquellas conductas subsumidas en la modalidad de complicidad posterior a la comisión del delito no merecen reproche penal, en otras palabras, son absueltas.

Por otro lado, la complicidad como categoría general, independientemente de la importancia de la contribución, se puede prestar antes o durante el hecho, tanto en la fase preparatoria como en la fase ejecutiva, tal como lo establece el artículo 25 de nuestro ordenamiento jurídico penal cuando señala, *“el que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena”*. Sin embargo, la punibilidad de la complicidad recién aparecerá cuando el autor realice los actos ejecutivos o llegue a la consumación. En efecto aquellos actos posteriores a la consumación del hecho delictivo que no redundan en un principio de ejecución del delito por parte del autor principal es, por tanto, impune.

Dicho lo anterior, la ratio de la investigación tiene como problemática la figura de la COMPLICIDAD POSCONSUMATIVA como categoría jurídica; es decir, identificar aquellos actos posteriores a la consumación del hecho delictivo, previa promesa anterior, que nuestro ordenamiento jurídico penal no lo ha regulado como una modalidad de la participación, quedando así impune aquellas conductas en la que se presenta dicha figura.

Por otro lado, a diferencia de nuestro ordenamiento jurídico penal; el Código Penal colombiano (Ley 599-2000-Código Penal), específicamente en su artículo 30° denominado: PARTICIPES. SON PARTICIPES EL DETERMINADOR Y EL CÓMPLICE prescribe, *“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.”*. El artículo 30° líneas supra, contempla la figura del cómplice secundario. Para diferenciar al cómplice primario del secundario, debemos tener en cuenta la naturaleza del aporte. Mientras el aporte realizado por el cómplice primario es necesario, el del cómplice secundario no lo es. Para determinar la necesidad del mismo, resulta analizar el aporte que correspondería para imputar la complicidad secundaria tenemos que:

El aporte puede consistir en forma de “cooperación”, de modo que debe tratarse de algo que ha sido previa o simultáneamente convenido entre los concurrentes al hecho criminoso. Es necesario que el cómplice sepa que está prestando un aporte al autor o coautor del delito, es decir, que lo que permite caracterizar al aporte como “cooperación”, es el acuerdo o convenio entre los diversos concurrentes.

La otra forma de participar es “ayudar posteriormente en cumplimiento de una promesa efectuada con anterioridad al mismo”. El acto de verdadera naturaleza participativa no es el cumplimiento posterior de la promesa, sino el hecho de prestarla con anterioridad al acaecimiento del evento criminal. Este acto es el que constituye el verdadero aporte del delito, no su cumplimiento posterior. Entonces, es de imperiosa relevancia la determinación de la existencia real de una promesa anterior, y no una mera expresión de deseos del cómplice, puesto que, si aquella no se ha llevado a cabo efectivamente, y se presta ayuda posterior al hecho delictivo, habrá encubrimiento y no complicidad.

El límite temporal hasta el cual puede efectuarse la promesa, y a partir del cual la prestación de ayuda será considerada como posterior está señalado por la consumación del delito. De esta manera, y, por lo mencionado, se contribuiría a realizar la regulación de la complicidad posconsumativa como una modalidad de participación para que, no queden impunes aquellos actos posteriores a la consumación del delito previo acuerdo o promesa anterior.

Por ello, nos hemos planteado la siguiente problemática: ***¿en qué medida la regulación de la figura de complicidad posconsumativa, como una modalidad de participación en el ordenamiento jurídico penal peruano, contribuiría a posibilitar la punibilidad de sujetos que han participado con posterioridad a la realización de la conducta criminal con actos que revisten criminalidad?***

Pretendemos solucionar dicho problema con la siguiente hipótesis: **Sí la figura de la COMPLICIDAD POSCONSUMATIVA, es regulada como una modalidad de participación criminal en el Código Penal peruano, entonces se sancionaría penalmente a quien contribuya dolosamente, en cumplimiento de una promesa anterior, a la consumación del hecho criminal.** Dicha la corroboración de dicha hipótesis, nos hemos planteado como objetivo general, **incorporar** la regulación de figura de la complicidad Posconsumativa como una modalidad de participación en el Ordenamiento Jurídico Penal peruano, y como **objetivos específicos: Analizar** la figura de la participación y el principio de accesoriedad para delimitar la posibilidad de un cambio legal a la estructura actual; **Analizar**, las fases del Iter criminis, y la intervención penal, para que a partir de una valoración objetiva de los mismos, comprender su influencia en la ciencia jurídica penal actual, y **Proponer**, a partir del tratamiento comparado de la Complicidad Posconsumativa, su incorporación en el ordenamiento penal peruano.

La presente investigación consta en tres partes: En el primer capítulo nos hemos abocado a tratar la participación y sus principios como fundamento jurídico-penal del artículo 25 del Código Penal peruano. En el segundo capítulo hemos tratado el

desarrollo doctrinal de las fases del iter criminis, autoría y participación delictiva en nuestro ordenamiento penal peruano. Y en el tercer capítulo hemos realizado la Complicidad Posconsumativa en el derecho comparado y su regulación en el Perú. Finalmente, recomendamos la inclusión en el artículo 25 del Código Penal, como conducta punible, la Complicidad Posconsumativa.

CAPÍTULO I

CAPÍTULO PRIMERO: LA PARTICIPACIÓN Y SUS PRINCIPIOS COMO FUNDAMENTO JURÍDICO-PENAL DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

1.1. CONCEPCIONES GENERALES

Gramaticalmente el término accesorio, en una de sus acepciones, significa “que depende de lo principal o se le une por accidente”¹. Es decir, lo accesorio suele ser lo secundario de un evento. En consecuencia, existen situaciones o eventos principales y secundarios o accesorios. Dichas situaciones se revelan en cada aspecto de la vida cotidiana, social y jurídica. En este último caso, es de notorio conocimiento de la categoría de la accesoriedad en el ámbito del Derecho Penal, en la institución de la autoría y la participación delictiva.

En materia penal, la relación entre el autor de un hecho criminal y los otros partícipes, ha sido reconocida uniformemente por la doctrina. Por tal motivo,

¹ Diccionario de la Real Academia Española. Tomo I, Editorial, Santillana, Madrid. 1992. p.19.

dogmáticamente no es posible una responsabilidad jurídico-penal por acto de participación en un ilícito penal sin autores². Es decir, la categoría de la participación en un evento delictivo se supedita siempre a la presencia de la autoría. Por otro lado, la participación criminal no se configura como una tipicidad independiente, es decir, no hay producciones separadas de lesión al bien jurídico, la del autor y del partícipe. Existe un nexo insoslayable entre ambas categorías dogmáticas del Derecho Penal General.

Es por ello, que, cuando en la comisión de un delito se verifica la concurrencia de personas, debe existir una relación de accesoriedad o dependencia en función de quien tiene el mando y control del delito. Esta relación de dependencia de la participación criminal (cómplices e instigadores) respecto de la autoría, exige ineludiblemente una correspondencia lógico - jurídico entre la colaboración objetiva y subjetiva prestada por el partícipe y el hecho típico realizado por el autor en cualquiera de sus modalidades. No puede haber participación sin que exista el propio delito o la comisión delictiva que le da la vida. Solo caben actos de colaboración ("complicidad") o de determinación ("instigador") mientras el delito exista, es decir, mientras se desarrolla el iter criminis, por tal motivo el principio de ejecución en el delito, la autoría y participación deben ser tratados de manera sistemática. Dichos conceptos serán desarrollados en el segundo capítulo.

En este punto es oportuno recurrir a la doctrina de FRANCISCO CARRARA³, quien sin ser un representante del finalismo, se anticipado a la cuestión de la

² ROJAS VARGAS, Fidel S. Estudios de Derecho Penal, Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2004. p. 193.

³ Esta teoría fue instaurada por HANS WELSEL, para quien, "toda actividad comunitaria del hombre se estructura, para bien o para mal, sobre la actividad final del hombre, los miembros de la sociedad

accesoriedad como fundamento de la participación criminal y señaló que: "el autor principal del delito es el que ejecuta el acto consumativo de la infracción. Los que toman parte en los actos consumativos son coautores, pero todos son delincuentes principales. Todos los demás que participan en el designio criminoso o en otros actos, fuera de los de la consumación, son delincuentes accesorios o cómplices en sentido lato"⁴. Esta idea tan clara, permite identificar que el principal argumento para defender la supeditación de la participación a la autoría de un hecho delictuoso, es la accesoriedad que existe entre ambas instituciones.

Por su parte, WELZEL⁵ señaló en su oportunidad que, "toda participación está en su esencia relacionada con un hecho principal. No existe ninguna instigación o complicidad "en sí" sino solamente una instigación o complicidad al hecho: es la llamada accesoriedad de la participación"⁶. Así pues, la adopción del principio de accesoriedad de la participación criminal se hace viable en la exigencia de que al menos uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible cumpla con todos los elementos exigidos por el correspondiente tipo penal, con lo que adopta el principio de accesoriedad. El significado primario de definir estrictamente el ámbito de lo punible. Es decir, se demarca de manera específica el ámbito de actuación de cada interviniente en la comisión del evento delictivo. Está conceptualización del término

pueden actuar conscientes de proponerse fines, elegir los medios requeridos para su obtención y ponerlos en movimiento con conciencia. Esta actividad final se llama acción." Véase GABRIEL SALAZAR, Carlos. *Filosofía del derecho penal iusnaturalismo – finalismo*, en Principia Iuris, Núm. 15, Enero 2011, Universidad de Santo Tomás, Colombia, 2011, p. 199.

⁴ CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal. Parte General, volumen I, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Editorial, Jurídico continental 2000, Bogotá. 1977. P.287.

⁵ HIRSCH, Hans Joachim. "El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel". En: Derecho Penal. Obras Completas. Tomo I. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.1999. p.16.

⁶ WELZEN, Hans. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Editorial, Depalma, Buenos Aires. 1956. p.118.

“accesoriedad como fundamento de la participación criminal”, ha sido tratada por diversos doctrinarios extranjeros y nacionales. Así tenemos:

A. En Alemania

En la literatura alemana destaca, en primer lugar, Paul BOCKELMANN. Para este autor “la participación es, necesariamente, accesoria, es decir, dependiente de la existencia de un hecho criminal”⁷. En otros términos, se identifica como una unidad entre la autoría y la participación. Así, el hecho criminal, puede tener indefectiblemente autores y partícipes.

Otro autor que destaca es, WESSELS⁸; quien enfáticamente sostiene que “la instigación y la complicidad dependen de la existencia de un hecho principal antijurídico como colaboración en una realización de otro del tipo, ambas formas de participación derivan su contenido de lo injusto del hecho principal”. Este autor, coincidiendo con el anterior defiende el hecho de que la participación siempre va a ser accesoria o el hecho del partícipe siempre va a tener la característica de accesorio. No distingue los efectos de los hechos principales y accesorios, lo que lleva implícitamente a sostener que para fines punitivos no será necesario una distinción.

En tercer lugar, el maestro Urs KINDHÄUSER⁹, señala que es mejor “denominar la intervención del partícipe como “adhesión” no autónoma, lo que al mismo tiempo puede explicar la accesoriedad de la participación. Dicho de otro modo, el riesgo no

⁷ BOCKELMANN, Paul. Relaciones entre autoría y participación. Traducción de Carlos Fontan Balestra y Eduardo Frincker, editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1960. p 7.

⁸ WESSELS, Johannes. Derecho Penal. Parte General. Traducción de Conrado A. Finzi, Editorial Depalma, Buenos Aires 1980. p.163.

⁹ KINDHÄUSER, Urs. “Cuestiones fundamentales de la coautoría” En: CDJP, N 15, 2003. p. 63

permitido en cuestión incumbe al partícipe solo de modo mediato”. Este autor, con semejante razonamiento lo que hace es dejar por sentado que un partícipe se adhiere automáticamente al autor. Así, si la participación se adhiere a la autoría, esta le traslada sus características. Adherirse es apegarse, hacerse semejante al otro. Es tener identidad. En otras palabras, para el profesor alemán, autor y partícipe tendrían la misma sanción.

Finalmente, SCHMOLLER, KURT refiere que, “la fundamentación habitual para admitir la institución de la participación sucesiva es el principio de accesoriedad. La responsabilidad de los partícipes no depende de los componentes del injusto que (co)realiza este, sino del injusto que realiza el autor, a cuyo hecho coopera el partícipe”¹⁰. Se ve claramente que el partícipe es un colaborador del autor. Entonces para una respuesta efectiva frente a un evento criminal hay que identificar el tipo de colaboración. Nótese que la colaboración siempre es accesoría.

Los cuatro autores precedentemente han definido que lo que sustenta a la figura de la participación es la accesoriedad de la misma a la autoría. Es menester advertir que dicha delimitación doctrinaria ha sido recogida en distintos cuerpos normativos, especialmente el código penal peruano, donde la participación delictiva viene a ser secundaria, dependiente de la acción principal, imputable al autor. Para nosotros, la participación debe ser accesoría, de lo contrario se vulneraría los principios político-criminales que inspiran el Derecho Penal.

¹⁰ SCHMOLLER, Kurt. “¿Participación sucesiva?”. Traducción de Isidoro Blanco e Isabel Sánchez En: DONNA. Edgardo Alberto (Dir), Revista de Derecho Penal,- Autoría y Participación – III, Santa Fe, 2006. p. 29.

B. En Italia

En la literatura italiana destaca LATAGLIATA, quien afirma que, “la comisión del delito constituye el punto de referencia normativo para establecer el relieve jurídico-penal de estos comportamientos llamados de mera complicidad, que obtienen el fundamento de su incriminación, no directamente de la conformidad al modelo legal de la acción prevista por la ley como delito, sino únicamente de la relación de dependencia o de accesoriadad que los liga al delito cometido por uno o varios coparticipes”¹¹. Es decir, depende de las circunstancias que rodean al hecho para definir qué tan relevantes son los actos realizados por los cómplices. Así, para este autor, depende de la gravedad del hecho para recién hablar de las acciones desplegadas por los partícipes.

C. En España

En la literatura española destacan los siguientes autores: en primer lugar, tenemos a CUELLO CALÓN quien nos dicta que “los actos de participación carecen de autonomía propia y solo tienen alcance penal respecto del hecho del autor. La punibilidad de los coparticipes (coautoría, inductores, cómplices) dependen de este hecho. Si el autor consuma el delito, el coautor o el cómplice responderán de delito consumado; si no llega a realizar todos los actos de ejecución responderán solo de la tentativa”¹². Queda claro que para este autor lo que importa es el nivel de la comisión del delito, entendido como el evento indispensable para imputar responsabilidad no solo a título de autor sino de partícipe. Así, el cómplice, estará

¹¹ LATAGLIATA, Angelo Raffaele. El concurso de personas en el delito. Traducción y notas de Carlos Tozzini, Editorial: Depalma. Buenos Aires. 1967, p. 63.

¹² CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I (Parte General). Volumen segundo, (revisado y puesto al día por César Camargo Hernández), Editorial Bosch. Barcelona. 1971. p. 627.

atento bajo qué nivel es enjuiciado el autor para preparar su defensa. El autor responde dependiente de la etapa en que quedó el delito. Tanto en el delito consumado, y el delito en grado de tentativa, la participación es accesoria.

En segundo lugar se tiene a Santiago MIR PUIG, según el cual “el fundamento del castigo de la participación conduce, como se ve, al principio supremo de la teoría de la participación: el principio de accesoriedad limitada de la participación”¹³. Para este autor, la accesoriedad constituye la razón de ser de la categoría de la participación criminal. Es una forzosa analogía semántica, solo que en materia penal. Autor es a principal como partícipe es a accesorio. Por su parte COBOL DEL ROSAL y VIVES ANTÓN dicen que “de la estructura conceptual de la participación se sigue, como consecuencia necesaria, su carácter accesorio: la participación como tal no podrá ser castigada sino en la medida en que llegue a serlo el hecho principal, esto es, en la medida en que el hecho principal alcance el estadio de la tentativa.”¹⁴. Estos autores coinciden con el primero de los invocados. En esa misma línea se tiene a SAINZ CANTERO “La participación tiene una naturaleza accesoria, lo que significa que la responsabilidad del partícipe depende de la que corresponda al autor principal”.¹⁵

Sin embargo, RODRÍGUEZ DEVESA refiere que “la naturaleza accesoria de la participación es una necesidad conceptual. Participar es tomar parte en el acto de otro. La participación implica una conducta básica, al del autor, que realiza lo que

¹³ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2005. p. 398.

¹⁴ COBOL DEL ROSAL.M / VIVES ANTÓN, T.S. Derecho Penal. Partes General. Editorial Tirant lo Blanch .Valencia. 1991. p.578.

¹⁵ SAINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Editorial Bosch .Barcelona. 1985. p.p. 185 y 186.

Beling denominaba el núcleo del delito (...)”¹⁶. Este autor, igual que nosotros trata de simplificar el termino jurídico a una simple alocución semántica. Si se toma como elemental el verbo participar para calificar una institución jurídica, se tiene como resultado también un elemento semántico. Así, participar será siempre colaborar, ayudar, cooperar, coadyuvar. Entonces es válido que el partícipe se sujete a lo que se diga del que hace lo principal. En suma, el partícipe solo es un colaborador del autor y así debe ser tratado.

BUSTOS RAMÍREZ, por su parte ha precisado que cuando se habla de los partícipes en un hecho delictivo: “(...) se está haciendo referencia a personas cuya actividad delictiva está en dependencia con la del autor. La actividad del autor sería la principal y la del partícipe, la accesoria”. Por ello, el citado autor indica además que “La participación es un hecho ajeno, por eso presupone la existencia de un autor, de un hecho principal al cual se accede”.¹⁷. En suma, no hay partícipe sin previamente no se identifica a un autor en términos jurídico-penales.

D. En Perú

Finalmente, en la literatura peruana puede citarse a quienes se adhieren a la postura finalista. En primer lugar, destaca HURTADO POZO, quien ha manifestado que “no hay acto sin autor. De esto se desprende (...) que no existe participación sin autor (carácter accesorio)”¹⁸. Como vemos, este autor, escuetamente enfatiza

¹⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal español. Parte General. Editorial Libros Dykinson. Madrid.1985. p.807

¹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal español, Parte General. Editorial Ariel. Barcelona, 1984., p.333.

¹⁸ HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Eddili. Lima. 2005. P.p. 885 y 886.

que para hablar de participación hay que hablar previamente de autoría. El partícipe es un ente accesorio al principal, el autor.

Por su parte, el profesor san marquino CASTILLO ALVA refiere que “la participación, a diferencia de la autoría, se caracteriza por la falta u ausencia del dominio del hecho, de quienes intervienen en el delito, pero sin que por ello se pierda la necesaria relación de causalidad e imputación objetiva entre la conducta del partícipe y el resultado cometido: La participación criminal se vincula con el principio de accesoriedad de la participación (...)”¹⁹. Esta técnica definición se destaca en tanto, el autor asume, al igual que nosotros, que nada tiene que ver con el efecto o la distinción entre autor o partícipe respecto de la pretensión punitiva, dado que ha ambos los vincula el hecho o evento criminal. Si bien, según el finalismo, el autor es quien domina el hecho que se encuadra en el tipo penal, el autor, también ingresa a ese baremo que el operador jurídico puede calificarlo como inducción o complicidad. No se requiere que el partícipe domine el hecho para responder por sus actos, solo basta verificar que su conducta haya sido idónea para la realización del tipo penal, siendo irrelevante su capacidad para hacerlo. Lo que importa, es que objetivamente se compruebe en la realidad, que los actos del colaborador hayan servido para la ejecución de hechos calificados como delitos.

¹⁹ CASTILLO ALVA, José Luis” El presidente cómplice o el presidente imprudente. Bases para una responsabilidad penal del ex presidente Alberto Fujimori”. Tomo 93. Editorial Actualidad Jurídica. 2001, Lima. p. 28.

1.2. PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD

El principio de accesoriadad no debe entenderse como una infracción del principio de responsabilidad personal²⁰. Es decir, el reconocimiento del principio de accesoriadad no debe llevarnos a la conclusión errónea de que el partícipe responde por un hecho punible ajeno, ya que daría la sensación de que el partícipe respondería por un hecho distinto al del autor. Dado que, la conducta del partícipe si bien es cierto no tiene autonomía para configurar injustos penales de la parte especial, también es cierto que su actuación no puede desligarse absolutamente del marco imputativo llevado a cabo por el autor; por ello el autor y partícipe están dentro de una misma concepción de comportamiento jurídico - penal. El comportamiento de ambos, por decirlo de algún modo se identifica, se transmite y solo es separable en la medida del grado de intervención de cada uno. El partícipe pasa a llamarse así “apoyo del autor”.

En la tendencia del Derecho Penal de acto como el que actualmente rige en nuestro sistema, el partícipe debe responder al igual que el autor por su propia actuación en el desarrollo de un determinado ilícito penal, sin perjuicio de que alguno de los elementos que configuran su propio injusto se derive de la actuación de un hecho principal. En consecuencia, solo el autor (directo, mediato o coautor) realiza el tipo de injusto del delito prescrito en la parte especial o en leyes complementarias, mientras que el partícipe realiza otro: el de participación criminal. En ese sentido,

²⁰ Se ha denominado a este principio de “responsabilidad personal”, lo que implica que sólo se puede hacer responsable a una persona de sus propios hechos, es decir no a una cosa ni a un animal. La persona que interesa a estos efectos es la persona a la que se imputa la infracción, esto es, la persona que ha cometido el delito o falta, la persona que infringe la norma. Véase: CUERDA RIEZU, Antonio. El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2009, p. 214.

como bien apunta GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ "(...) se deriva de la prohibición dirigida al autor, que se convierte en el hecho de referencia para el partícipe, de modo que su propia colaboración conlleva un ataque indirecto y accesorio al bien jurídico penalmente protegido por el tipo principal"²¹.

En suma, existe una relación indesligable entre los hechos delictivos del autor y los hechos de favorecimiento del partícipe, que obra favoreciendo a un hecho ajeno, situándose los actos desplegados por el partícipe en una relación indesligable de dependencia de los hechos del autor. La supresión de la exigencia de accesoriedad conduce a una ampliación enorme de la punibilidad, porque permite castigar actos de contribución a una ampliación enorme de la punibilidad, porque permite castigar actos de contribución a delitos que el autor siquiera ha comenzado a ejecutar. En efecto, SILVESTRONI dice que "(...) aunque desde el subjetivismo podría sostenerse lo injustificado de supeditar la pena, teniendo en cuenta la operatividad real del sistema penal, la ampliación del poder punitivo que generaría la supresión de la accesoriedad sería letal para la vigencia del derecho a la libertad"²².

1.3. CLASIFICACIÓN DE ACCESORIEDAD EN LA PARTICIPACIÓN CRIMINAL

En primer término, debemos conocer cuáles son los principios que rigen entre los autores y los partícipes. Según FIERRO²³ son los siguientes: el principio de

²¹ GUTIERREZ RODRIGUEZ, María. La responsabilidad Penal del coautor. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001. p. 48 y 49.

²² SILVESTRONI, Mariano H. Teoría constitucional del delito. Editorial Del Puerto. Buenos Aires, 2004. p.281.

²³ FIERRO, Guillermo Julio, Teoría de la participación criminal. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2001. p.105. 24 Sobre este principio, VELASQUEZ, sostiene que, se necesita concordancia dolosa de tal manera que el actuar realizado suponga un acuerdo de voluntades y el reparto de funciones entre los diversos intervinientes; en consecuencia, los hechos concretados por los concurrentes por fuera

convergencia, principio de exterioridad²⁴, principio de la comunicabilidad²⁵ y el principio de accesoriedad. Sobre este último, debemos distinguir dos supuestos: a) La accesoriedad cuantitativa o dependencia en función del grado de desarrollo del delito; y, b) La accesoriedad cualitativa o dependencia de los elementos analíticos del delito.

Asimismo, el centro de investigaciones de la Escuela de Post Grado de la Universidad San Martín de Porres del Perú, en un trabajo titulado: Derecho Penal Cuestiones Fundamentales²⁷, indica que los elementos dogmáticos de la participación son: por un lado, la accesoriedad de la participación presupone en sus líneas más conocidas, tomar parte en un hecho ajeno; siendo así, la accesoriedad implica la dependencia del hecho de los partícipes respecto del hecho principal del autor o autores. Y por otro, que la accesoriedad requiere para su existencia de

de lo pactado son constitutivos de exceso, caso en el que la responsabilidad es asumida por el respectivo interviniente. Véase VELASQUEZ V. Fernando. Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2011, p. 1096.

²⁴ Este principio es también conocido como de ejecución según el cual para la punibilidad de cualquiera de las modalidades de intervención de personas se requiere, como mínimo, la existencia de un comienzo de ejecución de la actuación típica; esto es, que la acción del agente sea al menos constitutiva de tentativa, de donde se infiere que el concurso para realizar actos preparatorios o meras resoluciones manifestadas no es punible, a no ser que el legislador haga alguna excepción expresa. Es decir, el partícipe va a responder como tal, en la medida de los actos de ejecución que haya hecho el autor. *Ibidem*.

²⁵ El llamado principio de comunicabilidad en materia penal se suele invocar para resolver problemas de imputación entre autores y partícipes —en sentido estricto y aun amplio o intervinientes—, siendo un área especialmente problemática para el Derecho penal la de los denominados delitos especiales y, en particular, la determinación del título de castigo aplicable a terceros o extraneus que no detentan la calidad especial exigida en el tipo. Véase LEIVA LÓPEZ, Alejandro Andrés. La comunicabilidad en el derecho penal chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como 'principio del derecho, en Revista de Derecho, Núm. 49, Diciembre 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2017, p. 218. 27 UNIVERSIDAD SAN MARTÍN DE PORRES. Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales. ubicado el 16. [x] 2017 obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2010/CUESTIONES_FUNDAMENTALES.pdf

parámetros cuantitativos y cualitativos para que se justifique el castigo de los partícipes.

Así, por un lado, serán parámetros cuantitativos, los referidos al grado de realización que debe alcanzar el hecho principal para que los partícipes sean susceptibles de sanción. Es por ello, que dicha actuación debe haber sido al menos ejecutado para que el partícipe pueda ser sancionado, no siendo necesario que sea consumado; ya que presupone que haya alcanzado por lo menos el grado tentativo. Y por otro, serán parámetros cualitativos los elementos del hecho punible que deben darse para que el partícipe sea castigado. Existen diferentes posturas acerca de los parámetros cuantitativos y cualitativos recogidos por la dogmática penal que justifican el castigo al partícipe:

A. La accesoriadad cuantitativa o dependencia en función del grado de desarrollo del delito

En cuanto a la dependencia del grado de realización del delito, esta debe advertirse desde la conducta del autor cuando esté en la fase ejecutiva del delito. Deberá encontrarse mínimamente en grado de tentativa para que la participación sea punible. La punibilidad de la participación requiere en su límite mínimo un comienzo de ejecución²⁶, y para nuestro caso, deberá regirse por lo dispuesto en el artículo 16° del Código Penal peruano. Es decir, si no se despliega el iter criminal, no habrá participación y en consecuencia, no habrá punibilidad para el partícipe. Aquí es

²⁶ SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Tomo II. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1992, p, 311.

válido cuestionarse, ¿Cuánto ha avanzado el autor en su acción? Y en mérito a la respuesta desarrollada al analizar el hecho, se valorará el aporte del partícipe.

A fin de comprender lo referido en líneas supra proponemos el siguiente ejemplo: si un sujeto induce a otro a cometer un homicidio, pero el segundo no llega siquiera a intentar el delito, no habrá inducción a un homicidio, puesto que tal homicidio no se ha cometido. Si el autor ha dado comienzo a la ejecución del delito, pero no lo ha consumado, los partícipes responderán como inductores, cooperadores necesarios o cómplices en un delito en grado de tentativa. Solo si el autor ha consumado el delito responderán los partícipes en el delito consumado. Mediante la sanción de la instigación, no se pretende reprimir simplemente la persuasión, creación en otra persona de la resolución criminal; es necesario que esta voluntad se manifieste y concrete. Por esto, solo es punible el instigador cuando el instigado haya consumado la infracción o, por lo menos, haya intentado hacerlo.

B. La accesoriadad cualitativa o dependencia de los elementos analíticos del delito

Conocida también como dependencia de los elementos del delito. Al igual que la anterior, también está referida a la actuación del autor y debe darse función de las categorías del delito. Al respecto han surgido diversas posturas sobre si el hecho cometido por el autor para ser extensivo al partícipe debe ser típico, antijurídico, culpable o punible. Esta accesoriadad ha dado lugar a varios grados, y son las siguientes:

B.1. Accesoriedad mínima: el hecho del autor tiene que ser típico

Según ésta, la participación es punible simplemente con que el autor principal haya actuado típicamente; se sostiene la punibilidad incluso si la conducta del autor está amparada por una causa de justificación. Esta última hipótesis no es admisible, pues a pesar de la diferencia que, como en su momento señalamos, existen actos justos y actos justificados, no parece adecuado derivar punición para quien ha colaborado en un acto de esa naturaleza; por ejemplo, un sujeto presta a otro un arma para que se defienda del ataque que sufre: sería incongruente castigar al auxiliador. Para que se configure la accesoriedad sólo es necesario que el hecho principal sea una conducta típica delimitada en la parte especial.

Al respecto LATAGLIATA refiere que la accesoriedad mínima es un principio lógico-jurídico que ata al legislador, quien, por ello, no es libre de configurar a su arbitrio la estructura del concurso de personas en el delito, dado que esta resulta ontológicamente ligada al presupuesto de la comisión de una acción típica²⁷. Es decir, si la conducta del autor va a justificarse mediante una causa de justificación, el partícipe debe correr la misma suerte.

B.2. Accesoriedad limitada: el hecho del autor tiene que ser típico y antijurídico

No siempre rigió la accesoriedad limitada. Así, en Alemania, desde la reforma de 1975, decidió la doctrina dominante y la jurisprudencia que la inducción y la complicidad presuponen un hecho principal antijurídico y dolosamente realizado²⁸.

²⁷ LATAGLIATA, Angelo Raffaele. El concurso en el delito. Op. cit, p. 200.

²⁸ JESCHECK, Hans. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenote Editorial Bosch. Barcelona. 2002, p.597.

La accesoriedad limitada indica que si una causa de justificación ampara la conducta típica del autor no existirá el injusto principal (autor) y desde luego la participación no será punible. La consecuencia de asumir la accesoriedad limitada para la participación es que de existir una causa de justificación vale para todos los intervinientes en el hecho. Así de simple.

Dicho lo anterior proponemos el siguiente ejemplo, quien induce a otro a defenderse legítimamente está induciendo a un hecho justificado para todos, cuya justificación, por lo tanto, le permite a cualquiera contribuir lícitamente a su realización. En cambio, si el autor realiza un injusto en forma inculpable, esta circunstancia no alterará la tipicidad del partícipe. En conclusión, la participación es típica solo cuando la conducta del partícipe sea realizada en forma dolosa y accesoria de un hecho doloso del autor. Debemos de reconocer que el principio de accesoriedad limitada obliga a hablar de autor en cuanto alguien haya realizado los elementos del tipo en un contexto no justificado, o dicho de otro modo, que la autoría es un problema de injusto²⁹.

La doctrina mayoritaria es la que adopta la llamada accesoriedad limitada en cuanto la llamada dependencia de los elementos del hecho punible, la cual exige que el hecho del autor sea solamente típico y antijurídico para poder hablar de una posible participación punible³⁰.

²⁹ DÍEZ RIPOLLES, José Luis. Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal. En Revista de Derecho Penal, p. 108.

³⁰ WELZEL, Hans. Derecho penal. Parte General. Traducción de Carlos Fontan Balestra, Buenos Aires, 1956, p. 119 “para la calidad criminal del hecho principal es necesario y suficiente, que sea doloso y antijurídico, sin que precise ser culpable”

En tanto que, la participación sea punible es preciso que el autor haya obrado típica y antijurídicamente. La eventual concurrencia de una causa de exclusión de la culpabilidad no afecta en nada a la punición de aquellos sujetos en quienes dicha causa no concurra. Requiere que el hecho principal sea típico y además antijurídico pues, es suficiente que el hecho principal sea típico y antijurídico, no siendo necesario que sea culpable, pues la culpabilidad, el reproche de lo injusto es de naturaleza individual, añadiendo además que esta postura es la que mejor se adecua a nuestro ordenamiento penal peruano.

B.3. Accesoriedad máxima o extrema: el hecho del autor sea típico, antijurídico y además culpable

La accesoriedad extrema era el punto de sustentación del Código Penal alemán hasta la reforma del año 1943, probablemente con la doctrina dominante³¹. La razón de la exigencia de la accesoriedad máxima se encontraba en que para la

WESSELS, 1980. p. 163, dice que "La accesoriedad limitada no exime de la exigencia de que el hecho principal deba haber sido cometido "dolosamente". Solo es punible la participación dolosa en un hecho principal antijurídico cometido dolosamente"

ZAFFARONI. Tomo III, p. 360 ha dicho que: "(...) el partícipe actúa afectando el mismo bien jurídico que el autor, pero solo no lo hace en forma directa, sino por medio del hecho antijurídico el autor".

FERNANDEZ, Alberto A. / PAZTORIZA, Luis G. Autoría y Participación criminal, Buenos Aires, 1987, p.33 dice que "(...) la accesoriedad limitada es la que más se ajusta a nuestro derecho y a la racionalidad jurídica.". Aunque este autor no siendo un finalista, también postula esta tendencia:

BUSTOS RAMIREZ, 2005, p. 1084.

RODRIGUEZ DEVESA, José María; Derecho Penal español. Parte General, Madrid 1985, p.827 anota que "El Código requiere, para poder castigar a los partícipes, que el autor principal haya realizado una conducta típicamente antijurídica, es decir se atiende al criterio de la accesoriedad limitada".

LORENZO SALGADO; Notas sobre la participación criminal en el derecho español (Una aproximación a las cuestiones básicas), p. 169 sostiene: "Que nuestro Derecho Positivo pueda interpretarse en el sentido de la accesoriedad limitada es altamente satisfactorio ,tanto desde una vertiente dogmática como político- criminal , puesto que la accesoriedad mínima llevaría a castigar al partícipe en una acción típica aunque la misma estuviera justificada y la accesoriedad máxima comportaría la impunidad para el partícipe en una acción típica y contraria a Derecho en los casos en que en el autor no concurre un elemento tan personal como el de la culpabilidad".

³¹ BOCKELMANN, Paul. Relaciones entre autoría y participación. Traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Frinker, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 8.

participación criminal se exigía dolo en el autor y como el dolo estaba ubicado en la culpabilidad, la exigencia era totalmente lógica. Ahora bien, una vez excluido el dolo de la culpabilidad es posible seguir exigiendo dolo en el autor sin que al tiempo se tenga que exigir también la culpabilidad, por lo que basta con que el autor realice un hecho típico (doloso) y antijurídico. En la conducta del autor debe haberse alcanzado tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, lo cual era lógico desde una concepción causalista del hecho punible. Sin embargo, esto producía ciertos problemas: si se ayudaba o instigaba a un menor de edad o a un enajenado a la realización de un delito, no había un hecho principal, pues tanto al menor como al enajenado le faltaba la culpabilidad, luego no había autor y tampoco podía haber participe, todos quedaban impunes. De ahí que surgiera la teoría del autor mediato para cubrir las lagunas existentes.

Por tanto, para los partidarios de este entendimiento de la participación, ésta solo es punible si el autor obró típica, antijurídica y culpablemente, es decir, con responsabilidad criminal plena salvo el supuesto de concurrencia de una excusa absolutoria. En la opinión mayoritaria en nuestra doctrina, la exigencia de que el autor haya obrado de ese modo es excesiva, ya que una causa de exclusión de la culpabilidad, de naturaleza formalmente personal, no tiene qué diluir la realidad de un acto típico e injusto en el que el participe ha colaborado sin que le alcancen las razones de exculpación que afectan al autor. Así, por ejemplo, el autor puede padecer error o ser inimputable (por ejemplo, menor de edad), y no por ello parece lógico que se deje en la impunidad la intervención de quien ni padece error ni es menor de edad. Entonces, el hecho principal tiene que ser además de típico y antijurídico, culpable.

Se critica la accesoriedad máxima o extrema, pues el partícipe en un hecho principal realizado por una persona que no es culpable, no podría ser sancionado originándose la impunidad tanto del no culpable, como del partícipe; para superar este inconveniente, los seguidores de la accesoriedad extrema recurrieron a la figura de la autoría mediata; pero esta solución fracasa en los casos de mera complicidad.

B.4. Hiperaccesoriedad: el hecho, además de ser típico, antijurídico y culpable debe poseer condiciones objetivas de punibilidad

El principio de Hiperaccesoriedad exige presentarse todos los presupuestos materiales de la punibilidad. En palabras de REATEGUI SÁNCHEZ³², “es una dependencia de partícipe de las cualidades personales del autor, de modo que las circunstancias que elevan o disminuyen la pena inherentes a su persona, agrava o atenúan la del partícipe”. Esta postura también ha recibido críticas, pues si la seguimos se llegaría al extremo de dejar impune al partícipe en un hecho principal que, a pesar de ser típico, antijurídico y el autor culpable, hubiere concurrido una causa personal de exclusión de la punibilidad sólo respecto de éste.

C. Principio de Accesoriedad Objetiva

Respecto a la Accesoriedad Objetiva ROBLES PLANAS estima que lo decisivo es hablar de una conducta típica de intervención, y en un sistema de intervención la accesoriedad tradicionalmente entendida pierde su razón de ser. A juicio de este autor " *la relación de dependencia no se produce entre interviniente y autor, sino*

³² REATEGUI SÁNCHEZ, James. Derecho Penal Parte General. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 478.

entre interviniente y hecho. Dado que en un sistema de intervención el hecho adquiere significado por sí mismo y queda desprendido de la conducta de uno de ellos (el autor), la accesoriedad se integra en aquel nexo que permite poner en relación al interviniente con el hecho... La accesoriedad se refiere, por tanto, a la relación de cada interviniente con el hecho, es decir, a los requisitos que debe cumplir él con relación al hecho al que accede. Se trata, por consiguiente, de distinguir entre los requisitos del hecho al que se accede (carácter constitutivo y, por tanto, accesorios) y los requisitos que debe presentar el partícipe con relación a ese hecho (carácter personal y, por tanto, no accesorio). En este sentido puede afirmarse que el interviniente "accede" al hecho, siempre y cuando cumpla en su propia conducta con los requisitos necesarios para la imputación objetiva y además, su conducta no esté objetivamente justificada"³³.

En ese sentido el Tribunal Supremo Español, en una incipiente línea jurisprudencial el alto tribunal viene efectuando excepciones al *principio de accesoriedad limitada de la participación* en los delitos especiales y considera que no es necesario que no es necesario que algún sujeto intraneus sea castigado para sancionar a los extranei **(así de manera expresa, la STS 606/2010 de 25/6)**.

Asimismo, en la **STS 539/2003 de 30/4**, en un supuesto de delito fiscal, se absolvió a los "intranei" que venían siendo imputados en calidad de autores pero se condenó como inductor al extraneus que había diseñado y planificado cuidadosamente la operación defraudatoria, dándoles a sus familiares y a su empleado de confianza las instrucciones necesarias para que todos desempeñasen el papel que les había

³³ Robles Planas, R., La participación en el delito: fundamento y límites, p.220.

asignado en el desarrollo de la operación, de forma que todos llegasen a la misma meta de omitir el pago del impuesto, para lo cual ejerció la indiscutible autoridad que se le reconocía.

Por otro lado, en la sentencia **STS 222/2010 de 4/3** se condenó al partícipe extraneus como inductor del delito especial propio (de prevaricación), pese a la expresa absolución del acusado como autor, porque éste actuó con error de prohibición, que excluía su culpabilidad, pero no sin el dolo natural referido a las resoluciones que adoptó, porque "conocía" el exacto contenido de éstas, aunque actuase sin conocer que la resolución era contraria a Derecho, es decir, sin el denominado *dolus malus*. Pese a los esfuerzos del Tribunal Supremo, lo cierto es que la ilicitud de la resolución es un elemento del tipo y, por consiguiente, según la posición tradicional y mayoritaria, en principio, no existiría hecho típico en el cual poder participar.

En suma, el Tribunal Supremo parece reconocer que cabe exigir responsabilidad penal al interviniente que concurre a un hecho que sólo es objetivamente antijurídico. Para lo cual apela a la existencia de "unidad de hecho que deriva del sentido conjunto de las acciones de autor y partícipe" (**STS 606/2010 de 25/6**). Ello implica una importante quiebra en el rígido principio de accesoriedad de la participación con la finalidad de cubrir las lagunas de punibilidad que genera: se pasa de una accesoriedad limitada a una accesoriedad restringida a la concurrencia de los elementos objetivos de la antijuricidad.

En ese sentido, debemos entender que la accesoriedad es aquella relación mínima que necesariamente debe existir entre todo interviniente y el hecho, para poder

atribuir responsabilidad penal. De ahí deriva que, en el nivel constitutivo de la responsabilidad, la accesoriadad no tiene más contenido que el de ser una manifestación específica del principio del hecho típico. Sin un hecho penalmente relevante, no hay responsabilidad para ningún interviniente. Por lo tanto, cabe afirmar que la propia constitución objetiva del hecho típico no es accesoria para el partícipe, sino esencial o principal. Una vez que se constata la presencia de un nexo objetivo entre conducta de intervención (aún no definida como de autoría o participación) y hecho, la responsabilidad (subjetiva) de cada uno de los diversos sujetos implicados será personal, independiente, propia.

Así, lo que tradicionalmente ha venido denominándose "accesoriadad cuantitativa", deja de ser un requisito específico para poder castigar al partícipe y pasa a ser un requisito general de la atribución de responsabilidad aplicable a todo interviniente: si no hay inicio del estadio ejecutivo, no hay responsabilidad para nadie en un Derecho penal que quiera respetar el principio del hecho. En este sentido, la cuestión que está detrás de la denominada "accesoriadad cuantitativa" es la de qué grado de lesividad en el hecho es legítimo exigir para que pueda afirmarse que una conducta es penalmente relevante: será siempre necesario que el hecho sea ya expresión de un hecho típico y, por consiguiente, haya entrado en fase ejecutiva. La accesoriadad cuantitativa no es más que una expresión del principio de lesividad.

Por su parte, la llamada "accesoriadad cualitativa" también pierde su razón de ser, por cuanto el hecho en sí mismo, y no la conducta de uno de los intervinientes (el autor), es el objeto de referencia de la imputación. En efecto, de lo que se trata aquí es de predicar determinadas cualidades de la relación entre conducta del

interviniente y hecho típico. Aquel nexo que permite normativamente poner en relación una conducta con el hecho y hablar así de intervención en el mismo es un nexo objetivo. Por consiguiente, para poder afirmar la participación, basta con que ésta vaya referida a la parte objetiva del injusto, es decir, debe tratarse de un hecho objetivamente típico y no debe encontrarse objetivamente justificado. Si el hecho constituye un injusto típico y antijurídico desde el punto de vista objetivo, puede hablarse entonces de intervención en el mismo.

Pues bien, ahora el Tribunal Supremo español parece dar la razón a este punto de vista y probablemente pueda darse por anunciado el "retorno de la accesoriadad objetiva", un retorno cuyas consecuencias, cabe subrayarlo, no distan demasiado de las que derivan de la adopción de un concepto parcialmente inspirados en el clásico o neoclásico de delito en el que se distinguiera fuertemente entre imputación objetiva (lesividad jurídica) e imputación subjetiva (infracción de la norma).

1.4. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

1.4.1. Análisis normativo

Analizada la accesoriadad de la participación y sus clases, corresponde ahora analizar cómo está recogida la institución de la participación en nuestro ordenamiento. Es relevante citar en este punto al anteproyecto de ley del Código Penal, Parte General 2004 que prescribe lo siguiente: "En relación con la complicidad (art. 25), el anteproyecto estima conveniente precisar el momento en el que el cómplice puede otorgar su aporte o auxilio. Así, se otorgará tanto en la etapa preparatoria (actos anteriores), como en la etapa de ejecución (actos

simultáneos) de la ejecución del hecho punible"³⁴. En otras palabras, el fundamento de la punición para el partícipe radica una pura accesoriedad limitada, que solo puede ser punible hasta que puede castigarse al autor, es decir, hasta la consumación del delito.

No obstante, lo anterior, el tenor literal actual del artículo 25 del Código Penal es el siguiente:

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

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

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.

1.4.2. Diferencias entre la complicidad y otras figuras

Conceptualmente como se ha venido señalando, "la complicidad es participación; por tanto, acción típicamente antijurídica y culpable"³⁵. Sin embargo, para la doctrina el cómplice no realiza la acción que se subsume en el tipo de la parte

³⁴ COMISIÓN ESPECIAL REVISORA DEL CÓDIGO PENAL Ley N° 27837. Lima, 2004 ubicado en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_06.pdf

³⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cit, p. 430. 40.

especial, lo cual, precisamente lo distinguiría del autor, siendo esta la esencial diferenciación respecto a la exigencia de las condiciones de autor en los delitos especiales, las que no sería preciso requerir en el cómplice"³⁶. Sobre esto último, ya no importa si el partícipe es cómplice primario o secundario. En suma, ya no importa su calidad especial. Lo único que importa es el aporte al delito especial. Por tanto, deberá ser sancionado a tal igual que el sujeto especial.

Por otro lado, es menester señalar que la complicidad se distingue respecto de quienes se valen de otro para ejecutar la acción, es decir se la diferencia de los autores mediatos y de los instigadores. También se diferencia de los coautores pues en este supuesto, siguiendo la teoría del dominio del hecho, como señala Roxin cada uno puede desbaratar el plan total retirando su contribución al hecho³⁷. En este sentido, con respecto a la expresión de "participación necesaria", no es completamente exacta debido a que por un lado, puede tratarse de una coautoría y, por otro, porque la colaboración no tiene por qué alcanzar la categoría de participación³⁸. En suma, se diferencia de los tipos de autoría, en función al ánimo del partícipe de colaborar con el hecho, de tal modo, que si este, dispone su retiro, puede que el hecho si se lleve a cabo.

1.4.3. Complicidad primaria y secundaria

Algunos Códigos consideran autor al cómplice necesario, otros, utilizando mayor técnica legislativa, solo hacen la equiparación quod penam (igual pena), como el

³⁶ *Ibidem*. p. 431.

³⁷ LUZÓN CUESTA, José Marra. "Compendio de Derecho Penal". Editorial Dykinson. Madrid, 2000, p. 21S

³⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas y otros. "Derecho Penal. Parte General". Traducción de Olmedo Cardenele. Editorial Comares. Granada, 2002, p. 751.

Código Penal peruano que equipara al primero a efectos de la imposición de la pena con la genuina autoría; y a la segunda, lo califica de complicidad. Delimitar estas dos clases de cooperaciones ofrece grandes dificultades. Los criterios considerados para esta delimitación son:

1.4.3.1. Según la cantidad y la naturaleza del aporte individual al hecho

Liminarmente es complejo identificar el volumen o cantidad del aporte del partícipe al hecho principal. En opinión de FONTÁN BALESTRA³⁹, esta delimitación presenta dificultades casi insolubles en la práctica, dado que, es imposible precisar con nitidez cuándo la contribución de personas ajenas al hecho delictuoso consiste en participación. Así, siguiendo el criterio de la sustituibilidad, si se sostiene una postura completamente abstracta de la situación específica, ninguno de los partícipes podrá calificarse de cooperador necesario, pues es plausible de todas las formas que los actos por él cometidos podrían haberlo sido realizados por cualquier sujeto ajeno al grupo delincencial. El autor precitado nos ilustra con un claro ejemplo para una mayor comprensión: el que facilita el arma con la que será cometido el asesinato o el que se pone de acuerdo con otro para estudiar los movimientos habituales de un banco con el propósito de planificar el asalto son absolutamente reemplazables tomando el hecho en abstracto, en tanto en el primer caso la muerte pudo haberse causado con otra arma y en el segundo, en tanto que el partícipe es sustituible por cualquier otra persona.

Ahora si, por el contrario, se hace una radical concreción entonces se llegaría a la conclusión de que ninguno de los que intervinieron hubiera podido ser reemplazado

³⁹ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cit, p. 433.

por nadie, ni de fuera ni de dentro del grupo, porque en tal supuesto los hechos no hubieran ocurrido exactamente cómo sucedieron. Todos, absolutamente todos, serían cooperadores necesarios. Pero al margen de esto, ambas concepciones, como ya se dijo, pecan uno por exceso y otro por defecto, pues con la consideración abstracta se reducen notoriamente los supuestos de complicidad necesaria, en tanto que con la del concreto se amplían con peligro de cometer desaciertos⁴⁰. En opinión de MIR PUIG⁴¹ la solución del problema debe combinar aspectos acertados existentes en las dos posiciones pues la primera acierta al situar al punto de mira ex ante, porque nunca podrá saberse con seguridad si luego el autor hubiera podido o no cometer el delito sin la cooperación mientras que la segunda tiene razón al distinguir entre el "si" y el "cómo" del hecho (mejor que entre el resultado y las modalidades de acción). En ese sentido sostiene, FONTÁN BALESTRA "lo determinante es la acción y no la persona del cómplice, aclarando que si se exigiera esto último, el número de los cómplices necesarios se reduciría, pues el posible reemplazo hipotético de persona, con los mismos resultados, haría aparecer la complicidad como no necesaria"⁴², en otras palabras, que si el hecho en concreto no hubiera podido cometerse sin la acción determinada su autor es cómplice primario, siendo que si naturalmente el auxilio o cooperación solo podía prestarlo un determinado interviniente en los hechos, ese individuo, obedeciendo a sus especiales condiciones y capacidades, la calificación del cómplice como necesario será aún más contundente.

⁴⁰ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. "Autor y cómplice en el Derecho Penal". Editorial Euros Editores. Madrid, 1966. p. 139.

⁴¹ MIR PUIG, Santiago. "Derecho Penal. Parte General". PPU. 3ª edición. Editorial Autor Editor Barcelona, 1990. p. 437.

⁴² FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cit., p. 432.

1.4.4. Complicidad secundaria

El segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal establece que "a los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia, se les disminuirá prudencialmente la pena". Para un sector de la doctrina, si el acto realizado hubiera podido verificarse por cualquiera de los demás que interviene, su cooperación habría de clasificarse en la categoría de simple complicidad.

En esa misma línea, la Corte Suprema señala que "la complicidad secundaria se compone por cualquier contribución, que no sea esencial para la comisión de delito. Se trata de aportes que no son indispensables. Es el caso de aquel sujeto que tiene la función de avisar a los asaltantes de un banco de la llegada de la policía" y agrega "La determinación de la esencialidad o no esencialidad del aporte sirve para diferenciar la complicidad primaria y secundaria. El aporte ha de ser valorado a través de los filtros de la imputación objetiva, para determinar si el mismo constituye o no un riesgo típico. Luego, habrá de analizarse si la conducta objetivamente típica- también puede ser imputada subjetivamente"⁴³.

1.4.4.1. Momentos de actuar del cómplice secundario

A. Complicidad anterior o paralela a la ejecución: "La palabra cooperar significa aportes acordados anteriores o simultáneos a la ejecución del delito"⁴⁴. El carácter convenido de esta ayuda la diferencia del mero auxilio que es un simple socorro o amparo. El aporte es cuasi irrelevante, no decisivo, impermeable, volátil, útil en grado ínfimo.

⁴³ CASACIÓN N^o 367-2011 LAMBAYEQUE, óp. cit.

⁴⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cit, p. 434.

B. Complicidad por actos posteriores al hecho: "Se trata de prestar una ayuda posterior cumpliendo una promesa previa al hecho, de otro modo sería encubrimiento"⁴⁵. Aquí, el cómplice cumple con una promesa, realizada antes de la ejecución del hecho. Es el cumplimiento del pacto previo. Hay que observar que el cómplice puede llegar a cumplir o no y si en el caso que incumpliese con su promesa, el hecho ya se ha consumado. "Esta ayuda posterior a la ejecución del hecho comprende a los cooperadores necesarios y no necesarios"⁴⁶. El acuerdo puede tener lugar con cualquiera de los que intervienen en el delito, autor o partícipe. La complicidad exige una acción, la promesa por sí sola, carece de entidad penal, sería tentativa de participación, es decir, impune.

1.4.5. La culpabilidad de la complicidad

Tal como ocurre con el autor, en la complicidad, lo decisivo para determinar la su culpabilidad se deriva de la existencia de la comunicación o no de las relaciones, circunstancias y cualidades personales, cuyo efecto sea agravar la penalidad y de la limitación correctora que puede resultar de la aplicación individual de los principios de culpabilidad, quedando excluida la complicidad por auxilio, en la que no media acuerdo ni promesa⁴⁷. La culpabilidad del cómplice se reduce al ánimo de contribuir a que el autor produzca el hecho del que ha de resultar lo reprochable. En consecuencia, todo dependerá de la pena que se imponga al autor. Es oportuno lo que la Corte Suprema ha establecido como doctrina jurisprudencial, que para los efectos de determinar la responsabilidad penal en grado de complicidad, sea

⁴⁵ ibidem, p. 435.

⁴⁶ Ibídem.

⁴⁷ ibidem, p. 436.

primario o secundaria, deberá analizarse si la conducta desplegada por el imputado en cada caso concreto al cooperar o prestar colaboración ha constituido un aporte que contenga el elemento subjetivo del dolo⁴⁸. Si el cómplice no ha procedido dolosamente, se incurrirá en falta de la concreción del tipo objetivo. Esto último hace a la conducta en atípica, por ende, ya no es posible analizar los demás niveles de la teoría del Delito.

1.4.6. La complicidad por omisión

La complicidad por omisión impropia es generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Es decir, es concebible una cooperación omisiva, pero solo si el cómplice estaba jurídicamente obligado a actuar para evitar la consumación⁴⁹. En este caso, el cómplice, debe guardar o poseer un deber de garante, que le obligue a traducir su comportamiento en un hecho cualificado frente al Derecho.

1.4.7. La complicidad en los delitos de convergencia y en los delitos de encuentro

La participación necesaria no ofrece dificultades cuando la ley dispone expresamente la punición de todos los partícipes. Cuando esto no es así, se está en la duda de si nos encontramos ante un delito plurisubjetivo o, por el contrario, solo se castiga uno de los intervinientes.

⁴⁸ CASACIÓN N^o 367-2011 LAMBAYEQUE, op cit.

⁴⁹ CURY URZÚA, Enrique. Op. Cit, p. 255.

A. Delitos de convergencia

En los delitos de convergencia se requiere de la unión de voluntades para la consecución de un propósito común. El resultado. A este carácter pluripersonal se ha añadido, pese a la negativa de un sector doctrinal, el requisito de un mínimo de organización previo al alzamiento, que responde a lógicas exigencias de idoneidad de la conducta dada la envergadura de los fines propuestos. Se caracterizan por la actuación conjunta o accesoria de varias personas dirigida a una meta común, como por ejemplo el grave allanamiento de morada, la perturbación de la paz o las lesiones corporales causadas en común, los cuales no presentan peligro debido a la punibilidad de todos los colaboradores convergentes en la participación necesaria, es decir, estos son punibles solo como autores y no como partícipes⁵⁰. Se trata de una serie de actividades que convergen en una misma dirección. En ese sentido, los cómplices se encuentran incluidos en quienes suman sus voluntades para la comisión del hecho criminal.

B. Delitos de encuentro

Presupone una pluralidad de personas activamente intervinientes, cuyas acciones, sea con una dirección de voluntad coincidente o no, se acercan mutuamente; es decir, el encuentro de las diversas actuaciones de voluntad tiene efecto constitutivo para el tipo, siendo que si bien las actividades de los intervinientes, ciertamente, se dirigen al mismo objetivo, sin embargo lo hacen desde lados distintos, de modo que las acciones, en cierto modo, acaban encontrándose⁵¹. Aquí la participación

⁵⁰ MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz; JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Op. Cit, p. 401.

⁵¹ JESCHECK, Hans-Heinrich y otro. Op. Cit, p. 751.

necesaria no presenta dificultades cuando la ley determina la punibilidad de todos los colaboradores en forma expresa.

En estos delitos la ley contiene frecuentemente una conminación punitiva solo para uno de los colaboradores necesarios, sin mencionar al otro, como sucede en la estafa, con el engaño que incurre en una acción estando en error⁵², siendo que en este sentido la ley castiga a través de concretas disposiciones penales solo a determinados intervinientes, quedando de este modo los demás impunes, como sucede en el abuso sexual de personas sujetas al cuidado o custodia del autor⁵³. En otras palabras, la acción resulta del encuentro de diversas manifestaciones de voluntad al modo de un contrato, como sucede en el cohecho, que consiste en la recepción de dádivas por el funcionario.

1.4.8. Punibilidad en la complicidad

En primer término, respecto de la punibilidad es oportuno señalar lo que reconocida doctrina refiere en tanto nos dicta que "la equiparación en cuanto a la pena no debe ser necesariamente considerada la del autor, sino la del delito, con las diferencias que resultan del contenido de la culpabilidad de cada uno y de la comunicación de las circunstancias o condiciones personales que tienen por efecto modificar la penalidad"⁵⁴. Es decir, si bien debe mirarse al autor, principalmente se debe observar el hecho delictivo. Y aquí se ingresa a la determinación judicial de la pena

⁵² MAURACH, Reinhart et al. Op. Cit, p. 402

⁵³ JESCHECK, Hans-Heinrich y otro. Op. Cit, p. 751

⁵⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Op. Cit, p. 430.

para el cómplice, el cual necesariamente tendrá como referente el artículo artículo 45-A, segundo párrafo del Código Penal.

CAPÍTULO II

CAPÍTULO SEGUNDO: DESARROLLO DOCTRINAL DE LAS FASES DEL ITER CRIMINIS, AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN DELICTIVA EN NUESTRO ORDENAMIENTO PENAL PERUANO

2.1. CUESTIONES PREVIAS

Se designa a nivel Doctrinal como “Iter Criminis” al proceso, en parte mental y en parte físico, que va desde que una o más personas toman la decisión de cometer un delito hasta su consumación. Este proceso tiene una vertiente interna y otra externa; el Derecho penal proclama que solamente lo que corresponda a lo externo puede ser objeto de valoración y, en su caso, de castigo. En el estudio del “Iter Criminis” se distinguen cuatro momentos, correspondientes a las fases de desarrollo del proceso delictivo: fase interna, fase externa, fase de ejecución y fase de consumación. Con respecto, a la autoría y participación, se busca apreciar debidamente la importancia del aporte que hace cada sujeto al injusto penal y precisar el personal juicio de reproche que le corresponde. De lo que se trata es:

admitir la diferencia entre la realización del rol principal (autor) y la ejecución de conductas accesorias (participe primario y secundario).

2.2. FASE INTERNA

Se encuentra constituida por todos los momentos del ánimo a través de los cuales se formaliza la voluntad criminal y que preceden a su manifestación. Se distinguen: la ideación del delito, la deliberación y la resolución criminal. La fase interna es por sí sola irrelevante, el derecho penal interviene a partir de la manifestación de la voluntad. Como sabemos el derecho penal sanciona conductas y no pensamientos.

Esta fase no se castiga, no son punibles, ya que se encuentra dentro del pensamiento de la persona, esto es el fuero interno del individuo. Según CARNEVALI, RAÚL⁵⁵, sostuvo retóricamente que “el pensamiento es libre y resiste a la acción material del hombre; puede ser criminal y no podría ser aprisionado”. Por su parte WELZEL HANS⁵⁶, afirma que tampoco "la voluntad mala es penada como tal, sino solamente la voluntad mala que se concreta; esto no sólo porque la mera voluntad no es todavía captable y porque la moralidad no puede ser impuesta, sino, también, por el abismo profundo que separa, al fin y al cabo el pensamiento del hecho". Pertenecen a esta fase interna:

⁵⁵ Cfr., CARNEVALI, Raúl, “¿Es el derecho penal que viene? A propósito de la Ley N° 19.950, que modifica el delito de hurto”, en La Semana Jurídica N° 192 (2004), p. 14.

⁵⁶ WELZEL, Hans. El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Editorial B de F. Edición 2001, Buenos Aires - Argentina. p .230.

A. La concepción o ideación

Es el momento en que surge en el espíritu y mente del sujeto la idea o propósito de delinquir. Consiste en imaginarse el delito. Ejemplo: Pedro quiere matar a Julio.

B. La deliberación

Es el momento de estudio y apreciación de los motivos para realizar el delito. Es la elaboración y desarrollo del plan, apreciando los detalles y forma en que se va a realizar.

C. La resolución o determinación

Es el momento de decisión para realizar el delito sobre la base de uno de los motivos de la fase anterior. El sujeto decide poner en práctica el plan. Se resuelve en el fuero interno, el ejecutar la infracción penal. Estos actos no pueden ser sancionados porque están en el fuero interno del individuo.

D. Impunibilidad de los actos de la fase interna

Según POLITOFF SERGIO⁵⁷, refiere que los actos descritos permanecen en el fuero interno del individuo. Por lo tanto, los actos de la fase interna, no son punibles. Por las siguientes razones:

- a) Por respeto al Principio “cogitationen poenam nemo patitur”, pues debe tenerse presente que el delito es, antes que nada, acción.

⁵⁷ Cfr. POLITOFF, Sergio. Los actos preparatorios, en Revista Chilena de Derecho, vol. 24. N° 3, septiembre – diciembre 1997, p.33.

- b) Si está en el fuero interno aún no hay acción, y para que haya acción, no bastan los actos internos (elemento psíquico de la acción), sino que se requiere también la exteriorización (elemento físico de la acción).
- c) Porque lo anterior está apoyado por la Constitución que establece: las acciones que no ofendan y no estén prohibidas no son sancionables.

2.3. FASE INTERMEDIA

Actos intermedios que no causan daño objetivo y que se expresan en la determinación de cometer un delito o resolución manifestada. La resolución manifestada se expresa en forma de: conspiración, instigación y amenazas.

A. La conspiración⁵⁸

Es el ponerse de acuerdo tres o más personas para cometer los delitos de sedición, y únicamente la resolución manifestada del director y promotor.

B. Instigación⁵⁹

Es el acto de determinar a otra persona a cometer un hecho punible, del cual será considerado autor plenamente responsable. Que significa determinar, persuadir o mover a una persona para que cometa un delito, Es instigador quien intencionalmente determina a otro a cometer un delito. La proposición es simplemente invitar, la provocación es proponer, pero sin convencer.

⁵⁸ CABANELLAS DE TORRES, Diccionario Jurídico Elemental, ed. Eliasta, Decimosexta edición, 2003, p. 88.

⁵⁹ *Ibíd*em, p.90.

C. Las amenazas⁶⁰

Son expresiones verbales, escritas o mediante armas con el propósito de amedrentar o alarmar. Es punible como un delito especial, no por el daño posible sino por la peligrosidad del agente.

2.4. FASE EXTERNA

Es la manifestación de la idea delictiva y comienza a realizarse objetivamente. En esta fase se exterioriza la fase interna, o sea los actos planeados para la persona, se realizan en el mundo exterior con el propósito de cometer un delito.

Va desde la simple manifestación de que el delito se realizará, hasta la consumación del mismo. Es en esta fase en que el delito cobra vida, y está compuesta por:

A. Los actos preparatorios

Los actos preparatorios (que no concurren en todos los casos) constituyen un momento intermedio entre la fase interna (impune) y la fase de ejecución (punible) del delito. En el Código Penal Peruano se parte de la regla general de que los actos preparatorios son impunes, lo que se debe, en buena medida, al carácter equívoco de tales actos debido a que pueden ser entendidos dentro del ámbito de las conductas socialmente permitidas. Sin embargo, los actos preparatorios serán excepcionalmente punibles cuando:

⁶⁰ *Ibíd*em, p.74.

- a) Cuando el legislador prevé expresamente que un acto preparatorio (de otro delito) debe ser un delito.

- b) Cuando respecto de algunos delitos (muy graves) el legislador considera punibles la conspiración para cometerlos.

Por ejemplo, los siguientes artículos regulados en nuestra Ordenamiento Jurídico

Penal:

Artículo 252.- El que falsifica billetes o monedas será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años y con ciento veinte a trescientos días-multa.

Artículo 255.- El que fabrica, introduce en el territorio de la República o retira de él, máquinas, matrices, cuños o cualquier otra clase de instrumentos o insumos destinados a la falsificación de billetes o monedas (...) será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de doce años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa.

A.1. Conspiración

La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Conforme lo ha resaltado reiteradamente la doctrina mayoritaria, esta figura no es otra cosa que un caso de “co-autoría anticipada” o una “tentativa de co-autoría” que requiere que los conspiradores resuelvan ejecutar todos ellos el delito como co-autores.

Por ejemplo, los siguientes artículos regulados en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal:

Artículo 349.- Conspiración para una rebelión, sedición o motín El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.

Artículo 346.- Rebelión El que se alza en armas para variar la forma de gobierno, deponer al gobierno legalmente constituido o suprimir o modificar el régimen constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y expatriación.

A.2. La provocación⁶¹

Se debe entender como la incitación, excitación a ejecutar algo, misma que consiste en una incitación hecha por un sujeto activo, quien no realiza directamente el tipo objetivo de la conducta prohibida descrita en el supuesto de hecho de la norma jurídico penal, sino que hace que otros sujetos activos la ejecuten por él, es decir que, él provocador induce a otros, por diferentes medios, a realizar la conducta prohibida, por la norma penal sustantiva.

B. Los actos de ejecución

Una vez superada la fase meramente preparatoria se entra en la fase de ejecución del delito. La diferenciación entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos

⁶¹ Óp. cit. CABANELLAS DE TORRES, Diccionario Jurídico Elemental, 2003, p. 327.

deviene en fundamental si tenemos en cuenta que, como hemos apuntado, la regla general es que los actos preparatorios son impunes (salvo excepciones) mientras que los actos ejecutivos son punibles.

Se han planteado varias teorías para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos:

- Criterio subjetivo (lo que el acto significa para el autor).
- Criterio objetivo – formal (realización de un acto descrito en el tipo penal).
- Criterio objetivo – material (realización de actividad que, en virtud a su necesaria conexión con la acción típica, aparece como parte integrante de ella, según la concepción natural, comprendiendo así actos no descritos expresamente en el verbo rector.
- Criterios mixtos (importancia de los actos, pero partiendo de la voluntad del autor): El caso del Perú.

B.1. La tentativa

En la tentativa el agente comienza la ejecución del delito que decidió cometer, sin consumarlo, ya sea por causas voluntarias o extrañas a él. Es decir, existe el ilícito, pero en una menor intensidad.

Elementos de la tentativa:

- Elemento subjetivo: Resolución criminal (similar al dolo del delito consumado).
- Elemento objetivo: Comienzo de la ejecución del delito.
- La no realización de la consumación.

Entonces, la tentativa se caracteriza por la falta de algún elemento del tipo objetivo, por lo tanto, en ella el tipo subjetivo (dolo u otros elementos subjetivos) permanece idéntico a la consumación. La distinción entre el delito consumado y la tentativa reside pues, en que en ésta última el tipo objetivo no está completo, a pesar de estarlo el tipo subjetivo. En consecuencia, son elementos del tipo de la tentativa: el dolo del autor (y los demás elementos del tipo subjetivo) y el comienzo de ejecución de la acción típica (tipo objetivo).

B.1.Tentativa acabada

Cuando el autor durante la ejecución puede juzgar que la consecución ya puede producirse sin necesidad de otra actividad de su parte.

B.2.Tentativa inacabada

Cuando el autor no ha ejecutado todavía todo lo que, según su plan, es necesario para la producción del resultado y desde el punto de vista objetivo no existe peligro de que éste tenga lugar.

En ambas la consumación no se alcanza por causas ajenas a la voluntad del sujeto agente.

2.5. FASE DE CONSUMACIÓN

La consumación formal (consumación propiamente dicha) supone la verificación de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, es decir, la realización de la conducta típica íntegramente.

Por su parte, NUÑEZ BARBADERO⁶² acentúa su oposición al finalismo cuando adquiere que “la consumación delictiva mira siempre al desvalor jurídico y no al desvalor jurídico del simple comportamiento”. Por tanto, es distinto que el comportamiento en sí implique ya ese efecto, tal como sucede en los delitos de peligro abstracto.

2.6. LA AUTORÍA

La doctrina suele comenzar destacando dos sistemas tradicionales, a rasgos generales:

2.6.1. Sistema unitario extensivo

Para los defensores de la llamada teoría unitaria de autor, toda contribución causal al hecho convierte al sujeto en autor, con independencia de la importancia de dicha contribución no existiendo ninguna relación de accesoriedad entre los diversos

⁶² NUÑEZ BARBADERO, Ruperto. El delito imposible, Editorial “Diario-Día” Tomo V, Núm. 1, Salamanca España. 1993. p.451.

aportes al hecho delictivo. Se rechaza así la distinción entre autor y partícipe y se niega en absoluto la trascendencia de la accesoriedad.

Se debe precisar que fue la teoría de la equivalencia, lo que no permite diferenciar entre autores y partícipes. El fundamento del concepto unitario de autor es la equivalencia causal de las aportaciones de los intervinientes en la producción del resultado⁶³.

La Teoría de la equivalencia trabaja en la mayoría de los casos con la fórmula de la “conditio sine quanon”. Según esta fórmula, debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto⁶⁴.

Así será considerado autor todo aquel que haya aportado una condición al resultado, siendo la relación de causalidad su elemento constitutivo.

2.6.2. Sistema restrictivo de autor

Al respecto, URQUIZO OLAECHEA ⁶⁵ afirma que el concepto restrictivo de Autor, surgió con el sistema neoclásico, se caracteriza por dos cosas: a) El cambio metodológico con relación al sistema clásico b) la Consecuencia dogmática.

⁶³ Cfr. URQUIZO OLAECHEA, José. El concepto de Autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código Penal Peruano. Dogmática Actual de la autoría y de la participación criminal. Lima, Idemsa. 2007. P. 584.

⁶⁴ ROXIN, Claus. (1997). Dogmático Jurídico Penal y Sistema del Derecho Penal. Problemas básicos en la Teoría General del Delito; Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos: Estructura de la Teoría del Delito, Trad. Del Alemán por Diego Manuel Lunzon Peña. & Miguel Diaz y García Conlledo & Javier De Vicente Remesal; Madrid, Civitas.1997.p.11.

⁶⁵ URQUIZO OLAECHEA, José. Op cit. p. 584.

La metodología que se siguió en 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 este resultado binario de imputación se buscó arribar a un resultado diferente respecto del concepto de autor elaborado por el sistema clásico. Este resultado distinto, consistió en restringir la causalidad pura -propia de la teoría de la equivalencia de condiciones, y se buscó construir la autoría sólo en función de la causalidad adecuada. Con esto la autoría no se configuró a partir de cualquier causa o condición, sino únicamente en base a causas que - ex post – eran objetivamente idóneas para producir un resultado lesivo, lo cual significa que el resultado tenía que ser objetivamente previsible⁶⁶. Para esta teoría, existen diferencias objetivas entre el autor y el partícipe.

Teoría objetivo formal. Como concepto restrictivo de autor, se elaboró la teoría objetivo formal, conforme a la cual sólo la realización de la conducta típica definida con arreglo a criterios objetivos puede fundamentar la autoría. Autoría significa entonces realización del tipo, mientras que la definición de la participación pasa a ser negativa: partícipe es quien no realiza, el tipo. Respecto a la teoría objetivo - formal, se recurre a la comisión de propia mano de la acción ejecutiva como criterio rector y sólo aquel que realiza los elementos del tipo en su propia persona puede ser autor. Según ROBLES PLANAS: “Presupuesto de ello es la idea (muy generalizada) de que el concepto de autor se deriva directamente de los tipos de la parte especial. Sin embargo, en los delitos de resultado la conducta típica no se halla expresamente formulada, de manera que no se puede deducir de ellos ningún

⁶⁶ Ibídem, p. 587

concepto de autor”⁶⁷. Como es sabido, el argumento más extendido en contra de la teoría objetivo - formal es que no da respuesta satisfactoria a los casos de autoría mediata.

En la misma línea se mueve la demoledora crítica relativa a que esta teoría no explica por qué es (co)autor aquel que sólo realiza una parte de la conducta típica (emplear violencia en un robo) imputándosele la parte nuclear de la misma que lleva a cabo otro (apoderarse de la cosa). Sin embargo, ROBLES PLANAS añade “no sólo la imposibilidad de entender que el tipo puede realizarse por medio de otro o conjuntamente habla en contra de esta teoría. A los efectos que ahora nos interesan creo que un grave error de esta teoría es la equiparación cuantitativa que se produce entre las aportaciones ejecutivas”⁶⁸. Así, se puede citar un caso en el cual la teoría objetivo - formal tiene que calificar como autoría realizaciones de actos típicos que, superado el estadio ejecutivo, pero aún no alcanzada la consumación, serían calificadas de participación para el caso en que la acción delictiva continuara hasta la consumación. Ejemplo: El que tiene por misión llevar la escalera hasta el lugar del robo junto con otros que serán, según el plan, los que suban por ella y se apoderen de los objetos, será considerado autor de una tentativa de robo si la policía le sorprende en el momento de colocarla, mientras que si la realización típica siguiera su curso hasta la consumación aquel sería considerado un mero partícipe.

Teoría objetivo material. Esta teoría señala que bajo la línea “objetiva” no es posible diferenciar las intervenciones de autores y partícipes. Se vuelve a lo mismo:

⁶⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo. La participación en el Delito, Fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2003. p.263.

⁶⁸ Ibídem. p.264.

todos los que realicen algún aporte son causantes. Ante la imposibilidad de la teoría formal - objetiva de diferenciar a los intervinientes, se concluye que la solución está en el plano subjetivo. Lo importante es el sentimiento del autor que tenga el sujeto, que el hecho sea sentido como propio y no que se colabora con otro, este espíritu se denomina “animus actoris” y es el criterio de diferencia del autor del partícipe, este último quien actúa con “animus socii”⁶⁹.

Con arreglo a lo anteriormente afirmado, para ROBLES PLANAS “sólo una teoría material que valore la clase de aportación puede ser un buen punto de partida para la distinción entre formas de intervención en el delito”⁷⁰. Sin embargo, este punto de vista material citado no debe identificarse al menos no plenamente con el concepto que trabaja la doctrina dominante. En efecto, por un lado, parece conveniente no renunciar a la distinción entre autoría y participación (cosa que no sucede con la formulación tradicional del concepto unitario de autor) y, además, hacerlo ya en el plano objetivo (cosa que no sucede con la formulación tradicional del concepto objetivo - material de autor, que diferencia por el ánimo).

En la base de cada uno de los conceptos de autor citados, late una diferente comprensión del tipo penal. Con el concepto extensivo, el tipo se entiende como causadora de resultados desvalorados, entonces es obvio que será autor todo aquel que con su conducta cause o contribuya a causar el resultado. La calificación de autor surge así de manera inmediata de los tipos de parte especial, entendiendo

⁶⁹ URQUIZO OLAECHEA, José. El concepto de Autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código Penal Peruano. Dogmática Actual de la autoría y de la participación criminal. P. 595.

⁷⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo. Op cit. p.262.

los preceptos de la parte general que gradúan la pena de algunos de los intervinientes como causas de restricción de la punibilidad. Posteriormente, las dificultades derivadas de un entendimiento exclusivamente causal del tipo fueron las que llevaron a acoger un concepto de autor restrictivo, en el que se admitiera que sólo la realización de la conducta típica definida con arreglo a criterios objetivos puede fundamentar la autoría. De ahí que autoría significa entonces realización del tipo, mientras que la definición de la participación pasa a ser negativa: partícipe es quien no realiza el tipo, o, con otras palabras, los tipos de la parte especial sólo describen el comportamiento del autor, y los tipos de participación son, por consiguiente, causas de extensión de la pena o de la punibilidad.

Se puede afirmar, en resumen, que los términos “extensivo” o “restrictivo”, son términos basados a su referencia, a la forma de ver a los intervinientes en el hecho descrito en el tipo penal de la parte especial, así en el concepto extensivo de autor, todos los intervinientes son considerados autores, y su autoría proviene del mismo tipo de la parte especial que presupone un hecho desvalorado, siendo la parte general, una forma de restricción de la pena. En tanto, el concepto restrictivo de autor, considera dentro de todos los intervinientes, sólo autor, a quien realiza el verbo típico (no todos) y la participación son causas de extensión de la pena.

ROBLES PLANAS citando a LESCH, HEIKO señala que “El concepto restrictivo de autor es correcto si se cambia su objeto: lo que es restrictivo es la imputación, no el concepto de autor. Esto es, lo importante no es que autor sólo pueda ser aquel que en su conducta reúna unos determinados requisitos (esto es obvio que debe ser así). El error del concepto restrictivo de autor en su formulación ordinaria es que

reúne en un mismo supra-concepto dos partes que deben ser separadas: la fundamentación del injusto, típico y la calificación de la intervención"⁷¹. Así sólo la segunda cuestión forma parte de la teoría de la intervención en el delito, como teoría de la cuantificación de las aportaciones en caso de codelincuencia (siempre y cuando el modelo de regulación así lo prevea). La primera cuestión, en cambio, relativa a cuándo existe un injusto típico, es una cuestión a resolver con arreglo a la teoría de la "conducta típica o de la imputación objetiva de la conducta"⁷². Es sólo en un segundo nivel donde tiene lugar la atribución del hecho a título de autor.

Pudiéndose afirmar, que el aporte correcto del concepto extensivo de autor, es que el injusto típico, se establece directamente de los tipos de la parte especial, donde todos tienen el mismo injusto, y que la parte general sólo restringe las aportaciones que se valorarán en un segundo plano, en el de la calificación de la intervención, este último, coincidente en sus resultados con el concepto restrictivo de autor.

2.6.3. Formas de autoría

La autoría se manifiesta de distintas formas, así tenemos:

- a) Autoría inmediata o directa o por mano propia

- b) Autoría mediata o indirecta o por mano ajena

- c) Coautoría

⁷¹ ROBLES PLANAS, Ricardo citando a LESCH, HEIKO en su libro. La participación en el Delito, Fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2003. p.264.

⁷² *Ibíd.* p. 267.

A. Autoría inmediata o directa o por mano propia

Aquí se tiene por autor, conforme el artículo. 23 del CP. "a quien realiza por si el hecho punible " y en ese sentido es quien lleva a efecto todos los elementos del tipo penal. Como ha sido dicho con el auxilio de la teoría del domino del hecho, será autor aquel que tiene dominio final del hecho o como dice MIR PUIG⁷³ , el autor será el que causa el hecho imputable y puede atribuírsele.

Por su parte JAKOBS, GUNTHER dice que, "autor es siempre que comete el hecho por sí mismo, es decir, quien ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente, sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones del autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito". El caso de la autoría en los delitos especiales, es decir, el que se refiere a un grupo limitado de autores, los intraneus como pueden serlo los funcionarios, militares, etc., con componente de jerarquía y deber, es decir que trata de aquellos delitos que limitan el número de autores exigiendo calidades o características especiales en los tipos correspondientes. En estos delitos "autor principal sólo podrá serlo el sujeto que pertenezca al círculo definido por el tipo penal y que, además, posea dominio de la acción⁷⁴".

B. Autoría mediata o indirecta o por mano ajena

(La comisión por medio del otro). Coinciden los autores en conceptuar como autor mediato a todo aquel que realiza el hecho utilizando como instrumento a otro. O

⁷³ Cfr. MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. ARIEL, Barcelona, 1994. P 366.

⁷⁴ JAKOBS, Gunther. Derecho Penal, Parte General, Fundamentos Teoría de la Imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras, ed. MARCIAL PONS, Madrid, 1995.p. 744.

como dice MAURACH REINHART⁷⁵ "quien para la ejecución de un hecho punible que se pueda cometer con dolo, se sirva de otro ser humano como instrumento".

Es importante la observación de JAKOBS⁷⁶ en el sentido que "no se trata de la utilización de otros como objetos inertes, sino del empleo de otras personas".

Lo determinante de la autoría mediata es el dominio superior de la decisión. La autoría del hecho se basa en el dominio de la voluntad y en tal sentido el rol principal lo juega el hombre de atrás y no el ejecutor. Ello puede suceder, según MIR PUIG⁷⁷, por dos razones; sea porque el ejecutor material actúa sin conocimiento o sin libertad; o porque la actuación del realizador material no puede realizar el tipo. Tal el caso en que tratándose de un delito especial de peculado solo pueda cometerlo el funcionario público y no el instrumento, por carecer de la calidad que le exige el tipo.

Un límite que plantea la teoría del dominio del hecho para la autoría mediata es que ésta no se da si el ejecutor material obra con plena responsabilidad. Al respecto dice JAKOBS⁷⁸ que "la autoría mediata no es posible en la ejecución plenamente delictiva (dolosa y culpable) del ejecutor".

BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE⁷⁹ dice lo propio al afirmar que "no existe autoría mediata cuando el instrumento obra libremente y conociendo la situación"

⁷⁵ MAURACH, Reinhart. Derecho Penal, parte general, T.I, ed. ASTREA, Bs.A.s., 1994.p.744.

⁷⁶ JAKOBS, GUNTHER. Derecho Penal, Parte General, Op cit. .p. 763.

⁷⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Ed. ARIEL, Barcelona, 1994. P 372.

⁷⁸ JAKOBS, Gunther. Derecho Penal. Op cit. p. 763.

⁷⁹ BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE. Honor y libertad de expresión, Ed. TECNOS, Madrid. 1897.p 249.

convirtiéndose el hombre de atrás en un simple inductor ya que " el aspecto central de la autoría mediata radica en la degradación de un ser humano a la categoría de un medio material no libre para la obtención de fines delictivos".

Otro límite en la teoría mediata lo dan los delitos especiales en los que quien no reúna las calidades que exige el tipo no puede ser autor mediato. En cambio, sí se da cuando el autor mediato cualificado instrumentaliza otro que no lo es. Tampoco cabe la autoría mediata en los delitos "mano propia". Tal es el caso de la violación sexual del art. 170 del Código Penal. Que tiene que ser personalísimo. Tampoco cabe la autoría mediata en los delitos culposos pues la teoría del dominó del hecho presupone dolo⁸⁰.

C. La coautoría

Estamos en la coautoría cuando un delito es realizado conjuntamente por dos o más personas de mutuo acuerdo compartiendo entre todos ellos el dominio del hecho. El delito entonces, se comete "entre todos ", repartiéndose los intervinientes entre sí, las tareas que impone el tipo de autor, pero con conciencia colectiva del plan global unitario concertado.

MIRG PUIG⁸¹ como coautores "no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportan una parte esencial de la realización del plan durante la fase ejecutiva". Sigue MIRG PUIG⁸² la teoría objetivo - formal

⁸⁰ GOMEZ BENITES, Jose. Teoría jurídica del delito. Derecho Penal, parte general, ed. CIVITAS, MaDRID, 1984. P.150.

⁸¹ MIR PUIG, Santiago. El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho. Op cit. p. 387.

⁸² *Ibíd.*

con la variante de la tesis de la esencialidad del aporte. Otro sector de la doctrina, principalmente alemana, parte de la teoría de dominio del hecho. En un asalto a un banco, los que ingresan se reparten tareas (de dirección, de conexión de alarma, amenazar con armas de toma de dinero), son coautores.

Los elementos de la coautoría son: 1. Ejecución conjunta del hecho. 2. Co-dominio del hecho. 3. Aporte objetivo de cada interviniente.

1. Ejecución conjunta del hecho: Supone como lo exige el artículo 23 del Código Penal. - "los que tomaran parte en la ejecución" que los intervinientes realizan de consumo el tipo, repartiéndose las tareas que prevé el plan global unitario.

2. Co-dominio del hecho: supone la co-autoría, que cada interviniente hace un aporte esencial que revela su co-dominio del hecho - dominio funcional del hecho, dirá ROXIN⁸³ pues cada actor controlando su aporte esencial (táctico) domina el conjunto (estratégico). El co-dominio del hecho presupone además concierto de voluntades para realizar el plan global unitario.

3. Aporte objetivo de cada interviniente: significa este elemento que "habrá co-dominio del hecho cada vez que el participe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio ejecutivo, de tal naturaleza que sin

⁸³ ROXIN, Claus. Taterschaft und tatherschaft, 2da, ed., 1975. p. 275.

ella no hubiera podido cometerse”⁸⁴. El coautor es un participante principal y en ello se diferencia del cómplice.

2.7. PARTICIPACIÓN DELICTIVA

Si bien es cierto, que las descripciones típicas de la parte especial están referidas sólo a un sujeto, esto no significa que en la realización del delito no aparezca más de una persona: los partícipes.

En el 2010, LÓPEZ PEREGRÍN⁸⁵ en su ensayo: El Artículo 25 del Código Penal Peruano: Complicidad primaria y secundaria, afirma: “las cuestiones que se plantean en el campo de la participación, no son meramente teóricas, sino que tienen una gran repercusión en la práctica cuando los aplicadores del Derecho son realmente dogmáticos y no solo intuitivos de justicia, pues puede derivarse en un caso concreto, la impunidad o punibilidad de la conducta de un sujeto que interviene junto con otro, o un distinto marco penal aplicable, todo dependiendo de los conocimientos que se apliquen para fundamentar la afirmación de una participación”. O afirmar una determinada clase de participación, ya que la participación en el delito puede revestir diversas modalidades: instigación, cómplice primario, cómplice secundario, o de ser el caso incluso negar cualquier tipo de imputación, así tenemos:

⁸⁴ Cfr. BACIGALUPO, Enrique. Principio de Derecho Penal. Parte general del Derecho Penal, 3era ed. AKAL, Madrid. 1974. p .229.

⁸⁵ LÓPEZ PEREGRÍN Carmen. El Artículo 25 del Código Penal Peruano: Complicidad primaria y secundaria. Revista Peruana de Ciencias Penales N°22.Lima: Idemsa. 2010. p. 338.

2.7.1. La instigación

En la línea del Código Penal Peruano, en su Artículo 24°: *“El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible será reprimido con la pena que corresponde al autor”*. Por su parte, en palabras de JESCHECK, H. & WEIGEND T *“la Inducción (así llamada la instigación en Alemania) es la determinación dolosa de otro a la comisión de un hecho doloso antijurídico. El instigador se limita a provocar en el autor la resolución delictiva, por lo que éste no toma parte en el dominio del hecho mismo. (...) La inducción (instigación) es siempre el desarrollo de una influencia psíquica sobre el autor”*⁸⁶.

Al respecto, en el año 2014, PEÑA CABRERA, en su libro Curso Elemental de Derecho Penal - Parte General, sobre la primera forma de participación regulada en el código *“ La instigación supone la realización de un influjo psíquico por parte del inductor, creando en el inducido la voluntad de realización típica, esto es, a diferencia de la autoría mediata, es el hombre de adelante (inducido), quien tiene el dominio del hecho, y no el hombre de atrás que sólo hace aparecer en el inducido la decisión de cometer un injusto penal; de tal manera, que la instigación está condicionada a que el Inducido sea capaz de conducirse conforme ha sentido, quiere decir que si a éste le falta dicha capacidad, sea por defectos estructurales (inculpabilidad) o por estar en error, o bajo una causa de justificación, no podrá darse una inducción, pues, será un caso de autoría mediata”*⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. JESCHECK, H. & WEIGEND T. Inducción y complicidad. Tratado de Derecho Penal/ Parte General. Trad. de la 5ª Edición (1996) alemana por Miguel Olmedo Cardenete. Granada. Comares. 2002. p .739.

⁸⁷ PEÑA CABRERA. Freyre. Curso Elemental de Derecho Penal – Parte General, sobre la primera forma de participación regulada en el código. editorial: Ediciones Legales Edición 4ta. Lima. 2014. p.295

Por otro lado, JESCHECK HANS afirma como características de la inducción, que esta no exige textualmente (al igual que en el Código Penal Peruano) el empleo de determinados medios que influyan sobre la psique del autor principal, siendo, por tanto, básicamente para la inducción, idóneos todos los medios en tanto que se trate de una inducción al hecho principal. Segundo, la inducción debe ser dolosa, que el inductor debe aspirar a la consumación del hecho, bastando para ello el dolo eventual, esta característica es necesaria para la afirmación de la inducción, pero también delimitadora de su contenido, pues el inductor responde hasta el punto que coincida su dolo con el hecho principal en caso de existir excesos por parte del autor. Finalmente, que la acción del inductor debe hacer surgir la resolución delictiva del autor principal, si este último se hallare ya decidido a la perpetración del hecho, se plantearía la inducción intentada, la misma que es impune. Por lo que se entiende, que el hecho principal debe surgir como producto de una instigación y a su vez ser consumado para su punición. La doctrina niega su posibilidad a través de la omisión⁸⁸.

2.7.2. Complicidad (Primaria y Secundaria)

La complicidad constituye la segunda forma de participación reconocida en el Derecho penal peruano. Su regulación se encuentra inscrita en el Art. 25 del Código Penal cuando prescribe: *"El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena. El cómplice siempre*

⁸⁸ JESCHECK, H. & WEIGEND T. Inducción y complicidad. Tratado de Derecho Penal/ Parte General. Op cit. p.p. 739 – 742.

responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.”

En ese sentido, CASTILLO ALVA⁸⁹ en su artículo: La Complicidad como forma de participación, afirma que a diferencia de algunas legislaciones, como por ejemplo la alemana, nuestro Código Penal distingue dos formas de complicidad en el hecho del autor. Dicha distinción descansa en la importancia de la contribución o el auxilio, sin el cual el hecho no se hubiere perpetrado o cometido. Aun cuando no parezca ni correcto, ni oportuno a criterio de algunos autores mantener una distinción de esta índole, el texto legal del Código Penal de 1924 obliga al intérprete a ofrecer una distinción conceptual que permita al juez separar ambas categorías, máxime si entre ellas media como consecuencia una diferencia en cuanto a la penalidad. Así la llamada cooperación necesaria o complicidad primaria y la complicidad simple o secundaria encuentra propuestas de diferenciación en la Tesis de la intercambiabilidad de las contribuciones, Tesis del proceso motivacional, Tesis de los bienes escasos y los bienes abundantes, Tesis del sí y el cómo de la ejecución, Tesis de la importancia de la contribución según el caso concreto.

⁸⁹CASTILLO ALVA, José. La complicidad como forma de participación criminal, Revista Peruana de Ciencias Penales. N. 9, p. 679 - 712 ubicado el 06. [ix] 2017 obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_47.pdf

2.7.3. Elementos objetivos de la complicidad

a) Dolosamente presta auxilio

La idea fundamental de la complicidad es la cooperación que se presta a otro en la realización de un hecho punible doloso. El cómplice carece del dominio del hecho, que sólo es ejercido por el autor del delito. Si bien es común que el autor conozca de la ayuda que se le presta, no es necesario que esto suceda. Aquí estamos frente a los casos de complicidad oculta; esta característica es una nota distintiva más de la complicidad respecto a la coautoría, donde se requiere un acuerdo común, sea expreso o tácito. No obstante, debe anotarse que una cosa es que el autor no conozca la ayuda que recibe y otra muy distinta es que el cómplice ignore o desconozca que presta una ayuda efectiva. Esto último nunca puede ocurrir pues de ser así estaríamos frente a una complicidad culposa que resulta impune en nuestro ordenamiento. Asimismo, es inadmisibles tanto la complicidad dolosa en un hecho punible culposo. Por su lado, JESCHECK HANS, afirma que “resulta dudoso lo que haya de entenderse por prestación objetiva de auxilio para el hecho principal. En la inducción queda claro cuál es la aportación objetiva que la Ley presupone del lado del inductor: determinar al autor a la comisión del hecho delictivo. Sin embargo, el concepto de prestación de auxilio no dice nada de qué requisitos debe cumplir la complicidad⁹⁰”.

⁹⁰JESCHECK, H. & WEIGEND T. Inducción y complicidad. Tratado de Derecho Penal/ Parte General. Op cit.
Trad. de la 5ª Edición (1996) alemana por Miguel Olmedo Cardenete. 2002. p. 746.

b) La causalidad

En complementación a lo dicho en las últimas líneas apuntadas, sobre la falta de qué requisitos debe cumplir la complicidad para la prestación de auxilio, VILLAVICENCIO TERRERO⁹¹ manifiesta que cuando el legislador regula la complicidad, simplemente señala que ésta consiste en prestar auxilio o asistencia (art. 25 del C.P.), sin realizar una mayor precisión entre la complicidad y el delito cometido, por lo que su relación encuentra sometida a una viva discusión dogmática y práctica. (...) “Lo correcto es acogerse al requisito de la causalidad de la complicidad (...) es suficiente para la causalidad de la complicidad que ésta haya posibilitado, facilitado, incrementado o intensificado el hecho principal”. Por lo que al igual que la literatura penal mayoritaria exige como segundo requisito que la aportación sea causal para el resultado provocado por el autor (o en su caso, para la ejecución del hecho en concreto de quedar en tentativa).

No obstante, sobre la causalidad como requisito de la complicidad, pesan soluciones insatisfactorias, como apunta ROBLES PLANAS⁹² señala que, la discusión sobre la causalidad en la complicidad ha estado contaminada por la imposibilidad del castigo de la complicidad intentada como tal y, en consecuencia, por las dificultades que conlleva castigar por complicidad consumada aquellos casos en los que el autor hubiera podido prescindir completamente de la aportación que efectivamente se produce y, sin embargo, el resultado también hubiera tenido lugar .

⁹¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. Derecho Penal Parte General. Lima: Grijley E.I.R.L. 2006. p. 233.

⁹² Cfr. ROBLES PLANAS, Ricardo. La participación en el Delito, Fundamento y límites. Op cit. p.250.

Se trata del conocido ejemplo de quien entrega una llave falsa a un ladrón para que pueda entrar a robar en una vivienda, sin que éste la llegara a utilizar porque prefirió abrir la puerta con una ganzúa (o entrar por la ventana o, todavía mejor: la puerta estaba abierta). En estos casos, los defensores de la causalidad en la complicidad tienen dos opciones: o bien niegan que exista causalidad lo que sería más coherente con su postura y, por consiguiente, niegan la presencia del injusto del cómplice lo que supone una conclusión a todas luces insatisfactoria.

Así la causalidad limita (ya que no pueden ser tenidas en cuenta “hipotéticas causas en reserva”) la punibilidad de quien por razones de azar como las de decisión del autor, quede impune. Por lo que otros comprenden en la complicidad, un delito de peligro abstracto incluso en los delitos de resultado, teniendo que prescindir de la causalidad entendida en su sentido tradicional. Otros prefieren, reemplazarla por un concepto de “auxilio psíquico” en los casos en que el aporte no ha sido utilizado efectivamente a la configuración concreta del delito.

El concepto de relación causal sólo se aplica a los delitos de resultado, en los que además de la acción, o la omisión, en qué consiste la conducta ilícita desde el punto de vista objetivo, se requiere una relación particular entre ésta y la producción del delito. En cambio, en los delitos de pura actividad no es preceptiva la existencia de la relación de causalidad, ya que se agotan con la simple conducta ilícita. Lo importante es el aporte, influencia o contribución que ha tenido el partícipe en el hecho ajeno.

c) El instante de la prestación de ayuda

De nuevo, CASTILLO ALVA, en su artículo: La Complicidad como forma de participación, afirma que “También el espacio temporal de la complicidad está ampliamente delimitado. El apoyo no necesita ser prestado en la realización de un elemento del tipo, sino que puede (como normalmente sucede) referirse sencillamente a una acción preparatoria. La complicidad, como sucede con la coautoría, no sólo es posible hasta la consumación formal del hecho principal, sino que su admisibilidad alcanza incluso hasta su culminación material. En nuestra legislación resulta impune la tentativa de complicidad”⁹³.

⁹³ CASTILLO ALVA, José. La complicidad como forma de participación criminal, Revista Peruana de Ciencias Penales. N. 9, p. 679 - 712 ubicado el 06. [ix] 2017 obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_47.pdf

CAPÍTULO III

CAPÍTULO TERCERO: LA COMPLICIDAD POSCONSUMATIVA EN EL DERECHO COMPARADO Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ

3.1. CONCEPCIONES GENERALES

En Colombia se privilegia la extensión del concepto de autor sobre el partícipe; así lo ha indicado la jurisprudencia. Adicionalmente, la técnica legislativa utilizada para ciertas conductas punibles busca la menor aplicación de dispositivos amplificadores del tipo penal, como la complicidad o la tentativa, por cuanto éstos acarrearán una disminución punitiva inconveniente a las razones de política criminal. Dicha situación repercute en que se tienda a ignorar figuras como la complicidad o, lo que es peor, a utilizarlas incorrectamente.

3.1.1. LEGISLACIÓN COLOMBIANA - UBICACIÓN DEL CONCEPTO DE COMPLICIDAD

En general, la redacción de los tipos penales está enfocada a conductas consumadas y realizadas por un solo sujeto activo, sin perjuicio de los tipos plurisubjetivo. No obstante, en la parte general del Código Penal de Colombia se encuentran dos dispositivos amplificadores de los tipos penales, los cuales hacen posible que la punibilidad contemplada en el tipo penal, o una proporción de ella, se aplique a ciertos momentos del iter criminis, y a personas diferentes al sujeto activo, pero que intervienen igualmente en la realización del injusto. Estos dispositivos son: la tentativa y la coparticipación.

La complicidad constituye una de las dos modalidades de la coparticipación, conforme lo señala el artículo 30 del Código Penal de Colombia, que, por cierto, enuncia dos categorías de participación criminal, pero termina haciendo referencia a tres figuras que influyen de manera diferente en el injusto: el determinador, el interviniente y, por supuesto, el cómplice.

El *determinador* es el partícipe que crea la idea criminal en el autor. Esta creación puede lograrse de varias formas y algunas pueden ser más amables que otras, pues van desde el consejo criminal hasta la amenaza no vinculante. En el caso del *interviniente*, su consagración en el inciso final de este artículo no fue muy afortunada, pues éste no es un partícipe, sino la persona que actúa en compañía del autor cualificado de un injusto propio, y ejerce el codominio con éste. Finalmente, el *cómplice* es el partícipe que colabora al autor y, al hacerlo, crea un

riesgo no permitido, al favorecer la conducta antijurídica de éste, pues mejora sus oportunidades de lesionar o amenazar el bien jurídico tutelado. De ahí el reproche a su conducta. En otras palabras, “una conducta de colaboración es peligrosa cuando era objetivamente previsible su aptitud para elevar, rebasando el riesgo permitido, las posibilidades de lesión por el autor, de un bien jurídico protegido también frente al cómplice”⁹⁴ Ahora bien, dicha previsibilidad a la que se refiere la autora, que debe ser objetiva es decir, ex ante, y el incremento del riesgo que debe ser real, significa que si la colaboración del cómplice al autor es indiferente al éxito del crimen o, incluso, disminuye las posibilidades de éxito, este colaborador nunca podrá considerarse cómplice. Será, en cambio, cómplice si la realización del plan no depende de su contribución, si los otros podrían actuar sin su contribución.⁹⁵

Según el artículo 29 del Código Penal de Colombia, *autor es quien ejecuta la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento*. Aclara la norma que son coautores quienes, al *mediar un acuerdo común*, actúan con división criminal, teniéndose en cuenta la importancia del aporte. El coautor puede ser propio o impropio, según desarrolle la totalidad del tipo penal, o lo haga según un plan en el cual se dividen las funciones para asegurar el éxito en la consumación de la conducta punible.

⁹⁴ María del Carmen López Peregrin, *La complicidad en el delito*, Tiran Monografías, Valencia, 1997, p. 233.

⁹⁵ José Cerezo Mir, “La polémica en torno al concepto finalista del autor en la ciencia del derecho penal española”, *Revista de Ciencia del Derecho Penal Español*, fascículo I, enero-abril de 1975, pp. 41-65.

De igual forma, la **Ley 599 de 2000** da tratamiento de autor a quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho, de una persona jurídica, o cualquier ente colectivo, o de persona natural, y realice una conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamenten la penalidad de la figura no concurren en él, sino en la persona o ente representado. De los artículos 29 y 30 del Código Penal se concluye: la legislación colombiana consagra un sistema diferenciador de autor opuesto a los sistemas unitarios; pues, mientras que en los sistemas unitarios de autor existen diferentes tipos penales que reconocen variadas formas de comisión del hecho, donde todas ellas son exclusivas de la figura del autor, en Colombia existe un solo tipo penal, con varias modalidades de ser cometido, como autor, coautor, interviniente, determinador o cómplice.

Autores como Roxin consideran que el sistema unitario aparentemente resulta más simple, pero en la práctica puede aumentar la punibilidad, al incluir dentro del círculo de autores a todos los que se inmiscuyen en la conducta.⁹⁶ Por otra parte, toda vez que en los sistemas unitarios la responsabilidad de cada cual es autónoma en un plano de igualdad, en países donde se consagra este sistema pueden ocurrir situaciones como la que se observó en la película “ACUSADOS”, ganadora de varios premios Oscar en 1988, donde la protagonista es violentada sexualmente por unos hombres y, a pesar de que los autores son absueltos por considerarse

⁹⁶ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, Marcial Pons Librero Editor, Barcelona, 2000, pp. 489 y ss.

inexistente el acceso carnal, quienes actuaron como determinadores de la violación sí son condenados como determinadores responsables de esa misma conducta.

Situaciones como la que plantea esta película son inadmisibles en un sistema diferenciador como el colombiano, donde, en virtud del principio de accesoriedad en las diferentes formas de participación en el injusto, si se considera inexistente la conducta punible imputable al autor, nunca existirá para los partícipes y, por tanto, nunca podrá condenarse al supuesto partícipe de la inexistente conducta.

3.1.2. REQUISITOS DE LA COMPLICIDAD

A. Existencia de un autor

La complicidad implica una actuación delictiva accesoria al injusto del autor o autores, y, por consiguiente, para que exista un cómplice deberá existir, al menos, un autor, sin que sea necesario que este autor se haya identificado e individualizado previamente dentro de la respectiva investigación y basta que se tengan indicios de su existencia. Por otra parte, la conducta del cómplice debe estar inmersa en la conducta principal, pues si desarrolla un tipo penal diferente, no existiría complicidad, sino concurso de tipos penales; sin embargo, aunque debe haber una vinculación entre la conducta principal y la conducta del cómplice, no tienen que desarrollarse de manera coetánea.

B. Existencia de un acuerdo de voluntades previo o concomitante a la conducta del autor

Acuerdo de voluntades que, a su vez, comprende dos aspectos: el primero de ellos es que debe existir claridad en el hecho de que el cómplice está contribuyendo a un injusto ajeno, y, en segundo lugar, que el acuerdo sobre los alcances de la colaboración solicitada al cómplice es puntual y debe realizarse conforme con las pautas fijadas por el autor; pues si el cómplice diera las pautas de su contribución, al hacerlo obtendría el dominio del hecho en ese momento, y ya no sería cómplice, sino coautor.

Así lo explica ZAFFARONI que “la instigación y la complicitad son dos formas de extensión típica en virtud de las cuales un sujeto puede ser punible por afectar bienes jurídicos mediante su conducta dolosa, aunque carente del dominio del hecho”.⁹⁷

En el mismo sentido, la jurisprudencia colombiana ha indicado que el cómplice tiene que ser un colaborador externo de la conducta de los coautores:

Cuanto para imputar al sindicado la condición de autor o cómplice no resultaba indispensable que tomara parte en la totalidad de las fases de preparación o ejecución del delito, sino que era suficiente con que existiendo unidad de propósito participara en cualquiera de las etapas

⁹⁷ ZAFFARONI Eugenio Raúl. Derecho penal, parte general, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 762.

*del recorrido criminal, de lo cual surgía si se trataba de un colaborador o de un autor, condición última que, a la vez, podía ser cargada no sólo al que cumpliera el acto material, sino a quien por tener tanta responsabilidad como este, resultaba ser un coautor.*⁹⁸

No obstante lo anterior, tal como lo anota GIMBERNAT, son numerosas las sentencias del Tribunal Supremo español de finales del siglo XIX y de principios del XX donde se utiliza la expresión ausencia de confabulación, para diferenciar la coautoría de la complicidad, lo que da a la complicidad la condición de carencia de falta de acuerdo.⁹⁹ Si bien es cierto que el coautor requiere un acuerdo previo de definición de tareas, el cómplice también debe acordar su colaboración o auxilio de manera previa o coetánea a la ejecución de la conducta criminal.

C. Que el aporte del cómplice consista en una ayuda que favorezca la conducta del autor

Sobre este asunto deben realizarse las siguientes precisiones: La ayuda no puede ser de tal importancia que constituya la ejecución de todo o de parte del hecho punible; en este caso, no estaríamos frente a la complicidad, sino ante la coautoría. Así lo ha indicado la Corte Suprema en la siguiente sentencia:

⁹⁸ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 21 de agosto de 2003, por el magistrado ponente Álvaro Orlando Pérez, Expediente 19213.

⁹⁹ Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo de Enrique Gimbernat Ordeig", en http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/gimbernat%20critica.pdf, consulta del 23 de marzo de 2009.

Es preciso determinar que de ese principio de convergencia debe distinguirse, primero, si la participación no tuvo la relevancia o intensidad indispensable para estimar al partícipe como autor, sino como cómplice, dificultad que la ley actual supera y aclara “atendiendo la importancia del aporte”, de tal manera que si el aporte no es importante, se debe entonces remitir a la figura de la complicidad y, segundo, si uno de los participantes actuó por fuera de lo pactado, lo cual conduce al exceso y la prohibición de regreso, pues en tal evento, la responsabilidad la asume el respectivo concurrente.¹⁰⁰

Esta posición del Alto Tribunal se sigue manteniendo, como se indica a continuación:

En realidad no resulta comprensible que con distanciamiento de las normas que regulan la coautoría y complicidad criminal, se diga que una intervención de esa naturaleza pueda calificarse como mera complicidad, pues ni la más extrema de las teorías alrededor de los temas analizados, autoriza desconocer la realidad de la conducta asumida por el sujeto agente frente al delito, pues si el procesado no ha “con-

¹⁰⁰ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 18 de febrero de 2004, por el magistrado ponente Helman Galán, Expediente 19910, 2004.

tribuido” a la realización del hecho, ni ha “prestado ayuda posterior al mismo”, sino que inequívocamente lo ha realizado con otro, su intervención como protagonista lo ubica en el plano del coautor.¹⁰¹

La ayuda debe ser suficiente para favorecer la conducta del autor, pues si no beneficia en nada o incluso la perjudica, no estaremos frente a la complicidad.

D. Que el cómplice actúe dolosamente

En caso de no existir conocimiento ni voluntad por parte del presunto cómplice, no se estaría ante un supuesto de complicidad, sino ante la ausencia de responsabilidad. En sentencia de abril 4/2003, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del doctor Álvaro Orlando Pérez Pinzón, indica claramente que el dolo es un requisito en la complicidad.

La doctrina alemana está acorde con este planteamiento. HANS HEINRICH JESCHECK Y CLAUX ROXIN aceptan la complicidad, incluso para el dolo eventual, y rechazan la complicidad culposa, por cuanto para estos tratadistas debe existir una convergencia de las voluntades del autor y de la voluntad del cómplice hacia el mismo hecho delictivo: convergencia que sólo aparece en el tipo doloso.

¹⁰¹ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 9 de marzo de 2006, por el magistrado ponente Sigifredo Espinosa Pérez, Expediente 22327, 2006.

En Italia, el artículo 113 del Código Penal consagra expresamente la cooperación en el delito culposo.¹⁰² En Colombia, el anteproyecto del Código Penal de 1980 consagraba la modalidad culposa, tanto para la coautoría como para la participación, pero este artículo no apareció en el texto final.¹⁰³ Ahora bien, la doctrina colombiana ha acogido la posibilidad de incluir la modalidad culposa en la participación. No obstante, al analizar dicha doctrina, puede observarse que cuando se refiere a la participación culposa se centra en la determinación y no en la complicidad.¹⁰⁴ En todo caso, la doctrina es unánime en considerar que no es posible que exista dolo en el cómplice y culpa en el autor.

E. Que la cooperación del cómplice sea concomitante a la realización de la conducta antijurídica o posterior a ésta por acuerdo anterior o concomitante a ella

Si este acuerdo no existiera, la colaboración prestada al injusto no sería complicidad, sino que se constituiría en el injusto de encubrimiento, en sus dos modalidades: favorecimiento y receptación. Sin embargo, se debe tener en cuenta que no todo evento de ayuda posterior puede catalogarse de complicidad, sino aquella que es una mera coadyuvancia, tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

¹⁰² Italia, Parlamento, Código Penal, R. D. n. 1398 de 1930.

¹⁰³ El articulado del proyecto del Código Penal de 1980 disponía lo referente al autor en el artículo 24, lo referente al cómplice en el artículo 25, y en el artículo 26 se decía lo siguiente: "Lo dispuesto en los artículos anteriores se aplicará también al delito culposo", norma que no apareció en el Código Penal de 1980.

¹⁰⁴ 108 En la obra Derecho penal general de Alfonso Reyes Echandía se hace alusión a escritos sobre la participación culposa. Igual estudio hace Esiquio Manuel Sánchez Herrera, en la obra Imputación objetiva y delito imprudente en el nuevo Código Penal.

Cuando brinda colaboración posterior a un hecho punible del cual hace parte, por razón de su compromiso objetivo y subjetivo con sus resultados, se trata de un coautor. Pero si esa ayuda es de mera coadyuvancia externa a los fines de los integrantes de la empresa común, despojada de alianza anímica con los propósitos últimos de sus autores directos, quien así actúa es cómplice del hecho punible.¹⁰⁵

3.1.3. LA PUNIBILIDAD DEL CÓMPLICE

A. Fundamento de la punibilidad

Mientras que en los sistemas unitarios se tipifica cada forma de participación de manera independiente y, por tanto, se le da una punibilidad diferente a cada conducta, en los sistemas diferenciadores el fundamento de la punición de la conducta del cómplice descansa en la teoría de la contribución a la lesión del bien jurídico tutelado.

De acuerdo con esta teoría de la contribución a la lesión del bien jurídico tutelado, el cómplice realiza un aporte causal al resultado anti- jurídico, porque, aunque el daño sólo se logra por medio de la conducta del autor, es innegable que este partícipe ha contribuido y facilitado al autor obtener el resultado antijurídico; de ahí que la punibilidad del cómplice irá en proporción a dicha contribución al autor.

¹⁰⁵ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia del 22 de mayo del 2003, por el magistrado ponente Sigilfredo Espinosa Pérez, Expediente 17457, 2003.

B. Punibilidad del cómplice según el Código Penal Colombiano

El artículo 30 del Código Penal dispone para el cómplice una disminución punitiva de la sexta parte a la mitad de la pena que le corresponde al autor de la conducta punible. De manera que, en el caso de la complicidad, la disminución de la mitad se aplicará al mínimo de la pena, y la disminución de la sexta parte se aplicará al máximo de la pena, que le correspondería al autor. Ahora bien, para situar las disminuyentes en cualquier posición dentro de estos extremos, el juez también debe tener en cuenta que en la complicidad se tiene en cuenta el mayor o menor grado en la ayuda o colaboración prestada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 del Código Penal.

3.1.4. ALGUNOS CONCEPTOS RELACIONADOS CON LA COMPLICIDAD

a) Complicidad necesaria

El artículo 19 del Código Penal de 1936 prescribía la misma pena tanto para quien era el autor del hecho, como para quien le prestara una cooperación de tal magnitud que sin ésta el delito no hubiera podido cometerse. Así las cosas, bajo la vigencia del Código Penal de 1936 se consagraba en Colombia la figura del cómplice necesario, cuya ayuda era indispensable para lograr la ejecución del hecho y, por lo tanto, recibía la misma pena del autor de éste. La figura del cómplice necesario continúa vigente en legislaciones penales como la argentina o la española. Asimismo, el artículo 20 consagraba la complicidad no necesaria para quien de cualquier otro modo cooperase para la ejecución del hecho o prestase una ayuda posterior, cumpliendo una promesa anterior al mismo, y a ésta le señalaba una disminución punitiva de la sexta parte a la mitad sobre la pena que se iba a

imponer.¹⁰⁶ Estas dos clases de complicidad del Código Penal colombiano de 1936 desaparecieron en Colombia cuando se expidió en el Código Penal, Decreto-Ley 100 de 1980. El artículo 24 del Código Penal de 1980 llamaba cómplice al que contribuía a la realización del hecho punible o prestaba una ayuda posterior, cumpliendo así una promesa anterior a éste.¹⁰⁷

Para dilucidar cuál fue la suerte del cómplice necesario, con la reforma de Código Penal en 1980 debe tenerse en cuenta la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que, en Sentencia del 2 de febrero de 1983, con la ponencia del H. magistrado Luis Enrique Aldana Rozo, uno de los miembros de la comisión redactora de ese código penal indicó lo siguiente: La denominación 'complicidad necesaria' no se halla en el Código Penal de 1980. La conducta que la constituía bien puede considerarse hoy como la misma que ejecuta el autor porque, de no mediar aquella, esta última no podía darse y, consecuentemente, no se consumaría la infracción. La relación causal entre la conducta del cómplice necesario y el hecho punible es la misma que se requiere para ser autor, porque tanto éste como aquél no ejecutan el delito con su solo obrar o de manera independiente, es decir, que ambos, al unísono, lo realizan como causas coeficientes del mismo. Por consiguiente, la sanción penal privativa de la libertad que se le impuso al procesado a título de cómplice necesario sería igual a la que

¹⁰⁶ Artículos 19 y 20 tomados del Código Penal, Ley 95 de 1936, edición de 1937 de la Imprenta Nacional, p. 36.

¹⁰⁷ Artículo 24 tomado del Régimen penal, Legis, Bogotá, 1998, p. 18.

se tendría que dosificar como autor, de conformidad con los artículos 23 y 356 del nuevo Código Penal.¹⁰⁸

En conclusión, a partir de la expedición del Código Penal de 1980, el cómplice necesario se convirtió en coautor impropio, por cuanto hace un aporte indispensable según el plan delictivo para el éxito del crimen y la realización del hecho punible, y sin que tal aporte pueda suprimirse. En contraste, la colaboración del cómplice antes llamado no necesario, y ahora simplemente cómplice, es prescindible, pues su ausencia no acarrea la imposibilidad de llevar a cabo el plan criminal, simplemente la complica.

3.2. Propuesta de su regulación en el ordenamiento peruano

El tercer objetivo específico de esta investigación, es *Proponer*, a partir del tratamiento comparado de la Complicidad Posconsumativa, su incorporación en el ordenamiento penal peruano. Para ello, previamente hemos repasado los conceptos de autoría y participación. Iter criminis y el principio de la accesoriedad de la participación. Por otro lado, hemos corroborado que la no impunidad de esta modalidad de participación está dando origen a que se cometan actos que revisten de criminalidad sin ser sancionados, de la misma manera que hemos revisado jurisprudencia en la cual se especifica que no se puede sancionar la actuación de dicho partícipe ya que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Y finalmente proponemos que la Complicidad Posconsumativa sea considerada una modalidad de participación, por ende se incluya en el

¹⁰⁸ Colombia, CSJ, Cas. Penal, Sentencia de 2 de febrero de 1983, por el magistrado ponente Luis Enrique Aldana Rozo.

ordenamiento peruano teniendo como FUNDAMENTACIÓN MATERIAL EL **PRINCIPIO DE ACCESORIEDAD OBJETIVA** por cuanto la relación de dependencia no se produce entre interviniente y autor, sino entre interviniente y hecho, es decir, a los requisitos que debe cumplir él con relación al hecho al que accede, al margen de la cualificación específica y del injusto penal que se lesiona; cada interviniente responde personalmente por su actuación en el hecho delictivo .

En consecuencia, nuestra propuesta consiste en dotarle de contenido normativo a la Complicidad Posconsumativa en el ámbito de la Autoría y Participación. Es decir, Sí la figura de la COMPLICIDAD POSCONSUMATIVA, es regulada como una modalidad de participación criminal en el Código Penal peruano, entonces se sancionaría penalmente a quien contribuya dolosamente a la concertación del hecho criminal.

En ese sentido, con la Complicidad Posconsumativa en un contexto de no impunidad puede ocurrir, que se proponga la **creación** de ***una modalidad de participación*** o ***la inserción de un nuevo supuesto de hecho o circunstancia en un tipo penal existente.***

Después de haber repasado la doctrina y la normativa vigente especialmente aquella que versa sobre autoría y participación, concluimos que la Complicidad Posconsumativa debe recibir un tratamiento a partir de la idea del segundo supuesto. Por tanto, en el artículo 25 del código penal, el cual ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1351 publicado el 07 enero 2017, el cual debería contener el siguiente precepto:

“Artículo 25.- Complicidad primaria y complicidad secundaria

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

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

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él.”

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia aún posterior de haberse realizado el hecho punible, se les disminuirá prudencialmente la pena.

Por todos los fundamentos antes mencionados, concluimos que la Complicidad Posconsumativa sea considerada como modalidad de Participación y como cómplice secundario al cual se le deberá que disminuir prudencialmente la pena. Por todo ello, proponemos la inserción de la participación posterior al hecho punible ya referido.

CONCLUSIONES

Luego de haber analizado los principios de accesoriedad de la participación, se ha llegado a la conclusión que existen diferentes posturas recogidos por la dogmática penal que justifican el castigo al partícipe según el grado de participación a partir de una valoración objetiva de los mismos.

A partir de las fases del iters criminis o también denominado camino del delito, se llega a la conclusión que es un desarrollo dogmático, creado por la doctrina jurídica, con idea de diferenciar cada fase del proceso, asignando a cada fase un grado de consumación que permita luego aplicar las diferentes penas. Lo importante de estas fases es diferenciar cuál de ellas es relevante para el Derecho Penal. Diferenciamos por tanto tres fases: fase interna y fase intermedia y fase externa del camino del delito.

Respecto de la Autoría y participación, se concluye que en el derecho penal existe una relación con la calidad del sujeto que realiza un acto típico y

antijurídico, en cuanto a su mayor o menor proximidad con el hecho mismo y su elaboración material o intelectual. Es decir, ambas figuras se interrelacionan, al nivel de accesoriad logrando una diferenciación clara entre un autor y partícipe. En la medida que se castiga al autor respecto de un hecho delictivo, se reprocha al partícipe (cómplice o instigador).

Finalmente, si se tiene en cuenta el derecho comparado, encontramos que la Complicidad Posconsumativa, se encuentra regulada en el código penal colombiano, específicamente en su artículo 30°, según el cual, los sujetos que actuaron posterior a la consumación del hecho delictivo no quedan impunes. Por tanto, proponemos la incorporación de la Complicidad Posconsumativa dado que, en el Perú existe una ausencia normativa respecto de dicha figura, tal y como la señala la jurisprudencia. Dicha incorporación tiene como fundamentación material el principio de accesoriad objetiva esto es, la relación de dependencia recae entre interviniente y hecho siendo así que el hecho adquiere significado por sí mismo y queda desprendida de la conducta de uno de ellos (el autor). Y esto con el fin de que ciertos partícipes no queden en libertad por falta de regulación.

RECOMENDACIÓN

SUMILLA: PROYECTO DE LEY QUE PROPONE LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO.

Los ciudadanos que suscriben, ejerciendo su derecho de iniciativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano proponen el siguiente Proyecto de Ley.

PROYECTO DE LEY COMPLICIDAD POSCONSUMATIVA

Artículo 1°. - Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto modificar el artículo 25 del Código Penal Peruano cuyo tener literal actual es el siguiente:

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

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

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.

Debiendo ser aprobado con los siguientes términos:

Artículo 25: complicidad primaria y secundaria

El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor

A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia aún posterior de haberse realizado el hecho punible, se les disminuirá prudencialmente la pena.

El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurran en él.

1. *La no impunidad de los actos posteriores a la consumación del Delito.*
2. *La punibilidad de todos los intervinientes en la comisión de un delito, tanto ex ante y ex post.*
3. *La identificación plena del grado de intervención de cada partícipe en la comisión de un Delito, especialmente en la complicidad.*
4. *Que la conducta de aquellos intervinientes posterior al hecho delictivo, respondan como cómplices secundarios.*

Artículo 2°. - Alcance de la ley

La presente Ley, tendrá alcance a nivel Nacional, y se aplicará de manera inmediata a su publicación en el Diario Oficial el Peruano, por el órgano jurisdiccional.

DISPOSICIONES FINALES

Modifíquese el artículo 25 del Código Penal.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I- Fundamentos del Proyecto de Ley

Existe en el Derecho Penal dos figuras que a lo largo del tiempo bastantes controversias han suscitado en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia. Dichas figuras son la autoría y la participación, las cuales tienen regulación expresa en todos los códigos penales, y están principalmente para que los sujetos que realizan la comisión de un hecho punible, respondan por éste, de modo idóneo. En ese sentido, hablamos, de autores y partícipes de la comisión de un delito.

El tema que nos interpela a reflexionar y tomarlo como centro de la presente investigación versa precisamente sobre una de las modalidades de una de las figuras precitadas. En el derecho penal se le conoce como complicidad cuyo tratamiento legislativo, jurisprudencial y doctrinal, ha sido diverso, generando en los operadores jurídicos un sinfín de concepciones, las que claro está, no son unánimes respecto de su contenido o efectos. Así, por ejemplo, en el Perú, no existe la figura de la complicidad posterior a la comisión del hecho punible. En suma, no existe, en el ordenamiento penal vigente, la figura de la **Complicidad Posconsumativa**. No obstante, la ausencia de regulación de la misma, no implica *per se* que no haya sido invocada por algunos juristas, quienes la utilizan para salvaguardar los intereses de sus patrocinados. Esto último se advierte preclaramente en la Casación N° 363-2015 del Santa¹, de fecha, nueve de agosto de dos mil dieciséis, donde el órgano jurisdiccional deja por sentado que dicha

figura no tiene regulación en el Perú, por lo que, aquellas conductas subsumidas en la modalidad de complicidad posterior a la comisión del delito no merecen reproche penal en otras palabras, son absueltas.

Así pues, a la luz de lo señalado líneas supra, para nosotros es oportuno recurrir a su análisis para determinar la regulación de la figura de la complicidad posconsumativa como una modalidad de participación en el ordenamiento peruano.

En primer lugar, tenemos dicha figura ya tiene acogida, en el Código Penal de la Nación colombiano (Ley 599-2000-Código Penal), específicamente en su artículo 30° denominado: PARTÍCIPIES. SON PARTÍCIPIES EL DETERMINADOR Y EL CÓMPLICE prescribe, “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.”. El artículo 30° líneas supra, contempla la figura del cómplice secundario. Para diferenciar al cómplice primario del secundario, debemos tener en cuenta la naturaleza del aporte. Mientras el aporte realizado por el cómplice primario es necesario, el del cómplice secundario no lo es. Para determinar la necesidad del mismo, resulta analizar el aporte que correspondería para imputar la complicidad secundaria tenemos que:

El aporte puede consistir en forma de “cooperación”, de modo que debe tratarse de algo que ha sido previa o simultáneamente convenido entre los concurrentes al hecho criminoso. Es necesario que el cómplice sepa que está prestando un aporte al autor o coautor del delito, es decir, que lo que permite caracterizar al aporte como “cooperación”, es el acuerdo o convenio entre los diversos concurrentes.

La otra forma de participar es “ayudar posteriormente en cumplimiento de una promesa efectuada con anterioridad al mismo”. El acto de verdadera naturaleza participativa no es el cumplimiento posterior de la promesa, sino el hecho de prestarla con anterioridad al acaecimiento del evento criminal. Este acto es el que constituye el verdadero aporte del delito, no su cumplimiento posterior. Entonces, es de imperiosa relevancia la determinación de la existencia real de una promesa anterior, y no una mera expresión de deseos del cómplice, puesto que, si aquella no se ha llevado a cabo efectivamente, y se presta ayuda posterior al hecho delictivo, habrá encubrimiento y no complicidad.

El límite temporal hasta el cual puede efectuarse la promesa, y a partir del cual la prestación de ayuda será considerada como posterior está señalado por la consumación del delito. De esta manera, y, por lo mencionado, se contribuiría a realizar la regulación de la complicidad posconsumativa como una modalidad de participación para que, no queden impunes aquellos actos posteriores a la consumación del delito previo acuerdo o promesa anterior.

En segundo lugar, tenemos como fundamentación material de la complicitad posconsumativa el principio de accesoriadad objetiva el cual señala que la relación de dependencia no se produce entre interviniente y autor, sino entre interviniente y hecho. Dado que en un sistema de intervención el hecho adquiere significado por sí mismo y queda desprendido de la conducta de uno de ellos (el autor), la accesoriadad se integra en aquel nexo que permite poner en relación al interviniente con el hecho... La accesoriadad se refiere, por tanto, a la relación de cada interviniente con el hecho, es decir, a los requisitos que debe cumplir él con relación al hecho al que accede. Se trata, por consiguiente, de distinguir entre los requisitos del hecho al que se accede (carácter constitutivo y, por tanto, accesorios) y los requisitos que debe presentar el partícipe con relación a ese hecho (carácter personal y, por tanto, no accesorio). En este sentido puede afirmarse que el interviniente "accede" al hecho, siempre y cuando cumpla en su propia conducta con los requisitos necesarios para la imputación objetiva y además, su conducta no esté objetivamente justificada.

Finalmente, se llega a la conclusión que cada sujeto en el hecho delictivo responderá personalmente, independientemente de su cualificación especial.

II. Efectos de la vigencia de la norma sobre la Legislación Nacional

La aprobación de esta norma no es contraria a la Constitución Política del Estado, el efecto que va a tener es incorporar en la legislación nacional una nueva Ley para:

1. La no impunidad de los actos posteriores a la consumación del Delito.
2. La punibilidad de todos los intervinientes en la comisión de un delito, tanto ex ante y ex post.
3. La identificación plena del grado de intervención de cada partícipe en la comisión de un Delito, especialmente en la complicidad.
4. Que la conducta de aquellos intervinientes posterior al hecho delictivo, respondan como cómplices secundarios.

III. Análisis costo beneficio

La aprobación de esta norma no va a implicar ningún gasto erario nacional, por el contrario, va a significar un beneficio para el sistema democrático peruano, que consiste en disminuir la criminalidad en el Perú y salvaguardar los bienes jurídicos que se vean perjudicados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS

1. BACIGALUPO, Enrique. *Principio de Derecho Penal. Parte general del Derecho Penal*, 3era ed. AKAL, Madrid. 1974.
2. BERGUDO GÓMEZ DE LA TORRE. *Honor y libertad de expresión*, Ed. TECNOS, Madrid. 1897.
3. BOCKELMANN, Paul. *Relaciones entre autoría y participación*. Traducción de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Frinker, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1960.
4. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. "*Lecciones de la Parte General y el Código Penal*". Editorial San Marcos. Lima, 1997.
5. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal español, Parte General*. Editorial Ariel. Barcelona, 1984.
6. CABANELLAS DE TORRES, *Diccionario Jurídico Elemental*, ed. Eliasta, Decimosexta edición, 2003.
7. CARRARA, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Parte General, volumen I*, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Editorial, Jurídico continental 2000, Bogotá. 1977.

8. CARNEVALI, Raúl, “¿Es el derecho penal que viene? A propósito de la Ley N° 19.950, que modifica el delito de hurto”, en La Semana Jurídica N° 192 (2004).
9. CASTILLO ALVA, José Luis. *El presidente cómplice o el presidente imprudente. Bases para un responsabilidad penal del ex presidente Alberto Fujimori*. Tomo 93. Editorial Actualidad Jurídica, Lima, 2001.
10. COBO DEL ROSAL, Manuel y VIVES ANTÓN, Tomás. *Formas de Aparición del Delito*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
11. COBO DEL ROSAL.M / VIVES ANTÓN, T.S. *Derecho Penal. Parten General*. Editorial Tirant lo Blanch .Valencia. 1991.
12. CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal. Tomo I (Parte General)*.
Volumen segundo, (revisado y puesto al día por César Camargo Hernández), Editorial Bosch. Barcelona. 1971.
13. CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo 11. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 2008.
14. CREUS, Carlos. *Esquema de Derecho Penal – Parte General*, Ed. Astrea. Buenos Aires. 1993, p. 111.
15. *Diccionario de la Real Academia Española*. Tomo I, Editorial, Santillana, Madrid. 1992.
16. FERNÁNDEZ, Pastoriza, *Autoría y Participación Criminal*, Córdoba, Ed. Lerner, 1987.

17. FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2001.
18. FONT ÁN BALESTRA, Carlos. *"Derecho Penal: Introducción y Parte General"*. Actualizada por Guillermo Ledesma. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1998.
19. GARCIA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal parte general*. Grijley, Lima, 2008.
20. GOMEZ BENITES, José. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal, parte general*, ed. CIVITAS, Madrid, 1984.
21. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *"Autor y cómplice en el Derecho Penal"*. Editorial Euros Editores. Madrid, 1966.
22. GUTIERREZ RODRIGUEZ, María. *La responsabilidad Penal del coautor*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001.
23. HIRSCH, Hans Joachim. *"El desarrollo de la dogmática penal después de Welzel"*. En: *Derecho Penal. Obras Completas. Tomo I*. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires. 1999.
24. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Eddili. Lima. 2005.
25. . JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos Teoría de la Imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras, ed. MARCIAL PONS, Madrid, 1995.

26. JESCHECK, Hans. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Miguel Olmedo Cardenote Editorial Bosch. Barcelona. 2002.
27. JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas y otro. *"Derecho Penal. Parte General"*. Traducción de Olmedo Cardenote. Editorial Comares. Granada, 2002.
28. KINDHÄUSER, Urs. "Cuestiones fundamentales de la coautoría" En: CDJP, N 15, 2003.
29. LATAGLIATA, Angelo Raffaele. *El concurso de personas en el delito. Traducción y notas de Carlos Tozzini*, Editorial: Depalma. Buenos Aires. 1967.
30. LATAGLIATA, Angelo Raffaele. *El concurso en el delito. Traducción Y NOTAS DE Carlos Tozzini*, Editorial Depalma. Buenos Aires, 1997.
31. LÓPEZ PEREGRÍN Carmen. *El Artículo 25 del Código Penal Peruano: Complicidad primaria y secundaria*. Revista Peruana de Ciencias Penales N°22. Lima: Idemsa. 2010.
32. LUZÓN CUESTA, José María. *"Compendio de Derecho Penal"*. Edición 11. Editorial Dykinson. Madrid, 2000.
33. LUZÓN CUESTA, José María. *"Compendio de Derecho Penal"*. Editorial Dykinson. Madrid, 2000.
34. MARTÍNEZ PEREDA Rodríguez, José Manuel y ROMA VALDÉS, Antonio. *"Derecho Penal. Parte General"*. Editorial Bosch. Barcelona, 1999.

35. MAURACH, Reinhart, GOSSEL, Karl Heinz y ZIPF, Heinz. *"Derecho Penal. Parte General"*. Tomo 11. Traducción de Jorge Bofill Genzsch. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1995.
36. MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal, parte general*, T.I, ed. ASTREA, Bs.A.s., 1994.
37. MIR PUIG, Santiago. *"Derecho Penal. Parte General"*. PPU. 3ª edición. Editorial Autor Editor Barcelona, 1990.
38. MIR PUIG, Santiago. *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ed. ARIEL, Barcelona, 1994.
39. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Ediar. Buenos Aires. 2005.
40. MUÑOZ CONDE, Francisco. *"Teoría General del Delito"*. Edición 2ª. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1991.
41. NUÑEZ BARBADERO, Ruperto. *El delito imposible*, Editorial "Diario-Día" Tomo V, Núm. 1, Salamanca-España. 1993.
42. PEÑA CABRERA. Freyre. *Curso Elemental de Derecho Penal – Parte General, sobre la primera forma de participación regulada en el código*. editorial: Ediciones Legales Edición 4ta. Lima. 2014.
43. POLITOFF, Sergio. *Los actos preparatorios*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24. N° 3, septiembre – diciembre 1997.
44. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 3ª Ed. Aranzandi. Navarra, 1998.

45. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
46. ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el Delito, Fundamento y límites*. Madr RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Derecho penal. Parte General. Tomo I. Ed. Civitas Ediciones. Madrid, 1997.id: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. 2003.
47. RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal*. Parte General. Tomo I. Ed. Civitas Ediciones. Madrid, 1997.
48. RODRÍGUEZ DEVESA, José María. *Derecho Penal español*. Parte General. Editorial Libros Dykinson. Madrid.1985.
49. ROJAS VARGAS, Fidel S. *Estudios de Derecho Penal*, Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2004.
50. ROXIN, Claus. (1997). *Dogmático Jurídico Penal y Sistema del Derecho Penal. Problemas básicos en la Teoría General del Delito; Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos: Estructura de la Teoría del Delito*, Trad. Del Alemán por Diego Manuel Lunzon Peña. & Miguel Diaz y García Conlledo & Javier De Vicente Remesal; Madrid, Civitas.1997.
51. ROXIN, Claus. *Taterschaft und tatherschaft*, 2da, ed.Madrid, Civitas. 1975.
52. SAINZ CANTERO, José. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Tomo III. Editorial Bosch .Barcelona. 1985.

53. SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. Editorial Del Puerto. Buenos Aires, 2004.
54. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo II. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1992.
55. URQUIZO OLAECHEA, José. *El concepto de Autor de los delitos comunes en la dogmática penal y su recepción en el Código Penal Peruano*. *Dogmática Actual de la autoría y de la participación criminal*. Lima, Idemsa. 2007.
56. VELASQUEZ V. Fernando. *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2011.
57. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*. Lima: Grijley E.I.R.L. 2006.
58. WELZEL, Hans. *Derecho penal. Parte General*. Traducción de Carlos Fontan Balestra, Buenos Aires, 1956.
59. WELZEN, Hans. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Carlos Fontán Balestra. Editorial, Depalma, Buenos Aires. 1956.
60. WELZEL, Hans. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*. Editorial B de F. Edición, Buenos Aires - Argentina. 2001.
61. WESSELS, Johannes. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Conrado A. Finzi, Editorial Depalma, Buenos Aires 1980.
62. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho Penal. Parte General*. 2º ed. Ediar.

Buenos Aires. 2000.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

1. ALCÓCER POVIS, Eduardo. *La Autoría y Participación En El Delito De Peculado Comentarios A Partir Del Caso Montesinos - Bedoya*. 20-10-2017 obtenido en <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/peculadoalcocer.pdf>.
2. CASTILLO ALVA, José. *La complicidad como forma de participación criminal, Revista Peruana de Ciencias Penales*. N. 9, p. 679 - 712 ubicado el 06.2017 obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_47.pdf
3. COMISIÓN ESPECIAL REVISORA DEL CÓDIGO PENAL Ley N° 27837. Lima, 2004 ubicado en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_06.pdf
4. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos Contra La Administración Pública: la teoría de infracción de deber en la jurisprudencia peruana*. Ubicado el 11.2017 obtenido en http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2._int._d._adm._publica.pdf

5. UNIVERSIDAD SAN MARTÍN DE PORRES. Derecho Penal. Cuestiones Fundamentales. ubicado el 16.2017 obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2010/CUESTIONES_FUNDAMENTALES.pdf

TESIS

1. BACH. CÁCERES RODRÍGUEZ, María de los Santos y BACH. LEIVA TIRADO, Erlita Rosali. *Fundamento del injusto de la participación del extraneus en el delito de peculado doloso en el Código Penal Peruano*, Lima, Universidad Nacional De Trujillo, 2016.
2. TORRES JIMÉNEZ, Lucas Eduardo. *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*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
3. ZETINA CASTELLANOS, Waldemar. *Teoría finalista del delito y el aporte de la psicología forense en la investigación criminal*. Tesis para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, 2006.

REVISTA

1. DÍEZ RIPOLLES, José Luis. *Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código Penal*. En Revista de Derecho Penal.
2. GABRIEL SALAZAR, Carlos. *Filosofía del derecho penal iusnaturalismo – finalismo*, en Principia Iuris, Núm. 15, Enero 2011, Universidad de Santo Tomás, Colombia, 2011.
3. LEIVA LÓPEZ, Alejandro Andrés. *La comunicabilidad en el derecho penal chileno a partir de su interpretación práctica. Mirada crítica a su formulación como 'principio del derecho*, en Revista de Derecho, Núm. 49, Diciembre 2017, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2017.
4. SCHMOLLER, Kurt. “*¿Participación sucesiva?*”. Traducción de Isidoro Blanco e Isabel Sánchez En: DONNA. Edgardo Alberto (Dir), Revista de Derecho Penal,- Autoría y Participación – III, Santa Fe, 2006.

JURISPRUDENCIA

1. CASACIÓN N^o 367-2011 LAMBAYEQUE, de fecha quince de julio de dos mil trece, publicada en el Diario Oficial el Peruano, viernes 25 de abril de 2014
2. CASACIÓN N^o 363- 2015 DEL SANTA, publicada en el Diario Oficial el Peruano de fecha, 09 de agosto de 2016

ANEXOS

ANEXO I. LEGISLACIÓN COLOMBIANA - UBICACIÓN DEL CONCEPTO DE COMPLICIDAD POSCONSUMATIVA – ARTÍCULO 30

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

Artículo 26. Tiempo de la conducta punible. La conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquél en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el del resultado.

Artículo 27. Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirlo.

Artículo 28. Concurso de personas en la conducta punible. Concurren en la realización de la conducta punible los autores y los partícipes.

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 concurran 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.

Artículo 31. Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En ningún caso la pena privativa de la libertad podrá exceder de cuarenta (40) años.

Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en ésta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente.

Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte.

Artículo 32. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.
2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.
3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.
4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

**ANEXO II. SALA PENAL TRANSITORIA CASACIÓN N° 363-2015 SANTA –
CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE ROBO AGRAVADO Y COMPLICIDAD
POSCONSUMATIVA**



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 363-2015
SANTA**

**Consumación en el delito de robo agravado
y complicidad posconsumativa**

Sumilla. La consumación en el delito de robo está condicionada a la disponibilidad de la cosa sustraída, conforme con lo establecido por la Sentencia Plenaria N.º 1-2005/DJ-301-A. En el Perú no se admite la complicidad posconsumativa, por lo que, aquellas conductas subsumidas en esta modalidad de participación no merecen reproche penal.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, nueve de agosto de dos mil dieciséis.

VISTOS: en audiencia pública; el recurso de casación concedido por la causa de "indebida aplicación de la ley penal", a la defensa técnica del encausado don José Ramírez Mori; emitiéndose la decisión bajo la ponencia del señor juez supremo Salas Arenas.

I. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de vista expedida por la Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia del Santa, de veintiséis de marzo de dos mil quince (folios ciento noventa y nueve a doscientos doce), que confirmó la sentencia contenida en la resolución número cinco de cuatro de setiembre de dos mil catorce, por la que condenó a don José Ramírez Mori, por la comisión del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en perjuicio de las empresas, de transportes KSG Perú S. A. C. y Nestlé Perú S. A., se le impusieron doce años de pena privativa de libertad; y se fijó en quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil pagará a favor de cada uno de los agraviados.



81

2. DEL ITINERARIO DE LA CAUSA EN PRIMERA INSTANCIA

2.1. Respecto a los hechos sometidos a juzgamiento


Se atribuye al acusado don José Ramírez Mori el delito de robo agravado cometido en carretera para apoderarse de un vehículo de transporte pesado con su respectiva carga.


El relato fáctico da cuenta de que cuando don Juan Antonio Roca Flores, conducía el remolque y semirremolque de placas de rodaje B2D-876 y ZK-1191, respectivamente, de propiedad de la empresa KGS Perú S. A. C. transportando productos diversos de la marca Nestlé, desde la ciudad de Lima con destino a la ciudad de Chiclayo, se detuvo a la altura del km 298 de Huarney –casco urbano–, aproximadamente a las dieciocho horas con veinte minutos del seis de setiembre de dos mil trece: en ese momento, un automóvil de color verde se estacionó delante del remolque, del cual descendieron tres varones provistos de armas de fuego. Procedieron a abordarlo: uno por la puerta del copiloto y otro por la puerta del piloto, y bajo amenaza lo obligaron a conducir unos diez kilómetros hacia el norte, donde lo subieron a un Station Wagon de color blanco en el que lo trasladaron unos quince minutos, abandonándolo en una zona descampada, donde permaneció aproximadamente una hora atado de manos y pies. Ya solo logró desatarse al cabo de unos veinte minutos y, con el auxilio de los ocupantes de un vehículo, se dirigió a Huarney.



Posteriormente, a las veintiún horas con cuarenta y tres minutos del mismo día, a la altura del kilómetro 376, personal de la PNP de carreteras de Casma, alertada por el asaltado, intervino el vehículo robado bajo la conducción de don José Ramírez Mori, quien fue detenido.

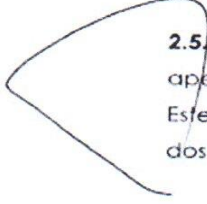


82

 **2.2.** El citado encausado fue procesado penalmente con arreglo al nuevo Código Procesal Penal. El señor Fiscal Provincial formuló acusación en su contra por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, previsto en el artículo ciento ochenta y ocho concordado con los incisos 2, 3, 4 y 5, del primer párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve del Código Penal, en agravio de la Empresa de Transportes KSG Perú y Empresa Nestlé Perú S. A.

 **2.3.** Se llevó a cabo por el juez de Investigación Preparatoria la audiencia de control de la acusación –conforme se advierte en el acta obrante en los folios uno y dos–. El auto de citación a juicio fue expedido por el Juzgado Penal Colegiado correspondiente, el veinticuatro de julio de dos mil catorce (de los folios diez a trece del cuaderno de debate).


 **2.4.** Seguido el juicio de primera instancia –como se advierte en las actas de los folios veintisiete, cuarenta y cuatro, y setenta y nueve–, el Juzgado Penal Colegiado dictó la sentencia de cuatro de setiembre de dos mil catorce –conforme se advierte de los folios noventa y cuatro a ciento veintiuno–, que condenó al acusado por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado en perjuicio de la Empresa de Transportes KSG Perú y Empresa Nestlé Perú S. A., y le impuso doce años de pena privativa de libertad efectiva y fijó, por concepto de reparación civil, la suma de quinientos nuevos soles, a favor de cada uno de los agraviados.

 **2.5.** El señor abogado defensor del encausado interpuso recurso de apelación mediante escrito de folios ciento veinticinco a ciento treinta. Este recurso fue concedido mediante auto de veintitrés de setiembre de dos mil catorce de los folios ciento treinta y uno a ciento treinta y tres.



33

3. DEL TRÁMITE RECURSAL EN SEGUNDA INSTANCIA

3.1. Culminada la fase de traslado de la impugnación, la Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia del Santa, emplazó a las partes a fin de que concurrieran a la audiencia respectiva de impugnación de sentencia. Realizada la audiencia el diecinueve de marzo de dos mil quince –conforme se registra en los folios ciento ochenta y seis a ciento noventa y dos– el Tribunal de Apelación cumplió con emitir y leer en audiencia la sentencia de apelación de veintiséis de marzo de dos mil quince (obstante en los folios ciento noventa y siete y ciento noventa y ocho).

3.2. La sentencia de vista recurrida en casación confirmó por unanimidad la sentencia de primera instancia que condenó al encausado José Ramírez Mori, por el delito contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado.

4. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN PLANTEADO POR LA DEFENSA TÉCNICA DEL ENCAUSADO

4.1. Leída la sentencia de vista, la defensa técnica del sentenciado formuló recurso de casación correspondiente mediante escrito de los folios doscientos veinte a doscientos veintiséis.

4.2. Concedido el recurso por auto de quince de abril de dos mil quince, de los folios doscientos veintisiete a doscientos treinta y uno, se elevó la causa a este Supremo Tribunal el veintinueve de mayo de dos mil quince.



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 363-2015
SANTA

84

4.3. Cumplido el trámite de traslados a los sujetos procesales por el plazo de diez días, esta Suprema Sala, mediante Ejecutoria de veinte de noviembre de dos mil quince –obrante en los folios sesenta y uno a sesenta y tres, del cuadernillo formado en esta Instancia Suprema–, en uso de su facultad de corrección, admitió el trámite del recurso de casación por el motivo previsto en el **"inciso tercero, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal"**.

4.4. Señalada la fecha para la audiencia de casación, instalada la audiencia y realizados los pasos que corresponden conforme al acta que antecede, la causa se halla en estado de expedir sentencia.

4.5. Deliberada la causa en secreto y votada el día de la fecha, esta Suprema Sala Penal cumple con pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura en audiencia pública –con las partes que asistan– se realizará por la Secretaría de la Sala el nueve de agosto de dos mil dieciséis a las once horas.

CONSIDERANDO

PRIMERO. SUSTENTO NORMATIVO

1.1. El numeral cinco, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución Política del Perú, establece que las decisiones judiciales deben ser motivadas.

1.2. El artículo veintitrés, del Código Penal, prevé la figura de la autoría, autoría mediata y la coautoría, y señala al respecto que: "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 [...]”.

1.3. El artículo veinticinco, del Código Penal, establece la figura de la complicidad primaria y secundaria, suscribiéndose a: “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. [...] A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena [...]”.

1.4. El artículo ciento ochenta y ocho, del Código Penal, sanciona la conducta base del que se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, en cuyo caso será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años.

1.5. Los incisos dos, tres, cuatro y cinco, del primer párrafo, del artículo ciento ochenta y nueve, del Código Penal, establecen las agravantes típicas del delito de robo (cuando este se produce durante la noche, a mano armada, con el concurso de dos o más personas y en cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros de carga).

1.6. El inciso tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, precisa que como causa para interponer recursos de casación: “[...] **3.** Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la



86

Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación [...]".

1.7. El inciso dos, del artículo cuatrocientos treinta y tres, del Código Procesal Penal –referente al contenido de la sentencia casatoria–, establece que: “[...] la Sala Penal Suprema si opta por la anulación en la misma sentencia se pronunciará sobre el fondo dictando el fallo que deba reemplazar el recurrido. Si decide la anulación con reenvío, indicará el Juez o Sala Penal Superior competente y el acto procesal que deba renovarse. El órgano jurisdiccional que reciba los autos procederá de conformidad con lo resuelto por la Sala Penal Suprema [...]”.

1.8. El artículo ciento veintidós del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria, respecto del contenido de las resoluciones, señala que estas deben contener la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos.

1.9. La Sentencia Plenaria N.º 1-2005/DJ-301.A, de treinta de septiembre de dos mil cinco, establece respecto a la consumación del delito de hurto y robo, en el fundamento diez, que: “[...] **10.** Por consiguiente, la consumación en estos casos viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída –de inicio solo será tentativa cuando no llega a alcanzarse el apoderamiento de la cosa, realizados desde luego los actos de ejecución correspondientes–. Disponibilidad que, más que real y efectiva –que supondría la entrada en la fase de agotamiento del delito– debe ser potencial; esto es, entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída. Esta disponibilidad potencial, desde luego, puede ser



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 363-2015
SANTA

momentánea, fugaz o de breve duración. La disponibilidad potencial debe ser sobre la cosa sustraída, por lo que: **(a)** si hubo posibilidad de disposición, y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; **(b)** si el agente es sorprendido *in fraganti* o *in situ*, y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, así como si en el curso de la persecución abandona el botín y este es recuperado, el delito quedó en grado de tentativa; y **(c)** si, perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos, pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos [...]".

1.10. La sentencia del Tribunal Constitucional en el EXP. N.º 00569-2011-PHC/TC-Callao, de seis de abril de dos mil once, estableció que: "Respecto a la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, este Tribunal ha señalado que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y que, al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45 y 138 de la Constitución Política del Perú) y, por el otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Justamente, con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones, este Tribunal ha precisado que: "La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión [...]".



1.11. La Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente seiscientos dieciocho-dos mil cinco-PHC/TC, fundamento 22 expresa que: "[...] el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los jueces y tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no solo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción".

SEGUNDO. DE LOS FUNDAMENTOS EXPUESTOS EN EL AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN QUE LO DECLARÓ BIEN CONCEDIDO

Conforme se tiene del fundamento 2.4. del respectivo auto de calificación, se señaló que: "La decisión materia del recurso pone fin a la instancia y la causa invocada está prevista en el numeral tres, del artículo cuatrocientos veintinueve, del Código Procesal Penal, por la indebida aplicación de ley penal motivando su pretensión en el hecho que fue declarado coautor cuando su participación es la cómplice y se le debió aplicar el último párrafo del artículo veinticinco, por lo que la demanda cumple con los requisitos de admisibilidad previstos normativamente".

TERCERO. ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. En ese contexto, el tema delimitado está relacionado por la indebida aplicación de la ley penal, referida a los artículos veintitrés (coautoría) y ciento ochenta y ocho (robo), del Código Penal.



3.2. Tanto en el recurso de casación como en los alegatos orales en audiencia de casación, la defensa sostuvo que el sentenciado no intervino en el asalto producido en el kilómetro 298 de la carretera Panamericana Norte, en Huarmey, y que su accionar solo estuvo limitado a asumir la conducción del vehículo sustraído a la altura del kilómetro 310, por lo que su conducta no se subsume en el tipo penal de robo (agravado por las circunstancias en las que se cometió), y tampoco le corresponde el título de coautor; no obstante, alternativamente señaló que en todo caso, de hallarsele responsabilidad, solo debió aplicarse el último párrafo, del artículo veinticinco, del Código Penal, esto es, el supuesto de complicidad secundaria.

3.3. La posición expuesta por la defensa, permite establecer dos aspectos importantes a desarrollar: **a)** El momento consumativo en el delito de robo. **b)** La posibilidad de complicidad posconsumativa.

3.4. Respecto al primer aspecto, referido al momento de la consumación en el delito de robo, la Sentencia Plenaria N.º 1-2005/DJ-301-A, ha sido clara al señalar que esta viene condicionada a la disponibilidad de la cosa sustraída, la que debe ser potencial, es decir, la posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio. En tal sentido, se pronuncia SALINAS SICCHA¹ cuando sostiene que: "[...] la posibilidad de disposición 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

¹ SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra el patrimonio*. 2.ª edición. Lima: Justa Editores, 2006, p. 128.



9

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 destruyéndolo o entregándolo a un tercero, etcétera; pero ello de ningún modo puede servir para afirmar que se ha consumado el delito".

3.5. Bajo esa línea interpretativa, el agente debe encontrarse en plena capacidad para disponer del bien, aunque esta sea breve, habiendo culminado la acción de la sustracción.

3.6. El segundo tema en cuestión, se encuentra referido a la complicidad posconsumativa, ya que según lo expresado por la defensa, en forma alternativa en el recurso de casación, el sentenciado intervino luego de la sustracción.

En palabras de CASTILLO ALVA²: "[...] 2. La complicidad como categoría general, independientemente de la importancia de la contribución, se puede prestar antes o durante el hecho, tanto en la fase preparatoria (complicidad primaria y secundaria) como en la fase ejecutiva (complicidad secundaria). Incluso, se llega a sostener la posibilidad de complicidad antes que el autor esté establecido (decidido) o de que este haya adoptado la resolución delictiva. Sin embargo, la punibilidad de la complicidad recién aparecerá cuando el autor realice los actos ejecutivos o llegue a la consumación. La complicidad en los actos preparatorios que no redundan en un principio de ejecución del delito por parte del autor principal es, por tanto, impune. 3. La doctrina discute arduamente acerca de la opción de

² CASTILLO ALVA, José Luis. "La complicidad como forma de participación criminal". Artículo obtenido de la fuente <https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos>.



9

admitir o no complicidad en el periodo comprendido entre la consumación y la terminación del delito, tema supeditado a la peculiar redacción legal de los tipos penales. En Alemania, un sector de la doctrina acepta la complicidad en el lapso de la consumación y agotamiento del delito, v. gr. es cómplice quien presta ayuda a los autores cuando empiezan su huida con el bolín, mientras que otro sector lo niega rotundamente. En España y en el Perú, si bien no se plantea con frecuencia el debate doctrinal al respecto; la cuestión se resuelve a favor de aceptar la complicidad solo hasta la consumación, excluyendo cualquier otra extensión o aporte posterior a ella. [...] de otro modo se infringiría el principio de legalidad; incurriéndose en una odiosa analogía, pues el tipo penal al determinar el ámbito del injusto delimita también el ámbito de actuación penalmente relevante tanto para los autores como los partícipes [...]” (sic).

3.7. El Código Penal vigente, no regula la institución de la complicidad posconsumativa, dado que por definición, el cómplice ayuda a que el autor cometa el hecho criminal, por lo que si este ya se realizó, no cabe forma de participación alguna. De ser así, y acreditarse que el sentenciado participó luego del acto consumativo, su conducta sería penalmente inocua para el derecho y, consecuentemente, correspondería una absolución.

3.8. Resulta necesario establecer para evaluar el problema jurídico planteado, los tres momentos suscitados en el hecho materia de imputación y juzgamiento: **a)** Momento 1: A la altura del kilómetro 297 de la carretera Panamericana Norte (CPN), en el que el chofer del remolque y semirremolque, don Juan Antonio Roca Flores (que no fuera incluido como agraviado en la investigación), fue sorprendido por los



9

ocupantes de un automóvil de color verde que fue estacionado delante de su unidad y del cual descendieron tres varones no identificados, quienes luego de amenazarlo con arma de fuego, lo obligaron a conducir dicho camión unos kilómetros más adelante. **b)** Momento 2: A la altura del kilómetro 301.5 de la CPN (según Inspección Técnica Policial), en el que esperaba el sentenciado en un vehículo Station Wagon de color blanco. En ese momento, descendieron a Roca Flores del remolque para tomar su lugar el encausado, quien continuó la marcha de la unidad sustraída. **c)** Momento 3: En el kilómetro 376 de la CPN, en Casma, donde fue intervenido el encausado manejando la unidad sustraída con todo el contenido.

3.9. Identificados estos tres momentos, cabe la pregunta del momento de la consumación. A criterio de esta instancia, se produjo en el segundo momento, dado que entre el punto uno y dos el delito venía ejecutándose, en el que los intervinientes contaban cada uno con determinado rol que implicaba el apoderamiento definitivo de los objetos sustraídos. Así, como lo indicó el Colegiado de segunda instancia, el hecho imputado corresponde a una de las modalidades de compleja realización o ejecución, pues no puede ser realizada por una sola persona y menos por dos ni tres (dada la cantidad de vehículos utilizados por los agentes), sino por mayor número, que dentro del concepto de distribución o reparto de roles cumplían diversas funciones en atención a su especialidad.

Para llegar a esta conclusión, es importante destacar que durante el primer y segundo momentos, la distancia es corta (4.5 km, según ITP), los agentes no identificados mantuvieron a Roca Flores al volante (bajo amenaza de muerte), para finalmente ser despojado del camión y la



03

mercadería cuando lo bajaron del vehículo y lo trasladaron en el automóvil Station Wagon blanco. Aunque el sentenciado alegó desconocimiento de la sustracción, no ha podido esclarecer cómo es que no se percató de los actos intimidatorios y coactivos ejercidos sobre la víctima directa de la acción; y, por el contrario, asumir la conducción de un vehículo cargado de mercadería sin mayor garantía de su procedencia, y en las extrañas circunstancias en las que era entregado (en plena carretera y sin contrato escrito de por medio), desconociendo además la identidad y labor comercial de quien dice se lo entregó. Todo lo cual hace insostenible la versión de haber ignorado el trasfondo. Las máximas de la experiencia, no permiten tener por cierta una narración apartada del habitual proceder de un chofer profesional que traslada mercadería de valor en ruta interprovincial, lo que refuerza que conocía del hecho con anterioridad y que su rol era el que ejercería en este suceso.

Handwritten mark

Handwritten mark

Handwritten mark

Handwritten mark

3.10. Establecido el momento consumativo³, la alegación de la defensa sobre una posible complicidad posconsumativa decae y, consecuentemente, no cabe ser amparada; por el contrario, conforme con lo desarrollado, la intervención del agente se produjo dentro de un plan criminal en el que cumplió un determinado papel preordenado.

3.11. Desde que el ahora sentenciado tomó el volante del camión, la posibilidad de disposición estuvo activa, por lo que el delito de sustracción se consumó cabalmente, conforme lo planificado.

3.12. Una de las garantías establecidas por la ley, es el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta motivada, pero

³ El ponente acata la orientación de la Sentencia Plenaria N.º 1-2005/DJ-301.A.

Handwritten signature



97

razonada y congruente respecto a las peticiones que se formulen, en este caso, en materia penal. La exigencia de motivación, como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el plano constitucional, en el inciso quinto, del artículo ciento treinta y nueve, de la Constitución; debiendo tenerse en consideración que la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía de la tutela jurisdiccional relacionada también con el debido proceso; de ahí que toda decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con lógica, claridad y coherencia, lo que permitirá entender el porqué de lo resuelto⁴.

3.13. En ese contexto, la resolución venida en grado se encuentra motivada, y se ha aplicado correctamente la ley penal, por lo que no cabe ser casada y corresponde dejar firme el pronunciamiento siendo infundado el planteamiento efectuado por la defensa.

DECISIÓN

Por ello, administrando justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

I. DECLARAR INFUNDADO el recurso de casación por "indebida aplicación de la ley penal", interpuesto por la defensa técnica del sentenciado José Ramírez Mori, en contra de la sentencia de vista expedida por la Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia del Santa, de veintiséis de marzo de dos mil quince (folios ciento noventa y nueve a doscientos doce), que confirmó la sentencia

⁴ Ver fundamento 6 de la Sentencia de Casación N.º 8-2007-La Libertad, de 13 de febrero de 2008. Tema: La motivación de la sentencia.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
CASACIÓN N.º 363-2015
SANTA**

95

contenida en la resolución número cinco de cuatro de setiembre de dos mil catorce, por la que condenó a don José Ramírez Mori, por la comisión del delito contra el patrimonio, en la modalidad de robo agravado, en perjuicio de las empresas, de transportes KSG Perú S. A. C. y Nestlé Perú S. A., le impuso doce años de pena privativa de libertad, y fijó en quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil pagará a favor de cada uno de los agraviados.

II. DISPONER que la presente sentencia se lea en audiencia pública por la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la Instancia, incluso a las no recurrentes.

III. MANDAR que cumplidos estos trámites se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema. Interviene el señor Neyra Flores, por impedimento del señor San Martín Castro.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

JS/gc

25 AGO. 2016
09 AGO. 2016

16

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Signature]
Dny Yvánica Chávez Vramendi
Secretaria (a)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA