

**UNIVERSIDAD NACIONAL HERMILIO VALDIZÁN
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**



**“SISTEMATIZACIÓN DE LA TEORÍA DE LA
INTERVENCIÓN DELICTIVA Y SUS EFECTOS
PRÁCTICOS EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA
SOBRE LA BASE DEL SISTEMA FUNCIONALISTA -
NORMATIVO”**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE
ABOGADO**

Presentado por:

Bach. ELIEZER ELIAS CAMAVILCA INOCENTE

Asesor:

Dr. LEONCIO ENRIQUE VÁSQUEZ SOLÍS

HUÁNUCO – PERÚ

2018

Dedicatoria:

*A **Javier Camavilca**, mi padre, quien me enseñó que la riqueza espiritual y mental es la más valiosa en esta efímera existencia, a él le debo todo en la vida.*

*A mi maestro y gran amigo, el Profesor **José Mandujano**, quien me ha venido acompañando todos estos años de vida académica, sus enseñanzas y consejos me han enseñado a confrontar con madurez no solo el mundo jurídico, sino el mundo real, gracias por todo gran maestro.*

Agradecimientos:

Un profundo agradecimiento a los profesores que han contribuido con mi formación académico - profesional en la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la UNHEVAL y, en especial, con sumo afecto; al Prof. Dr. Leoncio Enrique Vásquez Solís, al Prof. Dr. César Alfonso Nájar Farro, al Prof. Dr. Armando Pizarro Alejandro, al Prof. Dr. Rodolfo José Espinoza Zevallos, al Prof. Dr. José Luis Mandujano Rubín y Prof. Dr. Roger Pavletich Vidal Ramos; a ustedes mi profundo agradecimiento grandes maestros del Derecho.

Un agradecimiento a todos los miembros del grupo de Calidad y Acreditación de la Facultad de Derecho de la UNHEVAL, presidida por el Dr. José Luis Mandujano Rubín, nuestra permanencia en ese grupo humano nos hizo crecer profesional y humanitariamente, ellos me han motivado enormemente para la culminación del presente trabajo.

A mis amigos Fernando Soto Palomino y Airton Franco Calderón Palacios, por todo su apoyo y estima personal durante todos estos años, gracias por todo amigos y hermanos.

A mis amigos y amigas del círculo de estudios “CIVITAS” de la UNHEVAL por haberme dado la oportunidad de compartir conocimientos y amistad, gracias muchachos.

Finalmente, reitero mis gratitudes a las autoridades, profesores y personal administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UNHEVAL.

RESUMEN

Uno de los temas fundamentales de la teoría del delito es la determinación del grado de responsabilidad del autor y el partícipe; este tema, que a la luz de la dogmática penal contemporánea sigue siendo una de las cuestiones más debatibles y que la doctrina todavía no se ha puesto de común acuerdo.

Ahora, si bien no existe uniformidad sobre su tratamiento dogmático, existe un tratamiento legal, doctrinario y jurisprudencial ya consagrado hasta la actualidad; nos referimos que el artículo 23° del Código penal de 1991 consagra una definición legal sobre la autoría, autoría mediata y coautoría prescribiendo que: *“El que realiza por sí o por medio de otro y los que lo cometan conjuntamente (...)”* de ello, a raíz de esta definición legal, la interpretación y el sustento doctrinario utilizado especialmente desde finales del siglo pasado y con más influencia a inicios del presente siglo, se ha concentrado en la aplicación de la tesis del Profesor Alemán Claus ROXIN que se denomina “teoría del dominio del hecho”, un constructo teórico que ha influenciado enormemente en el pensamiento práctico y aplicativo de los operadores de justicia del Perú y Latinoamérica. Sin embargo, con la aplicación práctica de esta teoría en la jurisprudencia nacional, la misma, no se ha visto cuestionada en ningún punto ni extremo para su aplicación en casos prácticos.

En ese orden de ideas, después de un estudio, hemos advertido que la misma no se encuadra con los patrones dogmáticos de la sociedad actual, y se va a demostrar – *en el presente trabajo de investigación* – esta sociedad actual exige que se encuadre la teoría del delito bajo los parámetros de la normativización de los conceptos jurídicos, a ello, es lo que ha apuntado y ha venido desarrollando por más ya de medio siglo la escuela Funcionalista Normativa. La teoría del dominio del hecho no se ha desvinculado de los alcances naturalistas y ontológicos que por muchos años fueron

tradición jurídica en el Derecho penal y, que en la actualidad, son consideradas cuestiones de antaño sin ningún tipo de aporte ni efecto práctico.

En esa línea de pensamiento, y a efectos de garantizar la seguridad jurídica, le damos nuevos alcances interpretativos al artículo 23° del Código penal, a través del pensamiento normativo funcional, ofreciendo un desarrollo dogmático y jurisprudencial, asimismo, ofreciendo una solución arraigada a la teoría funcional para una mejor aplicación y desarrollo de los casos prácticos, tomando de modelo experimental los casos de la jurisprudencia nacional, para dar a conocer nuestros alcances críticos y postulados teóricos. Es por ello por lo que a la culminación del presente aporte se entregara a la comprensión de los estudiantes y operadores de derecho, que la determinación de la autoría y participación o intervención delictiva se debe interpretar según los postulados teóricos que en las póstumas líneas se desarrollaran.

Palabras clave: Intervención delictiva, teoría del dominio del hecho, imputación objetiva, autoría, coautoría y autoría mediata, nuevo método de interpretación

SUMMARY

One of the fundamental themes of the theory of crime is the determination of the degree of responsibility of the author and the participant; this issue, which in the light of contemporary criminal dogma remains one of the most debatable issues and that the doctrine has not yet been agreed upon

Now, although there is no uniformity regarding its dogmatic treatment, there is a legal, doctrinal and jurisprudential treatment already consecrated to the present; we refer that Article 23 of the Criminal Code of 1991 establishes a legal definition of authorship, mediate authorship and co-authorship prescribing that: "The one who performs by himself or through another and those who commit it together (...)" of it , as a result of this legal definition, the interpretation and the doctrinal sustenance especially used since the end of the last century and with more influence at the beginning of the present century, has focused on the application of the thesis of the German Professor Claus ROXIN which is called "theory of domain of the fact", a theoretical construct that has greatly influenced the practical and application thinking of justice operators in Peru and Latin America. However, with the practical application of this theory in national jurisprudence, it has not been questioned at any point or extreme for its application in practical cases.

In this order of ideas, after a study, we have warned that it does not fit with the dogmatic patterns of today's society, and it is going to be demonstrated - in the present research work - this current society demands that the theory be framed of the crime under the parameters of the normativización of the legal concepts, to it, is what it has pointed and has been developing for more than half a century the Normative Functionalist school. The theory of the domain of the fact has not been dissociated from the naturalistic and ontological scopes that for many years were a legal tradition

in criminal law and, which, at present, are considered issues of yesteryear without any contribution or practical effect.

In this line of thought, and in order to ensure legal security, we give new interpretative scope to Article 23 of the Criminal Code, through functional normative thinking, offering a dogmatic and jurisprudential development, also offering a solution rooted in the theory functional for a better application and development of practical cases, taking as an experimental model the cases of national jurisprudence, to make known our critical scopes and theoretical postulates. That is why the completion of this contribution will be delivered to the understanding of students and legal operators, that the determination of the authorship and participation or criminal intervention should be interpreted according to the theoretical postulates that in the posthumous lines will be developed.

Keywords: Criminal intervention, theory of the domain of the fact, objective imputation, authorship, co-authorship and mediated authorship, new method of interpretation.

ÍNDICE

RESUMEN

SUMMARY

CAPÍTULO I: FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.1.	DESCRIPCIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA	12
------	---	----

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.1.1.	PROBLEMA GENERAL	15
--------	------------------------	----

1.1.2.	PROBLEMA ESPECIFICO	15
--------	---------------------------	----

1.2. OBJETIVOS

1.2.1.	OBJETIVO GENERAL	16
--------	------------------------	----

1.2.2.	OBJETIVO ESPECIFICO	16
--------	---------------------------	----

1.3. HIPÓTESIS

1.3.1.	HIPÓTESIS GENERAL	16
--------	-------------------------	----

1.3.2.	HIPÓTESIS ESPECIFICA	16
--------	----------------------------	----

1.4. VARIABLES

1.4.1.	IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES	17
--------	---------------------------------------	----

1.4.2.	OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	17
--------	---	----

1.5.	JUSTIFICACIÓN	18
------	---------------------	----

1.6.	VIABILIDAD	18
------	------------------	----

1.7.	LIMITACIONES	19
------	--------------------	----

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1.	ANTECEDENTES	20
------	--------------------	----

A)	A NIVEL INTERNACIONAL	20
----	-----------------------------	----

B) A NIVEL NACIONAL	20
C) A NIVEL LOCAL	20
2.2. BASES TEÓRICAS	21
a) MARCO CONCEPTUAL	21
b) DISTINTOS CONCEPTOS DE AUTOR	23
c) SISTEMA UNITARIO DE AUTOR	25
d) SISTEMA DIFERENCIADOR	28
e) TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO	42
f) TEORÍA FUNCIONAL DEL DELITO	74
g) NUEVOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 23° DEL CÓDIGO PENAL	94
 CAPITULO III: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	96
3.2. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN	96
3.3. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN Y TRATAMIENTO DE DATOS	97
 CAPITULO IV: RESULTADOS	
4.1. PRESENTACIÓN Y CONTRASTACIÓN DE RESULTADOS.....	98
CONCLUSIONES.....	122
SUGERENCIAS.....	123

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	124
---	------------

ANEXOS	
---------------	--

CAPITULO I

I. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN Y FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA

El artículo 23 del Código Penal hace una descripción sobre *la autoría* en la cual se señala “*El realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente*” esta es una descripción normativa que se realiza en la Parte General del Código Penal; la cual sirve para la determinación del círculo de intervinientes en el hecho delictivo. En primer punto hace alusión al *autor directo*, en segundo término, al *autor mediato* y finalmente al *coautor*.

Ante esta definición normativa, la primera alusión que hace es al autor, por ello, se relaciona la autoría única cuando el hecho es cometido por una sola persona, este asunto no reviste mayor problema, ya que la autoría directa implica que un único autor haya realizado todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, así con mucho acierto señala el Profesor Percy GARCÍA CAVERO que: “ (...) si el delito es cometido por una sola persona la delimitación de la autoría no representa complicación alguna; por cuanto la conducta delictiva ha sido completamente preparada, ejecutada y consumada por una sola persona”¹. Sin embargo, en esta descripción que realiza el artículo 23° del Código Penal en cuanto al *coautor* y al *autor mediato*, se verifica una diferenciación sustancial entre los distintos esquemas conductuales para la intervención en el delito, por tanto, se desprenden problemas que la dogmática penal ha ido resolviendo a través de los años; de los problemas que reviste la autoría y participación, dos son los problemas esenciales: *primero*. - La intervención entre dos o más personas en un hecho delictivo y la calificación de los aportes de cada uno de ellos sin prescindir de la *accesoriedad* de la participación;

¹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de derecho penal*, Grijley, Lima, 2008, p. 555.

segundo. – La imputación del hecho delictivo a quien no ha ejecutado los elementos típicos el injusto penal, pero que ejerce una especial condición por haber realizado la acción valiéndose de otro que el derecho penal ha denominado “instrumento”.

En ese orden de ideas, el problema real reviste cuando el hecho es cometido por varios intervinientes, puesto que los tipos penales se han construido teniendo de base siempre al *autor único*, ahora bien, las propias exigencias de los tipos penales aducen que no todos pueden ser autores, sino que debe haber una graduación de los grados de intervención según los aportes al delito, así es que, el fundamento jurídico de la *coautoría*, *autoría mediata*, *inducción* y *complicidad* aportan fórmulas de solución al problema.

Aunque el problema de la delimitación no termina siendo el más complicado ni tampoco el único, para el tema de la intervención han aparecido diversas escuelas jurídico – penales, dice ABANTO VÁSQUEZ “pocos temas son tan polémicos como los que derivan de la autoría y participación en el delito. Si bien es cierto, existe una base legal que permite un consenso sobre algunos puntos discutidos (...) todavía existen vivas discusiones sobre algunos puntos: los criterios para distinguir entre autor y participe; entre autores directos, mediatos o coautores; entre autores mediatos e instigadores; entre cómplices (primario) y coautores, etc.”²

Este problema de delimitación se termina consagrando con el método de interpretación que acoge la jurisprudencia nacional para el tema abordado, los métodos han sido y han ido variando a lo largo del desarrollo de las épocas humanas, así se tuvo un sistema de interpretación extensivo con una teoría unitaria de autor, un

² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Autoría y participación y la teoría de los delitos de “infracción del deber”*, UNMSC, Revista Penal, Lima, 2004, p. 3.

sistema restrictivo con teorías subjetivas, teorías objetivas formales, materiales y finalmente la del dominio del hecho.

La última teoría mencionada es la que se ha apoderado de los métodos de interpretación aplicados por los operadores al momento de la resolución de casos prácticos, el creador de esta teoría del dominio del hecho, el Profesor Alemán Claus ROXIN, ha venido construyendo, mejorando y modificando su teoría desde el año 1963, año en que apareció su primer postulado en su libro “Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal” y desde entonces, y con más auge a partir del inicio del presente siglo, se ha evidenciado en las reiteradas actuaciones del Ministerio Público y las decisiones del Poder Judicial la invocación de la tesis ROXINIANA. Esta es una realidad que la pone de manifiesto el profesor VILLAVICENCIO TERREROS al mencionar que “la teoría del dominio del hecho es la de mayor acogida en la doctrina y la jurisprudencia nacional, pues considera que el autor es quien ejerce dominio en la ejecución del delito, determinando la forma y el modo de realizar el hecho punible incluso si no realiza él mismo los elementos típicos.”³

Esta fundamentación problemática expuesta en las líneas anteriores nos lleva a corresponder una especial atención al problema de la calificación del autor, coautor y el autor mediato y su resolución y determinación jurídica en la realidad práctica nacional y, si los métodos utilizados son correctos al momento de la resolución de casos prácticos, tomando en cuenta, como ya he señalado líneas arriba que actualmente la doctrina mayoritaria aplicada en casos prácticos es la *teoría del dominio del hecho de Claus ROXIN*, se ha asumido este criterio doctrinal como único para el sustento de la fundamentación de la intervención delictiva. Sin embargo— y como se va a demostrar en el siguiente aporte jurídico —esta teoría contiene en su

³ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal básico*, Editorial PUCP, Lima, 2017, p. 103.

construcción graves errores metodológicos que no han podido ser superados por sus propulsores y defensores y que no son advertidos por el operador de justicia.

El problema que ha identificado el presente aporte es que se debe resolver la problemática en cuanto a la autoría y participación utilizando el criterio correcto para la calificación de los intervinientes al delito; para ello, hemos considerado que la fuente correcta como aporte doctrinal la constituye la teoría *normativo – funcional*, que sí cubre todos los vacíos de interpretación que no advierten con claridad los operadores del Derecho penal, habiendo a través de todos estos años interpretando el problema con la teoría del dominio del hecho, no siendo esta teoría un criterio válido y consistente, ya que existe un criterio normativo superior al criterio fenomenológico del dominio.

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.1.1. PROBLEMA GENERAL

- **¿Cuál es el criterio de delimitación de la responsabilidad penal del autor, coautor y el autor mediato en la comisión de un delito?**

1.1.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

- **¿Es correcta la aplicación de la teoría del dominio del hecho para la delimitación de la responsabilidad penal en la intervención delictiva?**
- **¿Cuáles son los efectos de la interpretación del artículo 23° del Código penal por parte del operador jurídico a través de la teoría del dominio del hecho?**
- **¿Cuáles son los efectos jurídicos – penales en torno a la aplicación de la teoría funcionalista como un nuevo método de interpretación del artículo 23 ° del Código?**

1.2. OBJETIVOS

1.2.1. OBJETIVO GENERAL

- Determinar si a través del sistema funcionalista normativo y su instituto de la imputación objetiva se soluciona el problema de la intervención delictiva del autor, coautor y autor mediato.

1.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Ofrecer una nueva metodología de interpretación del artículo 23° para así no crear vacíos de interpretación por parte del operador jurídico.
- Ofrecer una solución al problema de la intervención delictiva a través de la teoría de la imputación objetiva.

1.3. HIPÓTESIS

1.3.1. HIPÓTESIS GENERAL

La interpretación del artículo 23° del Código penal a través de la teoría normativa funcional contribuye a solucionar el problema de la intervención delictiva.

1.3.2. HIPÓTESIS ESPECIFICA

La construcción del dominio del hecho como criterio individualizador de responsabilidad penal de los intervinientes en el delito acarrea errores metodológicos, ello por estar anclada a una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de imputación objetiva la cual caracteriza al autor.

1.4. VARIABLES

1.4.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES

VARIABLE DEPENDIENTE

Rechazar en el plano de la autoría y participación a la teoría naturalista del dominio del hecho.

VARIABLE INDEPENDIENTE

La teoría de la imputación objetiva caracteriza al autor y al partícipe

1.4.2. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE: LA teoría de la imputación objetiva funciona como un método dogmático de carácter interpretativo para la individualización de los aportes en la intervención delictiva.

DIMENSIÓN 1:

Teoría de la imputación objetiva del esquema funcionalista-normativo

DIMENSIÓN 2:

Garantizar el proceso penal, en su ámbito de autoría y participación, a raíz de la teoría de la imputación objetiva.

VARIABLE DEPENDIENTE: Cuestionamientos y rechazo de la teoría del dominio del hecho y esquemas teóricos precedentes.

DIMENSIÓN 1:

La teoría del dominio del hecho funciona solo en el plano naturalístico, más no cuenta con fundamentación normativa.

DIMENSIÓN 2:

Rechazar esta teoría y optar por el esquema funcionalista hace que la aplicación de la norma sustantiva se encuentre claramente dentro de los márgenes normativos esenciales.

1.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

A lo largo de la tradición jurisprudencial de los tribunales peruanos como influencia de la doctrina alemana se ha venido interpretando el artículo 23° del Código penal a través de *la teoría del dominio del hecho*, la cual sirve para la justificación de la individualización de los aportes como *autores y partícipes* en el delito, sin embargo, se observa una falta de búsqueda de nuevos mecanismos dogmáticos los cuales tienen una mejor construcción teórica y sin errores metodológicos, por ello, la tesis *funcionalista*, ofrece nuevos alcances sobre la intervención delictiva, alejando su sistema de interpretación del *dominio del hecho*, y dándole alcances normativos cuyo fundamento es la *infracción de la norma jurídica*.

Es por eso, que la necesidad de una profundización del sistema funcionalista en la teoría del delito nos conlleva a analizar el fenómeno de la comisión propia, la codelincuencia y las formas de intervención en el delito desde el punto de vista *valorativo-funcional*, creando un nuevo alcance de interpretación cuyos parámetros son muchos más completos y contruidos que la tesis del dominio del hecho, que no ha terminado por consolidar concretamente cuales son las formas de calificación sobre la autoría y participación según datos normativos, sino centrándose puramente en datos fenomenológicos.

1.6. VIABILIDAD

El presente proyecto de investigación comprueba su viabilidad puesto que no ha sido desarrollado amplia ni profundamente en el ordenamiento jurídico peruano, a través de los propios casos que nos ofrece la jurisprudencia, es por ello, que tanto dogmática y jurisprudencialmente tiene una trascendencia jurídica cuya finalidad es una explicación de las principales categorías de la teoría del delito a través de las complejas instituciones del Derecho penal alemán, la cual ha sido recogida en los ámbitos normativos y prácticos del derecho penal peruano, nos centraremos en una comprensión y aplicación práctica de la escuela funcionalista sobre la base del pensamiento del Profesor Günther_JAKOBS.

1.7. LIMITACIONES.

Las limitaciones que se han encontrado han sido solo de índole bibliográfica, tomando en cuenta que el tema abordado siempre ha sido tocado desde la óptica internacional, por ello, se dedicó mucho tiempo para la recolección de material bibliográfico

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

a) A NIVEL INTERNACIONAL

Sobre el tema abordado en la presente investigación el estudio más profundo que se tiene en la doctrina internacional es el trabajo del Profesor Günther JAKOBS intitulado *“El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos”* traducción de Manuel CANCIO MELIÁ En: “El sistema funcionalista del Derecho penal” publicado en el año 2000. En este libro el autor se muestra contrario a determinar la autoría en el Derecho penal mediante un dominio (hecho) y un deber. En ese sentido, plantea que detrás del dominio del hecho se ocultan elementos normativos como los que hay en la infracción del deber, es decir, que la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva.

b) A NIVEL NACIONAL

Que, habiendo realizado un estudio sobre las fuentes en el ámbito nacional mediante material bibliográfico y virtual, se tiene que no se desarrollado en ningún tipo de trabajo de investigación de esta naturaleza en el ámbito regional.

c) A NIVEL LOCAL

Que, habiendo realizado un estudio sobre las fuentes en el ámbito regional mediante material bibliográfico y virtual, se tiene que no se desarrollado en ningún tipo de trabajo de investigación de esta naturaleza en el ámbito regional.

2.2. BASES TEÓRICAS

a) MARCO CONCEPTUAL

La autoría y participación en palabras de *KANTOROWICZ*, es todavía el tema más confuso y poco claro de la dogmática jurídico-penal⁴, esta frase cuya resonancia se encuentra con más realce en la obra cumbre sobre la autoría del Profesor Alemán Claus ROXIN- *sobre quien también versa el presente trabajo*-, sirve para comprender que el tema de la autoría y participación está cargado de un sin número de complejidades que las diferentes posturas a lo largo de los años han intentado responder.

Pero, sin duda, lo que más polémica causo a partir de la mitad del siglo XIX fueron los aportes del Profesor ROXIN, con el maestro de Múnich el tema de la autoría y participación han sido de la más especial relevancia, puesto que en los últimos años se ha tomado sus postulados dogmáticos para solución temas en torno a la *intervención delictiva*.

En el año 1963 se publica la primera edición de su libro *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*⁵, de cuya fuente surge el debate esencial y más complejo sobre la intervención delictiva, cuyos cimientos ya habían sido sustentados por WELZEL en su teoría final de la acción; es así que sobre los aportes de ROXIN, refiere Díaz y García Conllevo “A partir de WELZEL y con la aparición de la obra maestra de ROXIN... en 1963 se trae consigo el aspecto científico- didáctico de una altura de tal

⁴ ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial, Pons, Madrid, 2000, p. 19.

⁵ ROXIN. *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial, Pons, Madrid, 2000

superación, en esencia toma la idea de los finalistas y señala que autor es quien tiene el dominio del curso causal delictivo, es la figura central de la acción”⁶

Sin embargo, consideramos que las teorías de la autoría y participación y la más importante y dominante en la actualidad: la del dominio del hecho, no concuerda ni cumple con los requerimientos dogmáticos e interpretativos, puesto que trae consigo varios errores metodológicos, los cuales no han podido ser superados con las contribuciones posteriores. Desde su aparición en el año 1963 trajo consigo varios aportes y críticas, sin que ello sirva para mejorar su calidad constructiva, es así que no se ha superado el espíritu ontologista del siglo XIX; por ello, los intérpretes del derecho no debemos cerrar nuestras concepciones en dicha teoría, ya que la jurisprudencia a lo largo de los años la ha asumido como tal, sin recabar en sus propias inconsistencias metodológicas, sin embargo, el Derecho y especialmente la ciencia penal deben marchar acorde al espíritu de la época; y esta época ha demostrado ya la superación del naturalismo y del ontologismo, de ello deducimos con total seguridad que el *sistema normativo-funcional* sería el fundamento real al que todos nosotros deberíamos acudir al momento de realizar juicios de imputación.

En razón a ello, el marco conceptual del presente trabajo de investigación, se encuentra dirigido a determinar los conceptos y definiciones más relevantes e importantes, para que se pueda comprender los principios dogmáticos y teóricos que revisten la problemática jurídica sobre la autoría y participación cuya descripción formal se realiza en el artículo 23° del Código penal; por ello los conceptos ofrecidos en el presente trabajo tendrán como punto de partida el funcionalismo normativista del Profesor JAKOBS; el funcionalismo ofrece una nueva visión acerca de la teoría del delito, mostrando como base la función que cumple el derecho penal en la sociedad la

⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO Miguel. *La Autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 30.

cual es la confirmación de la identidad normativa de la sociedad a través de la confirmación de la vigencia de la norma jurídica. Así la fundamentación del presente trabajo se da en esquemas normativo-sociológicos y valorativos.

b) DISTINTOS CONCEPTOS DE AUTOR

¿Cómo se define al autor de un delito? ¿Cómo se define al cómplice, inductor o partícipe?, estas cuestiones que son desde el punto de vista práctico una necesidad interpretativa del operador jurídico, llevan consigo una complejidad dogmática y teórica, que en pleno siglo XXI sigue siendo polémica y controversial, de hecho, la defensa de alguna postura sobre la autoría y participación se resume en asumir una construcción teoría de mucha riqueza, puesto que a la luz de la dogmática, todas las teorías hasta hoy conocidas tienen un sin número de constructos de muy alta calidad científica, así lo manifiesta Jhon MACKINNON cuando menciona que: “La evolución de las Ciencias Penales en los últimos doscientos años ha correspondido a un aumento en la protección de los derechos de las personas. Este avance “garantista” se manifiesta, entre otras materias, en la separación en diversas categorías de los partícipes de un hecho ilícito, y como consecuencia, en la gradación de las penas aplicables a éstos⁷”

De esta problemática se ocupa la *teoría de la autoría y participación*, la cual presenta dos problemas generales: Uno de ellos está dado en la naturaleza o génesis de los conceptos de autor y partícipe y el otro lo constituye, la determinación de la frontera entre autoría y participación⁸. Es por ello que algunos autores parten de que constituyen elaboraciones puramente legislativas (naturaleza normativa) y otros

⁷ MACKINNON ROEHR, Jhon. *Autoría y participación en el delito de recepción*, Universidad de Chile, Santiago, 2002, p. 1.

⁸ VERA TOSTE, Yan. *Autoría y participación*, Editorial Unijuris, Cuba, 2015, p. 7.

definen que los mismos tienen un origen pre- jurídico (naturaleza ontológica). La problemática obedece a las diferentes posiciones asumidas por los teóricos del Derecho penal y a los métodos empleados para la obtención de resultados en esta ciencia⁹.

El delito, como fenómeno, siempre conlleva la intervención de dos polos opuestos: *un sujeto activo y un sujeto pasivo (o varios sujetos activos y varios sujetos pasivos)*; el sujeto activo del delito- *del único que nos ocuparemos en este aporte-* parte de los presupuestos materiales del tipo objetivo, pues este establece la necesidad de una acción exterior desplegada por el agente, así cuando se abre el Código Penal y se lee un tipo penal del delito, por ejemplo el de homicidio: “ el que matare a otro será castigado...”, se verá que la primera persona a quien se alude es aquel que conjuga el verbo típico, en este caso matar¹⁰. Ese sujeto es conocido como sujeto activo del delito. Este sujeto activo es denominado según la doctrina mayoritaria como “el autor”- *puede ser autor de un delito por competencia organizativa o por competencia institucional*¹¹-, del estudio de este autor del delito se ha ocupado la teoría de la autoría y participación, asunto que se ha venido desarrollando a lo largo de los años por los más renombrados dogmático-penales; a mi juicio, se parte de un conjunto de ideas sobre las cuales se trata de determinar cuándo un sujeto tiene la calidad de autor, participe o cómplice del evento criminal, sin embargo, la tradición primigenia

⁹ Ibídem.

¹⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, omisión y sujetos en la teoría del delito (de la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Lima, 2009, p. 103.

¹¹ delitos de competencia organizativa y delitos de competencia institucional, son terminología funcionalista, sin embargo, para los tradicionales de la ciencia penal, se les prefiere llamar: “delitos de dominio” y “delitos de infracción de deber”.

fue distinta en la doctrina y en los tribunales de justicia, especialmente en los tribunales alemanes.

En Alemania, donde surgen las principales teorías acerca de la autoría y participación, a través de las diferentes aportaciones, es así que ya se reconoce en la doctrina que existen 2 posibilidades de interpretar el concepto de autor, están quienes identifican al autor con cualquier aporte causal prestada para la configuración del delito, dentro de las cuales encontramos al modelo unitario (Sistema Unitario) y extensivo de autor; y, para aquellos que se requiere diferenciar entre autores y partícipes (Sistema Diferenciador). Son dos los sistemas que se proponen sobre esta discusión: El sistema unitario de autor y el sistema diferenciador de autor. Para el primer sistema, todos deberán ser sancionados como autores; mientras que, para el segundo, debe hacerse una distinción entre autores y partícipes¹²

c) EL SISTEMA UNITARIO DE AUTOR

Las concepciones de la teoría del delito conllevaron a construir sistemas de imputación sobre la participación criminal, estos sistemas, construían sus aportes acerca de la intervención delictiva acorde a la esencia de su propio sistema, es así, que el sistema causalista tenía su propia concepción del delito, así el sistema finalista y los otros sistemas que les siguieron, por tanto, debemos comenzar por mencionar que el concepto unitario de autor corresponde al sistema clásico de la teoría del delito-sistema *causalista*-, denominado también sistema de BELING y LISZT en la que regía el antiguo principio del (*causa causare causa causati* (lo que es causa de la causa es causa de lo causado) es decir se aplicaba la fórmula de la *conditio sine qua*

¹² TORRES JIMÉNEZ, 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*, PUCP, Lima, 2013, p. 18.

non (equivalencia de las condiciones) según la cual será considerado autor todo aquél que haya contribuido a causar el resultado típico aunque no haya realizado una acción típica¹³, y ello es así, porque todas las condiciones tienen igual valor y no puede hacerse ninguna diferenciación entre ellas¹⁴.

C.1. TEORÍA EXTENSIVA

El concepto unitario de autor surgió de los mismos postulados de la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la causalidad. De modo tal de acuerdo con la concepción causalista, todas las personas que intervienen en el hecho son responsables. Por lo que para la teoría unitaria no hay razón alguna que permita distinguir entre autores y partícipes, pues es autor todo aquel que contribuye causalmente a la realización del hecho típico. Si toda condición del hecho es causante del mismo, todo aquel que contribuya, deberá considerarse como causa del mismo, y por lo tanto autor de este, así señala v. Liszt “del concepto de causa se deriva que cualquiera que, al aportar una condición del resultado producido, participa en este, ha causado el resultado; que como todas las condiciones del resultado son equivalentes, no existe diferencia conceptual alguna entre cada uno de los que participan en la producción del resultado¹⁵”.

Este sistema consiste en hacer responsable a cada uno de los agentes por su prestación, independientemente de cualquier distinción sustantiva y, sobre todo, de la conducta de los demás considerada como acción personal: cada uno ha realizado algo contrario al derecho y debe responder de las consecuencias, con independencia de que

¹³ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal - Parte general*, Grijley, Lima, 2008, p. 557.

¹⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, Jacobo. *Autoría y Participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 256.

¹⁵ ROXIN, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 20.

haya también otros responsables y en qué medida estos otros lo sean. Esta es la idea central de los conceptos unitarios de autor, que sortean el problema de la autorresponsabilidad por la vía de aislar a los intervinientes, rechazando cualquier imputación recíproca e incluso la consideración de la conducta de los demás como acción personal en la determinación de la responsabilidad del individuo¹⁶.

La consecuencia inmediata de esta concepción se encuentra en que no admite distinción alguna entre autores y partícipes, pues, todos son autores. No existe la participación. Necesariamente en los delitos especiales tampoco podrá aceptarse la distinción y consecuentemente cualquier aporte causal realizado por un *extraneus*, dará lugar a que sea considerado autor. Por consiguiente, no puede hablarse de participación en los delitos especiales, pues, el interviniente causal será autor. Además, al no aceptar la distinción entre autores y partícipes, no pueden existir criterios para diferenciar intensidades penológicas y, en consecuencia, todos los intervinientes han de sufrir la misma pena¹⁷.

Por tanto, la consecuencia práctica de este sistema unitario es como resalta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEVO que “el concepto unitario de autor rechaza la distinción entre autor y partícipe, rechazo que acarrea consecuencias tan importantes como la negación de todo vínculo de accesoriedad entre las responsabilidades de los distintos participantes en el hecho”¹⁸.

d) EL SISTEMA DIFERENCIADOR

¹⁶ WEEZEL, Alex Van. *Intervención delictiva y garantismo penal a la memoria de Juan Bustos Ramírez*, Santiago, p. 435.

¹⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, “Autoría y...” Op. cit., p. 20.

¹⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “la Autoría...” Op. cit., p. 46

A diferencia de lo que ocurría con la tesis unitaria de la autoría, el sistema diferenciador realiza un esfuerzo notable por resolver los problemas en torno a la intervención en el delito apoyándose en la regulación legal que en ese tiempo en Alemania diferenciaba en el art. 26 del Código Penal Alemán, entre autores, inductores y cómplices. Así, dice ROXIN que: “(...) el concepto restrictivo de autor, según la cual la autoría se limita o restringe por principio a la conducta descrita en los tipos de la Parte Especial. Inducción y cooperación o complicidad, son en consecuencia causas de extensión de la pena que van más allá del ámbito nuclear de la punibilidad, descrito por la autoría. Con ello se halla a la vez el punto de partida correcto para la delimitación de la autoría y participación: radica en la realización del tipo y no en la causación”.¹⁹

Propugna esta corriente jurídico – teleológica la diferenciación entre los autores y partícipes de un hecho punible, lo que implica estimar distintas consecuencias jurídicas para cada intervención.²⁰ Conforme este sistema es dos los conceptos de autor diferenciados: El extensivo de autor y el restrictivo de autor.

d.1. TEORÍA EXTENSIVA SUBJETIVA

Históricamente esta teoría fue elaborada por KOSTLIN²¹ y se hizo dominante en la jurisprudencia alemana, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX con los fallos del magistrado Maximilian VON BURÍ.

¹⁹ ROXIN. *Derecho penal – Parte general. Tomo II: Especiales formas de aparición del delito. trad. diego – Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Thomson Reuters - Civitas, Navarra, 2014, p. 66.

²⁰ VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal – Parte general*, Ara, Lima, 2014, p. 369.

²¹ BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis miguel. *Manual de Derecho Penal - Parte General. 2ª edición*. Editorial Eddili. Lima, 2002, p. 400.

Es en Alemania, cerca de finales del siglo XIX se empezó a aplicar y a imponer en la jurisprudencia del tribunal penal Alemán, una visión doctrinaria subjetiva sobre la autoría y participación; el problema fundamental era romper con el esquema causalista que trajo la polémica sobre contribuciones causales de más y menos quantum, y que por tanto era difícil imponer una sanción sobre contribuciones no medibles en el ámbito jurídico-penal, entonces, surge una metodología que realiza un juicio de diferenciación entre autores y los partícipes, cuya esencia es el *animus*, es decir la actitud interna que manifestaba cada aportador al delito y la relación directa que tenía cada uno de ellos con el resultado, por tanto se imponen dos reglas generales de interpretación: ser autor implicaba tener *animus auctoris* y ser partícipe implicaba tener *animus socci*, por tanto la regla era la siguiente, la responsabilidad del autor sería considerada principal sin que importe su aportación objetiva al delito, es decir, aunque no realice todos los elementos del tipo penal, si su interés está relacionado directamente con el resultado lesivo siempre será considerado autor, mientras que el cómplice o partícipe mientras haya actuado solo con la intención de cooperador al delito, sin vinculación directa con el resultado lesivo, aunque haya realizado todos los elementos del tipo será considerado cómplice o partícipe.

Entonces se construye una teoría subjetiva sobre la autoría y participación que señala, que lo importante es el sentimiento de autor que tenga el sujeto; es decir, que el hecho sea sentido como propio y no que el sentimiento sea que se colabora con otro, en suma será considerado como autor aquel que actúe con *ANIMUS AUCTORIS* quien persigue un interés propio en el hecho, y por el contrario será considerado partícipe aquel que actúa con *ANIMUS SOCII* por cuanto, quién actúa en interés ajeno²². Los criterios para la evaluación jurídica del animus, son dos específicamente: el querer el

²² DONNA, Edgardo Alberto. *La autoría y participación criminal*. 2ª Edición. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002. pp. 18 – 19.

hecho como propio y el hecho como ajeno sin interés en el resultado, el partícipe quiere el resultado, sólo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere, tampoco él. El resultado queda en manos del autor éste no reconoce otra voluntad superior a la suya, así el partícipe deja a criterio del autor si el hecho va a llegar a consumarse o no.²³

El caso referencial que existe en la bibliografía jurídica es el clásico “*caso de la bañera*” cuyos lineamientos los señala CORCINO²⁴ del siguiente modo: “El desarrollo de esta teoría se notó de manera clara en Alemania a partir de dos celebres y polémicas sentencias: cuyo caso más sonado fue el “*de la bañera*”; en el que inmediatamente después de dar a luz a un hijo ilegítimo, una joven que estaba del todo debilitada en la cama, había pedido a su hermana por miedo a la cólera del padre que ahogase al niño en la bañera, así en interés ya ruego de la madre, la hermana de ésta dio muerte por inmersión, por propia mano y sin la colaboración de terceros al recién nacido, al resolver el caso el Tribunal Imperial Alemán condenó a la madre como autora del delito de infanticidio, a pesar de que ella no fue la que ahogó al recién nacido, pero había actuado con la voluntad propia del autor; mientras que la hermana fue sentenciada como cómplice, no obstante haber sido ella quien ahogó con sus propia manos a la criatura, ello en atención a que su voluntad estuvo subordinada a la del autor. En esta misma línea y siguiendo el mismo criterio, en *el caso “Staschynskij”*; en el que un agente entrenado en la Unión Soviética, y siguiendo un minucioso plan de su organización –una potencia extranjera- había asesinado en Múnich a dos políticos ucranianos exiliados, utilizando para ello una pistola de líquido tóxico. En este caso pese a que el agente actuó sólo y a mano propia, El Supremo Tribunal Federal Alemán condenó al agente *Staschynskij* como cómplice del asesinato en los actos manejados por el gobierno soviético, por cuanto el sujeto no

²³ Ibídem

²⁴ El profesor CORCINO agrega en su trabajo un dato más sobre el caso “*staschynskij*”

habría tenido un interés propio en sus hechos ni habría poseído una voluntad propia del hecho²⁵»

Una aproximación más moderna nos la entrega ZAFFARONI cuando alude al caso de un sicario entrenado, en un país extranjero, a quien se enviaba para matar con una pistola de gas venenoso a aislados croatas, no era autor, porque no quería el hecho como suyo, sino que el interés por el resultado provenía de la potencia que le enviaba²⁶, por tanto, solo podía ser catalogado- *siempre según esta teoría*- como cómplice.

Como bien se dijo anteriormente, el fundamento de la teoría subjetiva parte de la teoría causal de la condición y, en base a ella, se niega toda distinción objetiva entre la actividad del autor y la del cómplice: ambos no hacen más que colocar una condición al resultado, y una condición no es posible distinguirla de otra condición²⁷.

d.1.1. TEORÍA SUBJETIVA DEL DOLO

Esta teoría parte por distinguir que la voluntad del autor es diferente a la del partícipe; estas voluntades son de naturaleza heterogéneas²⁸.

Cronológicamente aparece Von BURÍ como fundador de esta teoría, y actualmente el más representativo es BOCKELMANN²⁹. El Jurista Alemán Maximilian VON BURÍ,

²⁵ CORCINO BARRUETA, Fernando. *Autoría mediata en aparatos organizados de poder: fundamentos dogmáticos y consecuencias prácticas* (manuscrito inédito)

²⁶ ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de Derecho Penal- Parte General II*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2013, p. 722.

²⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en el derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2007, p. 28.

²⁸ ROXIN, “Autoría y...” Op. cit., p. 69.

²⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO “La autoría...” Op. cit., p. 316.

mentor de la teoría de las equivalencias de condiciones, quien luego de la afirmación de que todas las condiciones que concurren al resultado del hecho son equivalentes entre sí, advierte que la concepción unitaria a la que lo llevaba necesariamente a su concepción casual se contraponía sustancialmente a la regulación legal vigente, que distinguía entre autor, cómplice e instigador, y entonces su enfoque debería quedar relegado como una concepción *lege ferenda*³⁰. Es por ello que echa mano al recurso de reiterar el primero en el plano objetivo en el cual debe ser planteado y acatar las diversas categorías que reconoce la ley, y para poder compatibilizar ambos extremos, elabora una teoría subjetiva de la participación³¹, así lo manifestaba VON BURÍ “lo distinto del autor con respecto al partícipe solo cabe individualizarlo, en la independencia de la voluntad del autor y en la dependencia del partícipe³²”.

Esta teoría se encarga de distinguir entre voluntad de autor y voluntad del partícipe, de naturaleza heterogénea³³. Lo que caracteriza al autor es una voluntad autónoma e independiente, mientras que al partícipe una voluntad no autónoma, dependiente³⁴. A pesar de que ROXIN señala, en muchos casos, la inmerecida mala fama que se le hace a esta teoría destaca también que las distinciones subjetivas convencen en tanto que el suceso que tiene lugar en el mundo físico se corresponde con la voluntad de los partícipes³⁵.

³⁰ BERRUEZO, Rafael, *Autoría y participación: desde una visión funcionalista*, B de f, Buenos Aires, 2012, p. 11.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ ROXIN, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 71.

³⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO “*La autoría...*” Op. cit., p. 315.

³⁵ ROXIN, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 74.

Por esta teoría es de entenderse que el partícipe apoya al autor en el hecho ilícito que este quiere consumir, pero deja la consumación en manos de autor para que éste libremente decida sobre si se consuma o no el ilícito penal; es decir se podría entender por esta teoría que la consumación no depende de la voluntad del partícipe o en el extremo último, no es cosa suya aun cuando éste sea quién la ejecute parcial o totalmente, de ser ese el caso él ejecuta un hecho ajeno, en el cual el partícipe solo quiere que el autor logre o concrete su cometido que es la consumación de un ilícito penal. Ósea el autor quiere el hecho para sí, en cambio el partícipe lo quiere para el autor; esta teoría importa el contenido de la frase “dejar a criterio de”, ya que el partícipe deja la consumación del hecho a criterio del autor. La dirección de voluntad de partícipe está subordinada al autor, pero de manera espontánea, en el caso de la coautoría todos los coautores direccionan su voluntad hacia el mismo centro, es decir la consumación del hecho³⁶; así ROXIN³⁷ señala que: el coautor no conoce voluntad superior a la suya, ya que las voluntades de los coautores son de igual categoría. Y las voluntades de los demás coautores junto con la suya son determinantes en la cooperación - que entre ellos debe de existir-. También de lo antes dicho podemos señalar que para esta teoría las voluntades del autor y del partícipe son heterogéneas pero la de los coautores son homogéneas.

Por tanto, aquí las voluntades están dirigidas a la persecución del fin delictivo, la voluntad del cómplice siempre está supeditada a la voluntad del autor, es decir, no puede haber libertad de comisión del ejecutor material- *el cómplice*- si es que existe una determinación de cómplice, es decir, su acción no es propia, ya que la dirección siempre está determinada por el *autor*, es el autor quien mantiene la directa vinculación con las consecuencias directas e indirectas de la comisión del delito, el

³⁶ CORCINO, Fernando, Op. cit.

³⁷ ROXIN “*Autoría y...*” Op. cit., p. 71.

problema real surge, porque la comisión de ilícitos penales desde el ámbito objetivo del tipo siempre exigen el cumplimiento de los elementos del delito para considerar a alguien como autor, si en *el caso de la bañera*, la hermana de la madre había sumergido a la bebé para ahogarla ella había realizado la acción típica de matar, por tanto era autora de *homicidio*; de aquí que se critique el ámbito subjetivo de las conductas delictivas como fundamento de *autoría y participación*, puesto que conllevan problemas de legalidad y de objetividad, además, considerando el difícil problema de probar el *animus*, es por ello, que considerar la voluntad.

d.1.2. TEORÍA DEL INTERÉS

La segunda variante que aparece después de la teoría del dolo es la denominada *teoría del interés*, según la cual la clave de la diferencia entre autor y cómplice en el interés³⁸.

Una concepción clásica sobre esta vertiente es lo que dice FEUREBACH, quien sostenía que autor es aquel que tiene *animus autoris* este es aquel que tiene o persigue un interés propio en el hecho, mientras que participe, tiene *animus socii*, no puede tener interés independiente alguno en la causación del delito, sino que actúa en interés ajeno.³⁹ A partir de ello, se puede deducir que esta variante tuvo una real aceptación en la doctrina y en la jurisprudencia que adherían al enfoque subjetivo afirmaba, respecto al *animus socii*, que es participe aquel que somete su voluntad a la del autor, de tal forma que deja al criterio de éste que el hecho llegue o no a consumarse, y así, este sujeto, autor, aun cuando no haya realizado directamente la conducta descrita por la figura central⁴⁰.

³⁸ BERRUEZO, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 13

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

El objetivo principal de Esta figura busca fijar el significado de lo que implica intervenir con *animus auctoris* y *animus socii*, lo que se logra de la mano de la teoría del interés. Si actúa con interés de autor será autor, de lo contrario, será partícipe cuando no tenga un interés directo, sino ajeno⁴¹.

Cuando se manifiesta bajo la fórmula “autor es quien quiere el hecho como propio; cómplice el que lo quiere como ajeno”, se trata de un principio que, en realidad, carece de contenido⁴². La experiencia de la jurisprudencia de Alemania nos muestra que allí el juez no parte de esta fórmula, sino que decide intuitivamente quien es autor y quien es cómplice; y luego para fundamentar lo averiguado irracionalmente, afirma del que ha considerado autor, que ha querido el hecho como propio⁴³.

d.2. TEORÍA RESTRICTIVA DE AUTOR

Se ha desarrollado en las primeras fundamentaciones de este trabajo los conceptos unitarios y extensivos de autor, ambas encuentran su fundamento en la escuela *causalista*. Sin embargo, la causalidad es un dato que no permite realizar diferenciaciones entre los distintos aportes que se realizan al evento delictivo que es realizado por una pluralidad de sujetos, la *causalidad* que solo pone de manifiesto el carácter fenomenológico de las contribuciones, no resuelve el problema de la cualificación ni la cuantificación de las contribuciones, es por ello que el nuevo concepto que surgió para cubrir estos vacíos y deficiencias es el *concepto restrictivo de autor*, cuyo aporte es no identificar al autor como *aquel que brinda un aporte*

⁴¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, Jacobo. *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996, p. 23; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991, p. 321.

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, “Autor y...” Op. cit., p. 35.

⁴³ *Ibidem*.

causal para la configuración del acto lesivo, sino, que busca restringir el concepto de *autor y causalidad*, a una interpretación restrictiva de los tipos penales, postulando un sistema de imputación para aquel que desempeñe el rol configurador del tipo penal, es decir, quien moldeo su comportamiento acorde a las exigencias del tipo penal y realice su configuración concreta, en este caso, al aludir, como por ejemplo alude el art. 106° del Código Penal cuando se refiere a la muerte de otro, prescribe una acción típica que debe ser realizada para que se pueda realizar un juicio de imputación, es decir “*el que mate*”, este verbo rector, al ser configurado por el agente activo del delito restringe la autoría solo a aquel o aquellos que hayan realizado la acción típica prevista en el tipo penal del artículo 106°.

El punto en que se separa el autor y el partícipe, conforme a esta concepción, es de carácter objetivo, pues dependerá de la naturaleza de la contribución al hecho que hace cada quién, entonces se puede afirmar que la diferencia entre autor y partícipe es meramente objetiva, según la clase de aporte que preste al hecho⁴⁴

Por tanto, para estas teorías no todos los sujetos que concurren en la comisión de un delito responden como autores, sino sólo aquellos que cumplen con configurar los elementos exigidos por los tipos penales; para este concepto es autor solamente aquel que comete el hecho descrito en el tipo penal; por lo que “la sola contribución causal al resultado mediante acciones no típicas no podría fundamentar autoría alguna⁴⁵

La teoría restrictiva de autor tiene como finalidad delimitar la participación del autor de un hecho delictivo teniendo en cuenta como factor constituyente al tipo penal, es decir, la caracterización general consiste en que no todos los sujetos que confluyen en

⁴⁴ VILLA STEIN, “*Derecho penal...*” Op. cit., p 310.

⁴⁵ GARCÍA CAVERO, “*Derecho penal...*” Op. cit., p. 556

la ejecución de un delito responden como autores, sino serán autores los que con su conducta ejecutan la acción descrita en la ley penal, configurándose los elementos típicos⁴⁶.

En ese sentido, la teoría objetivo-formal del concepto restrictivo de autor, determina que autor es quien ejecuta con su comportamiento conforme a lo descrito por el tipo penal, realizándose mediante la subsunción, y no fija su ámbito configurador en la mera casualidad. De esto se deduce que las contribuciones auxiliares realizadas durante la ejecución del delito serán del partícipe⁴⁷; GIMBERNAT refiere que “su verdadera aportación es la de haber puesto de relieve que el que realiza uno de los elementos del tipo es siempre autor y nunca cómplice”⁴⁸; por otro lado, MITTERMAIER y BELING, señalan que la “única teoría de la participación metodológicamente adecuada es la llamada ‘objetivo-formal’, que toma como punto de partida los tipos legales y no cualquier tipo de apreciación apriorísticas sobre causalidad”⁴⁹.

Por lo tanto, la teoría objetivo-formal implica de manera fundamental a los factores externos del comportamiento, basándose en una configuración meramente objetiva de los tipos penales de la parte especial; Cabe señalar que no se toma en cuenta la parte subjetiva del tipo debido a que en la época del desarrollo de la mencionada teoría, los elementos subjetivos se consideraban en la culpabilidad y los elementos objetivos eran propios del injusto; sin embargo, con la postura de MEZGER con respecto a los *elementos subjetivos del tipo* se comienza considerar a éstos, en cuanto no era

⁴⁶ CORCINO, Fernando. Op. cit.

⁴⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, José. *Derecho penal - Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 773 y 734.

⁴⁸ GIMBERNAT ORDEIG, “Autor y...” Op. cit. p. 29.

⁴⁹ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO “La autoría...” Op. cit. p. 416.

necesariamente autor quien cumplía los requisitos exigidos en la ley penal sino además quien tenía el *animus de ejecución del hecho punible*”⁵⁰

La teoría objetivo-formal estableció un criterio que permitió diferenciar al autor del partícipe en un hecho delictivo, es así que el criterio es que la acción ejecutada encaje literalmente en las descripciones del tipo penal. En ese sentido, surgió el debate con respecto a si la teoría objetivo formal hacía referencia sólo a elementos objetivos, pero se estableció que solo tenían en cuenta la acción típica para la configuración del delito, pero al momento de la acción típica se consideraban otros elementos configuradores del tipo. En ese contexto, la autoría se limitaría o restringiría en principio por la conducta descrita en los tipos penales de la parte especial. Sin embargo, el carácter objetivo no es fiel a la terminología empleada, así lo ha señalado Claus ROXIN que “esta construcción lleva en realidad el nombre de teoría objetiva injustamente”, debido a que la teoría objetivo-formal para configurar el tipo penal consideraba el dolo del autor, pero aun así no era reconocido ya que en la época nadie

⁵⁰ BACIGALUPO, ENRIQUE. *Derecho penal. Parte general*. 2004, p. 463: “El desenvolvimiento de la teoría del delito terminó, en cierta forma, con la posibilidad de una concepción puramente objetiva de la autoría, dado que dio lugar en el tipo penal a los elementos subjetivos del tipo. en la medida, entonces, en la que la acción ejecutiva ya no era concebida de forma exclusivamente objetiva, los postulados de la teoría objetiva debieron relativizarse. consecuencia de ello es el punto de vista de lo expuesto por MEZGER, para quien, si bien la teoría formal-objetiva es básicamente correcta, “también la realización de los elementos subjetivos de la ilicitud fundamenta la autoría”. consecuentemente en relación con el delito de hurto afirma que es coautor (de ese delito) el que comienza a relajar la custodia del sujeto pasivo, cómplice el que proporciona al autor un medio para llevarlo a cabo; pero también puede ser autor el que tiene el propósito de aprobación. por lo tanto, una vez reconocido los elementos subjetivos de la tipicidad la teoría formal-objetiva ya no reflejaba una noción de autor formalmente objetiva”.

reconocía el dolo en el tipo penal. Aun así, señala ROXIN que “la teoría objetiva formal tiene en cuenta perfectamente las especiales actitudes internas, intenciones y tendencias del autor en los casos en el que el legislador ha dado relevancia a tales elementos en la configuración de los tipos; por todo ello, por comprender acciones totalmente vivas con sus relaciones sociales de sentido y no abstracción”.

Las consideraciones sobre el carácter objetivo no hacen referencia a criterios netamente externos que constituyen elementos objetivos, pues el autor será aquel cuya conducta pueda subsumirse en el tipo penal, que implica tanto a los elementos objetivos y elementos subjetivos. La cuestión del carácter “formal”, se corresponde con el significado de carácter “jurídico” estrictamente, entiéndase que la subsunción que se efectuada se realiza conforme al supuesto de hecho establecido en un tipo legal, es decir, la ley fija la formulación configurativa del tipo penal, sin embargo, dicha expresión no es la adecuada por un motivo principal: los tipos penales mantienen un contenido valorativo-material ya que no basta una referencia netamente objetiva del tipo penal⁵¹. En ese sentido, la teoría objetivo-formal es formal, pero en otra perspectiva, ya que se necesita de criterios materiales para diferenciar de autor y participe⁵² pero no se ponen de manifiesto qué criterios materiales son los contenidos en los tipos penales, renunciado a poner de relieve cuál es el elemento material, por ello la terminología “formal” no es muy adecuado. No obstante, las teorías objetivas-

⁵¹ BACIGALUPO, Enrique, 2004, p. 464: “la acción ejecutiva ya no era concebida de forma exclusivamente objetiva”.

⁵² LUZÓN PEÑA, adp 1989, 892, señala que en las teorías objetivas-formales (y, por otras razones, en las objetivas-materiales) hay algo de verdad:” la concepción de que sólo puede ser autor quien realice el tipo, si bien, con razón, indica que lo que no hace la teoría objetivo-formal es precisar el concepto de realización del tipo en los delitos de puro resultado”

materiales (por ejemplo: la teoría del dominio del hecho, entre otras teorías) si determinan explícitamente criterios materiales diferenciadores de la autoría.

La versión más conocida de la teoría objetivo-formal es la que afirma que para ser autor basta con la realización de alguna acción ejecutiva. Evidentemente tal concepción no se releja desde un principio en las Opiniones de los autores que defienden esta teoría, pues lo que normalmente se encuentra son referencias al tipo en sentido general. Ello es así porque, al hallar de la autoría, lo primero que se piensa es en la autoría del sujeto individual que realiza, concurriendo en él los restantes elementos del tipo de que se trate, todas las acciones de ejecución⁵³.

Aunque, como ya sabemos, el criterio de que la autoría es realización del tipo parece ser el punto de partida de toda teoría objetivo-formal, lo cierto es que la versión más extendida de la misma se conforma (o entiende por tal) la realización de cualquier acción ejecutiva.⁵⁴

d.2.1.LA TEORÍA OBJETIVO FORMAL

La teoría objetivo-formal ha sido, sin duda, una de las teorías con más peso histórico, tanto en Alemania como en España, contando en ambos países con defensores de la máxima categoría científica. Sólo la entrada, hace ya bastante tiempo en Alemania y más recientemente en España, de la teoría del dominio del hecho, hace que se

⁵³ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “*La Autoría...*” Op. cit. p. 446.

⁵⁴ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, “*La Autoría...*” Op. cit. p. 447.

abandone por completo (en el caso de Alemania) o que vaya perdiendo terreno (en el caso de España) la teoría objetivo-formal⁵⁵.

La teoría objetivo-formal se originó con los aportes de Beling y fue seguida por VON LISZT, DOHNA Y MEZGER; según esta concepción, autor es sólo el que ejecuta por sí mismo todas o algunas de las acciones descritas en los tipos de la Parte Especial. La teoría objetivo formal ha sido de máxima importancia para la evolución de la teoría de la autoría y de la participación, sin embargo, desde hace ya algún tiempo se ha visto desplazada en Alemania por la teoría del dominio del hecho⁵⁶; bajo esta teoría se considera autor a quien realiza estrictamente la acción penal “principal ejecutiva”⁵⁷ es decir quién realiza la conducta que puede subsumirse de manera directa en el tipo penal, por tanto es autor aquel que ejecuta la acción expresada por el verbo típico⁵⁸. En consecuencia, será partícipe aquel que conscientemente ayude al autor en la comisión del hecho, ya sea realizando acciones preparatorias o accesorias durante la ejecución del delito como sujetar a la víctima durante el ocasiona miento de su muerte o vigilar durante la sustracción en el hurto⁵⁹.

⁵⁵ DÍAZ Y GARCIA CONLLEDO, “*La Autoría...*” Op. cit., p. 411.

⁵⁶ BOLEA BARDON, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 51.

⁵⁷ GIMBERNAT ORDEIG, “*Autor y...*” Op. cit. p. 7

⁵⁸ BACIGALUPO, ENRIQUE. *Derecho Penal - Parte general*, Ara, Lima 2004. p. 463; al respecto VILLA STEIN, Javier. Op. cit. p. 311, refiere que el punto favorable de esta teoría radica en el respeto del principio de legalidad

⁵⁹ *Ibíd.*

e) LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

Consideramos teorías modernas a las surgidas a partir de la mitad del siglo XX específicamente en Alemania a partir del Profesor CLAUS ROXIN con su obra *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, esta obra cuyos lineamientos sustentan las bases del pensamiento del profesor ROXIN establece claramente cuáles son los presupuestos- *según la concepción de ROXIN*- que debe seguirse para la determinación y la calificación del autor y del partícipe.

El profesor Alemán CLAUS ROXIN es considerado uno de los penalistas más influyentes de los últimos tiempos, sus obras han traspasado las fronteras y continentes para ser traducidos en diferentes idiomas y ser estudiado en diferentes lenguas, sus construcciones dogmáticas que van desde la *imputación objetiva* con su moderna teoría de la acción que estableció y rompió con los esquemas de la teoría final de la acción, introduciendo así al Derecho Penal y a la teoría del tipo la concepción del “*principio de riesgo*” o su llamada “*teoría del dominio del hecho*” o finalmente su construcción más influyente que es “*la autoría mediata por dominio de la voluntad mediante apartados organizados de poder*” son las cosas que hacen del maestro de Múnich uno de los dogmáticos más importantes de todos los tiempos cuyas obras han pasado y seguirán haciendo historia cuya influencia se verifica porque estas obras han sido citadas y tomadas de marco referencial en gran parte de la jurisprudencia de nuestro país.

En la dogmática moderna, suele considerarse el máximo esquema de interpretación para la determinación a la denominada *teoría del dominio del hecho*, cuya construcción científica ha traído consigo una serie de Opositores como también adeptos; los cuales han asumido las posturas de los variados exponentes de esta tesis. El dominio del hecho que es doctrina dominante y vinculante en la actualidad parte de concepciones y teorías según las cuales la autoría y participación encontraría su

máxima solución- *por lo menos en los delitos comunes*- acogiénose a esta tesis, lo cual de entrada consideramos erróneo, y como expondremos más adelante, no consiste más que en un dato fenomenológico, apartándose plenamente del punto de vista valorativo normativo, puesto que los hechos delictivos no se deben enfocar desde posturas ontológicas, sino desde puntos de vista normativos. Así de entrada, ZAFFARONI nos menciona que: “en los últimos años se ha ido abriendo paso en la doctrina un criterio distintivo que se conoce como del “dominio del hecho” es autor el que tiene el dominio del hecho⁶⁰”.

El primer punto al que debemos hacer hincapié es que la expresión “dominio del hecho” se la debemos a HEGLER quien en 1915 en su monografía sobre “los elementos del delito”. La formulación acabada la da Lope en 1933 cuando menciona la importancia del “animus domini” comentando una jurisprudencia del tribunal alemán⁶¹, así lo enfatiza BOLEA BARDÓN cuando menciona que: “fue HEGLER quien utilizó por primera vez el término “dominio del hecho”, pero no para el terreno de la autoría, sino en el de la culpabilidad; siendo WELZEL en 1939 el primero en defenderla para distinguir entre autores y partícipes; y ROXIN ha sido quien esencialmente la ha impulsado⁶².”

Pero, el divulgador más importante del concepto lo fue Hans WELZEL⁶³, sin embargo, para WELZEL el “dominio final del hecho” no es necesariamente el único criterio de la autoría, sino que entiende que, en ocasiones, la autoría también depende de otros requisitos –objetivos y subjetivos-. De ahí que, en los tipos de la Parte Especial donde se prevean dichos requisitos, sólo si se verifican unos y otros, el autor tiene el

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio, “*Manual de...*” Op. cit., p. 723.

⁶¹ VILLA STEIN, “*Derecho penal...*” Op. cit., p. 372.

⁶² BOLEA BARDON, “*Autoría mediata...*” Op. cit., pp. 61-62.

⁶³ VILLA STEIN, “*Derecho penal...*” Op. cit., p. 372.

dominio del hecho en sentido más amplio. Es decir, no sólo un dominio del hecho final, sino también “social”. Así pues, WELZEL evoluciona del requisito del dominio del hecho final al del dominio social del hecho, esto es, al dominio del hecho en su desvalor ético-social completo, para lo que no sólo sería preciso el dominio final sobre el suceso, sino que, en su caso, el autor cumpliera con todos los elementos personales, es decir, objetivos y subjetivos. Estos rasgos elementales de la propuesta de WELZEL son los que, se mantienen a lo largo de su obra⁶⁴, pero el más importante e influyente sistematizador contemporáneo de la teoría del dominio del hecho es Claus ROXIN, quien en su obra “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, en siete ediciones⁶⁵.

Aun cuando no sea relevante concretar el precedente exacto del concepto actual de “dominio del hecho”, sí que resulta orientativo partir de que su formulación originaria se debe, sin duda, a WELZEL al plasmarla en su trabajo *Studien zum System des Strafrechts* (Estudios sobre el sistema del derecho penal) de Este origen remoto pone de manifiesto, en primer lugar, la inicial vinculación de la teoría del dominio del hecho con el concepto de autor derivado de la teoría de la acción finalista, lo cual, ciertamente, no ha impedido que sea sustentada desde otras posturas dogmáticas.

No es de extrañar, por tanto, que en Alemania la teoría del dominio del hecho hundiera sus raíces en la teoría subjetiva hasta entonces acogida en la jurisprudencia, si bien, también se ha podido decir que, por otra parte, surge como reacción a esta teoría y por contradicción al concepto causalista de autor⁶⁶. Por último, incluso se apunta, como motivo de su aparición, la necesidad de salir del paso ante el estancamiento provocado por las –hasta entonces–, dominantes teorías objetivo-

⁶⁴ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. cit., p. 55.

⁶⁵ VILLA STEIN, “*Derecho penal...*” Op. cit., p. 374.

⁶⁶ JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Op. cit., p. 52

formales, en temas como la autoría mediata, por su fijación en el impreciso criterio de la ejecución⁶⁷.

Para WELZEL, dentro de su concepción finalista de dominio del hecho, “señor del hecho será aquel que lo realiza en forma final, en razón a una decisión de su voluntad”⁶⁸. El dominio del hecho corresponde al que lleva a cabo con finalidad consciente su decisión de voluntad. El dominio del hecho corresponde aquí en común a todos: no a un individuo, ni tampoco a varios individuos en concreto, sino que todos juntos son titulares de la decisión, constituyendo la actividad de cada uno, junto con las de los demás, en virtud de la conexión de sentido dada por la decisión común de acción, un todo unitario. La esencia de la complicidad consiste en la ejecución de acciones de ayuda sin participar en la decisión ni en el dominio final del hecho. En los delitos dolosos es autor sólo aquel que, en virtud de la dirección con finalidad consciente del acontecimiento causal que va a desembocar en el resultado típico, es señor de la producción⁶⁹. Esta interpretación fue perfeccionada por ROXIN, para quien autor es «la figura central del suceso concreto de la acción»⁷⁰.

Por otra parte, en los delitos imprudentes, WELZEL niega la posibilidad de distinguir entre autoría y participación, puesto que cualquier causación evitable del resultado – cualquier acción descuidada que contribuya causalmente al resultado-, configura la

⁶⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, Op. cit. p. 30

⁶⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez, y Yáñez, 1976, p. 145; una de las principales consecuencias del dominio del hecho desde la concepción final, en materia de autoría, es su no aplicación para delitos imprudentes (TAVARES, Juárez, *Teorías del delito*, trad. de Nelson Pessoa, Hammurabi, 1983, p. 86).

⁶⁹ RODRÍGUEZ MEZA, Op. cit., p. 7

⁷⁰ ROXIN, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 569.

autoría. En consecuencia, respecto de estos delitos se hizo preciso adoptar otro concepto de autor⁷¹

La teoría del dominio del hecho encuentra su asiento en un concepto restrictivo de autor. Por tanto, esta concepción parte de una idea limitada de autor, y por ende, orientada hacia una teoría objetiva de participación⁷². Aunque es de destacar que el concepto restrictivo de autor también es adoptado por la teoría objetivo-formal, sin embargo, ya vimos los problemas de esta última teoría, por lo que aquí no es lugar para repetirla.

La teoría del dominio del hecho, entendido como criterio objetivo, permite distinguir entre autores y partícipes. Siendo doctrina dominante⁷³. Será autor quien tenga el dominio centro del acontecer típico. Ámbito de autoría como figura central que será compartido por las demás formas de autoría (autoría inmediata, autoría mediata y coautoría).

Es por ello por lo que se consideró a la teoría del dominio del hecho como una forma bastante adecuada de establecer la participación en el delito, y es ya el principal

⁷¹ *Ibíd.*

⁷² JESCHECK Y WEIGEND. *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, trad. de Olmedo Cardenete, Comares, 2002, p. 697.

⁷³ WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte general*, trad. de Conrado Finzi, Ediciones Depalma, 1980, p. 156; JESCHECK Y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. parte general*, pp. 701-702; MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, 2007, p. 432.

instrumento en el desarrollo de figuras como la del cómplice o la forma de participación⁷⁴

El aporte de ROXIN se comenzó a hacer más conocido y aplicado en la jurisprudencia, puesto que su concepción del *dominio del hecho* llevaba consigo la consideración de los aspectos subjetivos y objetivos en el carácter de la intervención delictiva, considerando autor al dominador del hecho que en su terminología es la figura central del acontecer típico, es decir al que tenía la decisión sobre el comienzo, la ejecución, la interrupción y la consumación de la acción delictiva, es decir, era el “eje central” de todo el acontecimiento típico, de esto, parte ROXIN para construir toda su teoría sobre la autoría y participación.

Es por ello, que la idea moderna del *dominio del hecho* es que el dominio del hecho lo tiene quien retiene en sus manos el curso, el “sí” y el “como” del hecho, pudiendo decidir preponderadamente a su respecto; dicho más brevemente, el que tiene el poder de decisión sobre la configuración central del hecho⁷⁵. Lo que se pretende conjugar con esta concepción es que la autoría y participación se dan desde ambos enfoques: *subjetivo y objetivo*, no se puede prescindir el uno del otro, van congeniando para su configuración, estos aspectos se rigen por la dirección que ostenta el realizador del hecho, sin embargo, no se debe confundir dirección con dolo, porque dolo hay también en la participación (el cómplice y el instigador actúan con dolo), sin tener el dominio del hecho⁷⁶.

⁷⁴ RODRÍGUEZ MEZA, Jaime de Jesús. *Estudio sobre la teoría del dominio del hecho en el código penal guatemalteco*, Guatemala, 2007.

⁷⁵ ZAFFARONI, “Manual de...” Op. cit., p. 723.

⁷⁶ ZAFFARONI, “Manual de...” Op. cit., p. 724

Para el profesor ROXIN, el dominio del hecho en la temática de la autoría y participación, comprende tres supuestos que importan tres soluciones teóricas a su turno: 1) Dominio de la acción, para la autoría directa o de propia mano; 2) Dominio de la voluntad y del conocimiento, para el supuesto de la autoría remota o mediata, que incluye perpetrada con maquinaria de poder organizada; y 3) dominio funcional, para explicar la coautoría⁷⁷.

El gran adelanto metodológico que logra ROXIN para la teoría del dominio del hecho, más allá de la mezcla de criterios ontológicos y teleológicos, es que aquel no funciona como criterio determinación en el caso concreto, sino como un concepto general de autor⁷⁸, en tal sentido el dominio del hecho abarca a la autoría directa o inmediata, a la autoría mediata y, por ende, también a la coautoría. Así, para que un autor sea considerado como señor del hecho tiene que actuar como figura central en la configuración del evento delictivo.

En este sentido, ROXIN señala que debe tomarse en cuenta como punto de partida la teoría formal - objetiva, por considerar que también para la teoría del dominio del hecho es autor el sujeto de la descripción del delito de la parte especial, pero insistir en que la realización del tipo no ha de ser necesariamente de propia mano, sino que puede también darse por medio de la utilización de un “instrumento” humano que actúa sin dolo o forzado (autoría mediata) o también del trabajo conjunto de varias personas (coautoría)⁷⁹.

⁷⁷ VILLA STEIN, “*Derecho penal...*” Op. cit., p. 374.

⁷⁸ ROXIN, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 130.

⁷⁹ LÓPEZ, Hernán. *La autoría como dominio y la autoría como infracción de deber: perspectivas. Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, ad-hoc, Lima, 2011, p. 108

El dominio del hecho en la autoría directa se manifiesta en aquel que realiza de propia mano todos los elementos del tipo penal⁸⁰. La teoría del dominio del hecho no es puramente objetiva, sino también subjetiva, por tanto, objetiva-subjetiva. Aquello lo ha destacado claramente ROXIN cuando sostiene que “naturalmente este caso sencillo enseña que aquí no se trata de un concepto de dominio del hecho puramente objetivo, pues al hablar de la realización de propia mano de todos los elementos típicos nos estamos imaginando un comportamiento dirigido finalmente”⁸¹. Entonces, la teoría del dominio final de la acción de la escuela de WELZEL se encuentra muy allegada a la primera manifestación de dominio del hecho que trae consigo la construcción ROXINIANA la cual es el dominio de la acción que fundamenta la autoría directa.

En el campo de la autoría mediata (como veremos más adelante) el dominio del hecho se hace presente como dominio de la voluntad⁸². Es el hombre de atrás, quién mediante el dominio de la voluntad del hombre ejecutor del delito, que actúa bajo la influencia del error o coacción, realiza la conducta delictiva.

En la coautoría el criterio orientador se muestra a través del dominio funcional del hecho⁸³, se deduce de esta concepción que en la coautoría existen, según la terminología de ROXIN varias “figuras centrales” en el evento criminal, por tanto, en una pluralidad de sujetos nadie domina el hecho particularmente, sino que ejercen un dominio global del hecho, que esta compartido y de los cuales los sujetos no pueden prescindir.

⁸⁰ ROXIN, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 151.

⁸¹ ROXIN, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 154.

⁸² ROXIN, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 165.

⁸³ ROXIN, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 308.

En la doctrina actual cabe resaltar que la posición del dominio del hecho se ha hecho dominante en la jurisprudencia nacional, así PEÑA CABRERA⁸⁴, comentando el Código Penal de 1924, artículo 100 hacía mención de varios intervinientes en el delito: autor directo, autor mediato, coautor, instigador, cómplice. Bajo esta interpretación, refiriéndose ahora al actual Código penal de 1991, resalta la presencia de distintas formas de autoría y participación (artículos 23, 24 y 25)⁸⁵.

En tal sentido, del código penal peruano adopta el sistema diferenciador entre autoría y participación⁸⁶, de manera similar a la regulación en el derecho penal español. El artículo 23 regula, en sentido similar al sistema penal español, las clases de autoría: autoría inmediata, coautoría y autoría mediata. El artículo 24 regula a la figura de la instigación, y el artículo 25 la figura de la complicidad primaria y secundaria.

La doctrina mayoritaria adopta la figura del dominio del hecho como característica general que permite establecer la distinción entre autor (autoría directa, autoría mediata y coautoría) y partícipes (instigación, complicidad primaria y secundaria). De esa forma se señala que “autor es el que tiene el dominio del hecho, es decir, aquel sujeto que tiene un poder de conducción de todos los acontecimientos de forma tal que le es posible encauzarlo hacia el objetivo determinado”⁸⁷.

⁸⁴ PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho penal peruano. parte general*, Lima, 1977, pp. 274-282.

⁸⁵ PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal. estudio programático de la parte general*, 3° ed., corregida y aumentada, Grijley, Lima, 1997, p. 336 y ss.; también HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. parte general i*, 3° ed., Grijley, Lima, 2005, p. 849 y ss.

⁸⁶ VILLA STEIN, Javier. *Derecho penal – parte general*, Ara, Lima, 2014, p. 376.

⁸⁷ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal - Parte general*, Grijley, Lima, 2006, p. 469.

e.1. EL DOMINIO DE LA ACCIÓN DIRECTA (AUTORÍA DIRECTA)

Un hecho delictivo, habrá de ser analizado como ya es doctrina dominante, en los casos normales- *esto es fuera de los delitos de infracción de deber*- bajo los presupuestos del dominio del hecho. En los delitos de autoría directa no se destaca polémica ya que el dominio del hecho siempre es ejercido por una persona “X” mata a “Y” no cabría cuestionar si “X” tuvo el dominio del hecho en la muerte de “Y” ya que la intervención es por una sola persona, sin embargo, la intervención de propia mano conllevaría a asumir solo una postura objetiva-formal, la cual como ya expusimos considera *autor* a quien haya realizado con su conducta una configuración del tipo penal, sin embargo, no podría solucionar el tema de quien contribuye a un delito sin intervenir en él, o quien realiza el hecho a través de otro, para esto, el enfoque actual de fundamentación de la *autoría* tiene su base en la teoría del dominio del hecho.

Se parte de la premisa que la autoría no solo se asume en una persona, puede haber un hecho conjunto entre varios interviene, o también a través de otro como lo exige el artículo 23° del Código Penal Peruano, así como señala ROXIN que: “en primer lugar es autor quien- sea solo, sea con intervención de varios o realiza el tipo global mediante propia actividad corporal (es decir, por regla general, de propia mano). No se puede dominar un hecho mejor un hecho que cuando lo ejecuta uno mismo. En la autoría inmediata el dominio le viene dado al ejecutor por la realización de la acción que se corresponde con el tipo (dominio de la acción). Se trata en este caso del tipo de autoría más obvio, porque esta forma de dominio se corresponde del modo más claro posible con el entendimiento de la autoría como realización del tipo⁸⁸.”

⁸⁸ ROXIN, “*Derecho penal...*” Op. cit., pp. 80- 81.

La mayoría de los delitos de la parte especial son asumidos como delitos de dominio, puesto que la fundamentación de la autoría se da en cualquier ámbito sobre la base que el dominio la ejerce cualquier sujeto, es decir cualquier persona es agente de un delito de dominio, base de esto son los propios tipos penales que aluden la responsabilidad penal al sujeto común, así cuando el artículo 121° del Código Penal de 1991 expresa que “ El que causa a otro daño grave en el cuerpo o en la salud” está haciendo alusión a una acción típica que puede ser realizada por cualquier persona, puesto que no exige una cualidad especial y tampoco una vinculación especial de deber con el bien jurídico, la cual puede ser infringida, como si alude por ejemplo el artículo 107° sobre la acción de matar a ascendientes, descendientes, que ya le vincula especialmente al agente activo con el bien jurídico y por tanto no puede defraudar su deber, y aunque no ostente el dominio del hecho, siempre será autor del delito, por su calidad especial que parte de las propias exigencias del tipo penal.

No cabe duda de que hay dominio del hecho cuando un sujeto realiza personalmente la totalidad de la conducta descrita en tipo⁸⁹. En caso en que un sujeto llene objetiva y subjetivamente los requerimientos de la conducta en forma personal y directa no ofrece ninguna duda acerca de que tiene en sus manos el curso del devenir central del hecho⁹⁰.

El problema central para la aplicación de la formula dominio del hecho se da en dos casos concretos: cuando en el hecho delictivo intervienen varias personas o se realiza un hecho delictivo valiéndose de otra persona que actúa como *instrumento*, lo que se ha denominado autoría mediata, porque se contrapone a la autoría mediata que siempre es realización personal del hecho típico.

⁸⁹ ZAFFARONI, “*Manual de...*” Op. cit., p. 724

⁹⁰ *Ibíd.*

Por tanto, siguiendo el esquema del dominio del hecho se debe aplicar el siguiente razonamiento, en síntesis:

Es autor directo	El que por sí mismo realiza los elementos objetivos (externos) y subjetivos (internos) del tipo penal (dominio de la acción directa).	
Es autor mediato	El que se vale de un tercero que actúa instrumentalizado para la comisión de un ilícito penal (dominio de la voluntad).	No existe dolo del agente directo
		El agente actúa en una situación de atipicidad
		El agente actúa bajo causas de justificación
Es coautor	El que con varios intervinientes deciden, dividen y prestan aportes para la comisión de un hecho delictivo (dominio funcional).	

e.2. EL DOMINIO FUNCIONAL DEL HECHO (COAUTORÍA)

Son diversas las formas en las que el comportamiento humano se puede estructurar a fin de configurar una autoría criminal. Ésta no termina con la realización directa y de propia mano de los hechos descritos en los tipos penales de la Parte Especial del Código Penal (*autoría inmediata por dominio de la acción*) ni tampoco con la ejecución de éstos por intermedio de una persona que lleva adelante la voluntad del “hombre de atrás” al haber sido reducida por éste a la categoría de instrumento (*autoría mediata por dominio de la voluntad*). La fenomenología de la codelincuencia nos muestra que el quebrantamiento de las normas penales puede realizarse también a través de la actuación conjunta de varias personas (*coautoría como dominio del hecho funcional*)⁹¹.

Una de las características que se observa en estas situaciones delictivas es la división de trabajo⁹². En base al principio de división de trabajo acordada, las piezas parciales se disuelven en una prestación colectiva unitaria, de forma que cada individuo obtiene una parte del dominio sobre el hecho global a través de su propia contribución al mismo⁹³.

Se considera a los coautores como autores en virtud de que cometen el hecho típico entre todos. Ninguno realiza por sí solo completamente el hecho, y a ninguno se le puede considerar partícipe, sino que la comisión del delito es repartida entre todos. En la coautoría rige el principio de imputación recíproca de las distintas

⁹¹ ROSALES ARTICA, David Emanuel. *La coautoría en el derecho penal ¿es el cómplice primario un coautor?*, Lima, 2012, p. 10

⁹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Autoría y...” Op. cit. p. 63.

⁹³ PEREZ ALONSO, Esteban. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, granada, 1998, p. 210.

contribuciones. Se trata de un principio extensivo de la imputación, el cual señala que todo lo que haga cada uno de los coautores, es imputable extensiblemente a todos los demás⁹⁴. Este principio se fundamenta en la división del trabajo, para justificar la responsabilidad de todo el delito tanto el de los coautores, como el de los partícipes. El coautor responde como autor por todo el delito, al igual que el cómplice responde como cómplice por todo el delito. De esta forma se considera a cada autor como autor de la totalidad. En otras palabras, este principio de la división del trabajo lo que hace es justificar porqué se es coautor del delito total⁹⁵.

Así según ROXIN⁹⁶ el núcleo del dominio funcional del hecho radica en que el coautor debe responder en medida suficiente al esquema orientador de toda clase de autoría, según el cual es autor quien constituye la figura central del acontecimiento cuyo núcleo es una acción. Para que dos o más sujetos se conviertan en figuras centrales del hecho se requiere, en primer término, que sólo puedan actuar conjuntamente en la etapa de ejecución del delito, por lo que coautor será aquél cuyo aporte en el estadio de la ejecución del hecho aparece como indispensable para la realización del resultado perseguido, con lo que no es necesario que el coautor se halle presente en el lugar del hecho y, al mismo tiempo, no todo aquél que está presente en el lugar del hecho es por ello coautor: a su aporte debe corresponder de tal manera una función autónoma en el marco del plan; y en segundo término, se requiere la coautoría una resolución común orientada a la ejecución, adoptada por todos los coautores, lo que

⁹⁴ GRUNDRIS, citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en Op. cit. p. 58; asimismo refiere que BINDING decía "lo que cada uno hace, dentro de lo convenido, lo hace por todos y todos lo hacen a través suyo".

⁹⁵ CORCINO, Op. cit.

⁹⁶ ROXIN; citado por VAN WEEZEL, Alex, *coautoría en delitos de organización*; Op. cit. pp. 279 - 280

motiva que quien desconoce el carácter conjunto de la intervención queda excluido de la imputación a título de coautor, ello de acuerdo a lo sustentado por esta teoría. A decir de ROXIN⁹⁷ el aporte en la fase de ejecución es uno de los pilares sobre los que se asienta la coautoría de modo que por más importante que sea una contribución durante los actos preparatorios, no se tiene dominio del hecho, porque “llega un momento en que se tiene que dejar en manos de otra persona la realización del delito”. Por consiguiente, solo se puede tener el co-dominio del hecho cuando se actúa en la fase ejecutiva. Toda contribución durante los actos preparatorios, que no sea actualizada durante la ejecución, constituye complicidad.

Por lo que, a la luz del dominio del hecho, para que cada uno sea responsable por igual, se requiere que exista una determinación conjunta o acuerdo previo entre los intervinientes en el hecho, de tal manera que dicho acuerdo convierte a las distintas contribuciones en partes de un plan global unitario. Como elemento esencial de la coautoría se requiere además el elemento del condominio del hecho. Se trata pues de un dominio "funcional" del hecho en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde de acuerdo con la división del trabajo realizada. El condominio del hecho es consecuencia de la decisión conjunta a la realización del hecho, de tal manera que el trabajo se vincula funcionalmente con los distintos aportes al hecho mismo. Ejemplo, uno sujeta a la víctima mientras otro le sustrae sus bienes. Las contribuciones, aunque diferentes son tareas acordadas en una decisión conjunta. Sin embargo, refiere VAN WEELZEL⁹⁸ que, si el fundamento de la responsabilidad en la coautoría descansa de todos modos el dominio sobre la acción típica, no se puede desconocer que sólo quién la ejecuta

⁹⁷ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo/ PERDOMO TORRES, Jorge Fernando; Op. cit. p. 77.

⁹⁸ VAN WEEZEL, “Coautoría en...” Op. cit. p. 290.

posee el dominio sobre dicha acción (al igual que quien no ejecuta posee al menos el dominio sobre su aporte) y que ninguna dependencia recíproca es capaz de suprimir este dominio exclusivo del que actúa. Pero también es cierto que quien no realiza la acción típica puede tener en sus manos el éxito del hecho total, en la medida en que, si no realiza su prestación, puede impedir el hecho. Lo que no significa que a su vez detente el dominio sobre las acciones de los demás intervinientes⁹⁹.

Así bajo esta perspectiva la coautoría exige la presencia de los siguientes requisitos:

- Determinación conjunta o acuerdo previo,
- Aporte objetivo de cada interviniente y
- Dominio funcional (co-dominio) del hecho.

KINDHÄUSER¹⁰⁰ señala que mientras el autor directo en cierta medida tiene un total dominio del hecho, los coautores sólo ejercitan un dominio funcional del hecho. El dominio funcional representa un proceder bajo condiciones de división del trabajo, en el marco del cual los coautores ejercitan una medida esencialmente equivalente de dominio del hecho. Un *plus* de dominio de decisión puede compensar un *minus* de dominio de configuración, y viceversa.

A decir de ROXIN¹⁰¹ lo realmente específico en la coautoría consiste en que cada uno de los partícipes individualmente en su cooperación con los otros domina el suceso en

⁹⁹ Ibídem.

¹⁰⁰ KINDHÄUSER, Urs. *infracción de deber y autoría – una crítica a la teoría del dominio del hecho*.

¹⁰¹ ROXIN, “Autoría y...” Op. cit. p. 304.

su conjunto lo que significa que el coautor no tiene ya, únicamente el dominio del hecho en su conjunto pero tampoco ejecuta solamente un dominio parcial del hecho, sino que el dominio total del hecho se encuentra en manos de varias personas, de tal manera que solo pueden actuar conjuntamente porque sólo de esta manera funciona el plan; lo que implica, que el elemento que en mayor medida parece otorgar entidad propia a la coautoría, el que parece caracterizarla más claramente, es la existencia de un acuerdo de voluntades entre los coautores¹⁰².

e.2.1. DECISIÓN CONJUNTA

La coautoría tiene como primer presupuesto de configuración la existencia de un elemento subjetivo, que tradicionalmente la dogmática llama *decisión conjunta* o *acuerdo común*, este es el primer elemento exigido para que ante una pluralidad de intervinientes en un hecho delictivo estos puedan ser considerados coautores de este. Sobre este punto se da un realce especial en la obra del Profesor ZAFFARONI, al mencionar que “No es suficiente una decisión unilateral de querer cometer un delito, porque aquella requiere la intervención de otras personas. Este primer requisito es el que otorga sentido a la ejecución del delito y, a su vez, delimita la tipicidad¹⁰³. La unilateralidad a la que se refiere el profesor Argentino, es aquella que puede surgir de un solo planificador y varios ejecutores con lo cual no habría la posibilidad de considerar un elemento subjetivo, puesto que el factor decisorio para la comisión radica en uno solo de los intervinientes- *la decisión podía ser de dos o tres*- pero si en la participación uno de los intervinientes no ha participado en la etapa de decisión queda excluida su coautoría, por tanto, un acuerdo común hace que exista vinculación y decisión planificada de todos los intervinientes.

¹⁰² RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, Op. cit. p. 230.

¹⁰³ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR. *Derecho penal - Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 785.

Este requisito esencial de coautoría delimita cual es la intervención concreta de cada sujeto en el delito, de ello puede deducirse que se da en varios contextos, los cuales son aludidos por JESCHECK al decir que “Es necesario indicar que el momento en que debe ser prestado este aporte subjetivo (acuerdo común) es interpretado de manera amplia, por tanto, podrá darse antes de la comisión del delito, durante, y hasta después (en aquellos delitos donde todavía no se encuentren consumados)”¹⁰⁴. Aunque, la regla puede variar de acuerdo con el contexto, ya ROXIN advierte sobre este caso al decir que, no es necesario que el plan del hecho se elabore y decida en común. Si A se presenta ante B con un plan acabado y una resolución firme y este “se enmarca (o se sube)” en el proyecto, la producción de un plan ahora común del hecho radica en el acuerdo (o adhesión). Basta también que el acuerdo se produzca sólo durante o después del comienzo del hecho y que se realice tácitamente¹⁰⁵.

Por ello, según esta concepción y como acota ROXIN “no puede existir coautoría cuando las personas que colaboran en un mismo fin no saben nada unas de otras”¹⁰⁶. Así, es necesario que exista una decisión conjunta de realizar el hecho delictivo. Precisamente este común acuerdo será lo que engarce unas aportaciones a otras y les dé un sentido de división de funciones dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo. Ejemplo: A apunta con la pistola mientras B toma el dinero de la caja. El común acuerdo, tácito o expreso, puede haberse concretado «antes» de la ejecución o «durante» la ejecución (que se denomina «coautoría sucesiva»). Si la ejecución ha sido iniciada, el coautor que se presente únicamente deberá responder en base a lo que se realice a continuación, pero no se le puede imputar retroactivamente lo sucedido antes de su entrada en «escena». Cuando falta

¹⁰⁴ JESCHECK, Op. cit. p. 618.

¹⁰⁵ ROXIN, “*Derecho penal...*” Op. cit., p. 148.

¹⁰⁶ ROXIN, “*Derecho penal...*” Op. cit., p. 147.

el común acuerdo y entre varias personas realizan el tipo, nos hallamos ante la llamada autoría accesoria y no ante coautoría¹⁰⁷.

e.2.2. LA PARTICIPACIÓN EN LA ETAPA DE EJECUCIÓN

El aspecto subjetivo radica en la decisión común que tienen los intervinientes al momento de la planificación o si no fuese así quedaría la adhesión al hecho criminal, sin embargo, este aspecto de subjetividad tiene una conexión configurativa con un aspecto objetivo, el cual en esencia ha sido definido como “*la división de trabajo*”, esta división de trabajo otorga la diferenciación entre los aportes de cada individuo, sin embargo, cuando los intervinientes realizan la parte que se la encargado no domina el hecho por sí solo, sino que esa contribución hace que domine la totalidad del hecho, por tanto, todos tienen el dominio completo del hecho y no solo el dominio de su parte que podría traducirse solo en muchos casos como una complicidad de ser el caso que este aporte sea de un quantum menos importante y que aun sin su prestación se consumase el hecho.

En suma, en la coautoría es preciso que exista un co-dominio del hecho, esto es, que todos y cada uno de los intervinientes dominen el hecho. Como señala ROXIN «el que coactúa ha codecidido hasta el último momento sobre la realización del tipo», pues, «cuando alguien aporta al hecho una colaboración necesaria, tiene por este medio en sus manos la realización del tipo». El dominio del hecho no se presenta únicamente en los casos en los que el sujeto por sí mismo realiza el tipo, sino que también existe, aunque cada persona que interviene no realice por sí sólo y enteramente el tipo, pues, es posible derivar un dominio del hecho, en razón a cada aportación al hecho, basada

¹⁰⁷ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “*Autoría y...*” Op. cit. p.64

en la división del trabajo o de funciones entre los intervinientes. De ahí que se hable del “dominio funcional del hecho”¹⁰⁸.

Otra cuestión que se debe tener en cuenta es la del *momento en el que se produce la aportación* del interviniente: el coautor tiene que realizar su aportación en fase ejecutiva. En otras palabras, su contribución tiene que ser actualizada al momento de la realización del tipo. La razón es clara, sólo así puede decirse que el sujeto tiene el dominio del hecho. Esto conduce a que la misma contribución pueda tener un significado distinto para el derecho en virtud del momento en que se produzca¹⁰⁹.

Por tanto, en la coautoría los aspectos a saber: uno subjetivo y otro objetivo, de modo tal que el aspecto subjetivo en el dominio funcional debe de ser entendido como la sumatoria de voluntades (acuerdo común, acuerdo previo, plan común, etc.) y, el aspecto objetivo, entendido como la sumatoria de contribuciones (aportes) efectuado por cada uno de los intervinientes para la ejecución final de la realización del tipo. Lo que nos lleva a afirmar que, en el dominio funcional, resulta casi imposible hacer una separación del aspecto objetivo con el subjetivo, pues ambos aspectos van siempre de la mano, de modo tal que la coautoría solo será posible a partir de una ejecución conjunta a través de aportes individuales acordados previamente, es decir solo a través de una decisión conjunta se ejecutaría finalmente la realización del tipo; basta con revisar la siguiente ejecutoria, para comprobar lo afirmado¹¹⁰

¹⁰⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Autoría y...” Op. cit., p. 65.

¹⁰⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Autoría y...” Op. cit., p. 66.

¹¹⁰ CORCINO, Op. cit., p. 134

Lo esbozado anteriormente, es lo que ya mayoritariamente se conoce como el dominio funcional del hecho aplicable a la coautoría, así lo resalta el Profesor BRAMONT ARIAS TORRES¹¹¹ para aplicar el concepto del dominio funcional del hecho se debe tener en cuenta los siguientes criterios:

- El transcurso y resultado del hecho dependen decisivamente de su voluntad; el agente tiene una relación interna con el hecho el cual se manifiesta en el “dominio conjunto del curso del acontecer”.
- La capacidad de hacer continuar y de impedir el hecho; Se plantea que cada agente tiene un papel necesario dentro de la comisión del delito de manera que, si éste desiste, puede hacer que fracase el plan.
- Voluntad del dominio del hecho y sentimiento de autoría; el autor es consciente de los hechos que fundamentan su dominio sobre el suceso, es decirse se da un conocimiento fundamentado del dominio, el agente debe sentirse como amo y señor del hecho.

De lo esbozado previamente, se desprende que la fundamentación de la coautoría a través de un dominio funcional del hecho requiere necesariamente la presencia de tres elementos:

- a. Plan común, acuerdo común, acuerdo previo o determinación conjunta.
- b. Contribución o aporte de cada interviniente [criterio objetivo, pero sobre la base del primer elemento (plan común puesto que es un aporte acordado).

¹¹¹ BRAMONT-ARIAS TORRES, “*Manual de...*” Op. cit., p. 403.

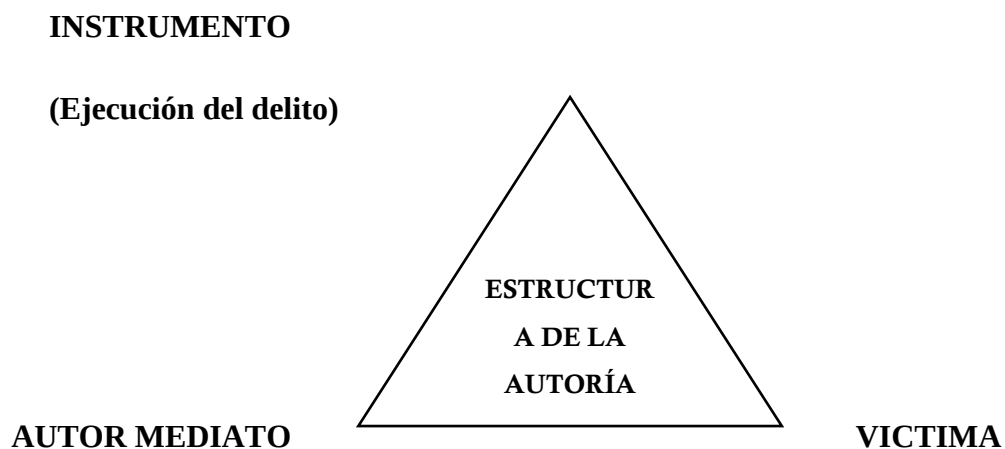
- c. Actuar en la fase de ejecución (el aporte debe realizarse en esta fase).

Esta concepción de coautoría es asumida por la jurisprudencia peruana en reiteradas sentencias, y así se alude lo siguiente:

e.3. EL DOMINIO DE LA VOLUNTAD (AUTORÍA MEDIATA)

El concepto de autor se consagra con la del *autor mediato*, que junto con la autoría directa y la coautoría construyen el contenido de la autoría; por ello el concepto de *autor* se concretiza ampliamente por la de la *autoría mediata*, cuya fundamentación es la atribución de responsabilidad de quien valiéndose de un tercero para la comisión de un delito que él desea como propio realiza la acción típica, es decir, no realiza materialmente el hecho delictivo, sino que instrumentaliza a un tercero utilizando su acción para llegar a su cometido, sin embargo, este tercero siempre conlleva un déficit de responsabilidad por lo cual su conducta que si bien expresa un dominio material del hecho como aspecto objetivo, carece del elemento subjetivo, puesto que en todo momento desconocía la ilicitud de su conducta, por tanto, para el derecho penal actuó justificadamente. Es por ello, que la comisión del delito del tercero se le otorga al que instrumentaliza como autor mediato, es decir al sujeto de detrás.

Para ello se debe configurar siempre el siguiente esquema:



En temas de intervención delictiva la autoría mediata puede ser considerada como el criterio más debatido, y esto porque a diferencia de las demás figuras de autoría no exige una ejecución directa del delito sino a través de otro. De ahí que, por ejemplo, para la teoría objetivo-formal la autoría mediata termina siendo una autoría ficticia, por lo que se buscaba introducirla en la inducción¹¹². Debe destacarse que la autoría mediata es una forma de autoría, junto a la autoría directa y coautoría, por lo que comparten el criterio de figura central sobre el delito para responder penalmente como tal¹¹³.

La autoría mediata, como forma de autoría, se caracteriza según los presupuestos del dominio del hecho como el dominio de la voluntad de quien realiza el hecho, ostentando el dominio de la acción del instrumento sin la necesidad de ejecutar materialmente ninguno de los elementos constitutivos del tipo penal, así lo alude el Profesor CORCINO al mencionar que “Desde un distinto punto de orientación el dominio del hecho entiende a la autoría mediata como figura extraña a la inducción y, por tanto, como una forma más de autoría. En esa orientación el dominio del hecho es entendido como dominio de la voluntad, como fundamento. Este dominio de la voluntad se dirige al ejecutor del delito. Entonces, autor mediato será aquel autor que domina la voluntad del ejecutor directo que de mano propia comete el hecho delictivo”¹¹⁴.

¹¹² ROXIN, “Autoría...” Op. cit., p. 165.

¹¹³ CORCINO, Op. cit., p. 175.

¹¹⁴ CORCINO, Op. cit., p. 176.

Existirá dominio de la voluntad en los casos en que la decisión determinante y última sobre lo que debe ocurrir reside en el sujeto de detrás¹¹⁵, es decir, el autor mediató. Además, debe quedar en claro, y como bien sostiene Roxin, que “el concepto de dominio de la voluntad no ha de entenderse en primer lugar psicológicamente, sino interpretarse sobre la base de las experiencias existentes acerca de la capacidad de resistencia humana contra la violencia y la intimidación, de manera que satisfaga la figura rectora de la ley”¹¹⁶.

Este dominio de la voluntad puede darse a través de varios supuestos, por ejemplo, cuando el autor mediató u hombre de atrás se aprovecha del error del ejecutor o autor directo para que éste último cometa el delito. También están los supuestos de coacción, mediante la utilización de inimputables, entre otros.¹¹⁷

Otra característica de la autoría mediató, que lo diferencia de otras figuras afines es que el ejecutor del delito, quien actúa como autor al ejecutar de propia mano el hecho delictivo, nunca responde penalmente, y esta decisión se fundamenta en la circunstancia que el dicho autor directo actúa bajo error o coacción.¹¹⁸

Una última característica es que el instrumento o ejecutor del delito siempre tiene que ser una persona humana. Se instrumentaliza la voluntad humana y no un objeto. En casos que se instrumentaliza un objeto, como por ejemplo un perro, estaremos ante supuestos de autoría directa.¹¹⁹

¹¹⁵ ROXIN, “Autoría...” Op. cit., p. 168.

¹¹⁶ ROXIN, “Autoría...” Op. cit. p. 170.

¹¹⁷ CORCINO, Op. cit., p. 176.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ *Ibidem*.

La instrumentalización del sujeto inmediato que actúa en condiciones delictivas que establece el *hombre de atrás* se da, según la doctrina dominante, en dos supuestos ya aceptados por la jurisprudencia y que todos asumen como los dos supuestos asumidos sobre la autoría mediata, es así como puede dominarse el hecho a través de otro cuando el sujeto de adelante actué instrumentalizado mediante error y coacción.

e.3.1. DOMINO DE LA VOLUNTAD POR COACCIÓN

Uno de los supuestos de autoría mediata que la doctrina califica como «indiscutible» viene constituido por el ejercicio de la coacción sobre el sujeto de delante. Sin embargo, la utilización de la violencia para conminar a otro a que ejecute un delito no es algo privativo de la autoría mediata. La doctrina ha venido admitiendo que el empleo de medios violentos para la determinación dolosa de otro a cometer un delito puede constituir también la base de una inducción, lo cual no es extraño porque tanto la inducción como la autoría mediata en su desarrollo histórico presentan un tronco común en la «autoría intelectual». Sin embargo, para algunos autores, la delimitación entre autoría mediata e inducción, en general o cuando se coacciona a realizar un hecho punible, se considera innecesaria, carente de toda significación práctica, pues tanto a uno como a otro caso corresponde la misma penalidad¹²⁰.

Precisamente por esto, la discrepancia no estriba en otra cosa que en encontrar un criterio que determine cuándo supone autoría —mediata o inmediata— el ejercicio de la coacción sobre una persona, respecto al delito cometido por ésta, y cuándo participación, pues, aunque en principio la penalidad no varíe, estar ante un hecho de autoría o ante uno de participación sí podría provocar consecuencias jurídicas

¹²⁰ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José. *La autoría mediata en derecho penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 138-139

distintas. Es cierto, respecto de la autoría mediata, que el grado de violencia no puede verificarse en una ausencia total de acción en el instrumento —fuerza irresistible—, o que elimine un marco de libertad en el que pueda sustanciarse la resolución delictiva —más o menos libre— del inducido, dejando intactas las posibilidades tanto de una autoría mediata como de una inducción. Y esta delimitación me parece conveniente y necesaria¹²¹.

Es preciso por ello tener en cuenta las circunstancias en que se ejerce la coacción; por ejemplo, si se crea una situación de necesidad para el instrumento o, ya dada, se aprovecha de ella el sujeto de atrás para obligarle a lesionar un bien jurídico. Dependiendo de la existencia o no de dominio del hecho, puede darse la autoría tanto para el sujeto de atrás como para el de delante (actuación al menos típica de éste), inducción para el sujeto de atrás y autoría para el sujeto de delante (no hay situación de justificación o de disculpa), autoría para el sujeto de atrás e intervención impune del sujeto de delante (coacción a la autolesión). Sobre todas estas situaciones profundizaremos más abajo, quedándonos por el momento con la cuestión de cómo puede fundamentarse el dominio del hecho en un sujeto que ejerce coacción sobre otro si éste, en virtud de ella, comete un delito¹²².

La imagen normativa de la instrumentalización no se corresponde únicamente con los supuestos en que el derecho libera de responsabilidad a quien actúa delante, sino también cuando actúa culpablemente con responsabilidad atenuada. Por tanto, la falta de libertad en el dominio a través de la coacción se corresponde con que la instrumentalización fáctica alcance un reconocimiento en la plasmación de un déficit

¹²¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, “*La Autoría...*” Op. cit., p. 139.

¹²² HERNÁNDEZ PLASENCIA, “*La Autoría...*” Op. cit., p. 141.

de libertad reconocido por el derecho, porque éste reconoce también una responsabilidad atenuada¹²³.

e.3.2. DOMINIO DE LA VOLUNTAD POR ERROR

Esta forma de autoría mediata es considerada por la doctrina penal mayoritaria como la segunda versión de esta figura jurídico-penal. A juicio de Roxin¹²⁴ aquel se da en varios supuestos: a) cuando el ejecutor del delito actúa sin dolo, b) cuando el ejecutor actúa en error de prohibición, error sobre las causas de exculpación, entre otros.

En estos casos el instrumento desconoce las circunstancias objetivas entre las que se desenvuelve su actividad, o bien el sentido o la trascendencia jurídica de su actuación, factores ambos que permiten al sujeto de atrás utilizarle para lesionar un bien jurídico¹²⁵. Aquí el instrumento actúa sin dolo¹²⁶.

El error sobre los elementos constitutivos del tipo trae como consecuencia la no responsabilidad penal del que actúa bajo los esquemas de la falta de comprensión del carácter delictivo de su acción, esto se trae a colación con el clásico ejemplo de la empleada que sirve el café todas las mañanas y que un día termina matando a su jefe, esto porque antes de llevar al café, la mujer del jefe había vertido veneno en café de su marido.

¹²³ HERNÁNDEZ PLASENCIA, “*La Autoría...*” Op. cit., p. 164.

¹²⁴ ROXIN, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 92

¹²⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, “*La Autoría...*” Op. cit. p. 171.

¹²⁶ BACIGALUPO, “*Derecho penal...*” Op. cit. p. 476.

d.3.3. DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN VIRTUD DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER

Hasta lo que hemos venido estudiando las formas en la que se ha consolidado la *teoría del dominio del hecho* de ROXIN, y se han encuadrado de la siguiente forma a) *autoría* (dominio de la acción) b) *coautoría* (dominio funcional del hecho) y c) *autoría mediata* (dominio de la voluntad), sin embargo, el rasgo más característico de la teoría del dominio del hecho viene dado por un aporte singular que instituye el Profesor ROXIN en su tratado como una nueva forma de autoría mediata, nos referimos a su teoría de la *autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder* en la cual se postulan nuevos métodos de imputación del hombre de atrás que actúa valiéndose de un aparato organizado de poder.

A las dos formas clásicas de autoría mediata, *la de la coacción y el error*, se añade según ROXIN una nueva forma, *la de los aparatos organizados de poder*, sin embargo, a raíz de la institución de esta teoría y a diferencia de las dos primeras, está a encontrado un sin número de polémicas.

El origen a los cuales se remontaron los fundamentos de esta teoría son los casos de la Alemania Nazi, específicamente a la personalidad de Adolf EICHMAN. Así, lo ha manifestado el propio ROXIN en su tratado de Derecho penal, al decir “El ejemplo histórico que tuve a la vista en el desarrollo de esta forma de autoría mediata fue la dictadura nacionalsocialista. Cuando Hitler o Himmler o Eichman, a quien se procesó en Jerusalén en 1961, daban una orden de matar, podían estar seguros de su ejecución, porque – de forma diferente a lo que sucede en la inducción – la eventual negativa de uno de los incitados a la ejecución no podía producir como efecto que no tuviera lugar en el hecho ordenado”¹²⁷.

¹²⁷ ROXIN, “*Derecho penal...*” Op. cit., p. 111

Así manifiesta ROXIN “el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder es hoy un tema central de discusión de la doctrina penal de la autoría. Esta figura jurídica fue en primer lugar desarrollada por mí en el año 1963. La misma se apoya en la tesis de que en una organización delictiva los hombres de atrás (...) que ordenan delitos con mando autónomo, pueden, en ese caso, ser responsables como autores mediatos, aun cuando los ejecutores inmediatos sean, asimismo, castigados como autores plenamente responsables. En alemán coloquial se designa a estos hombres de atrás como “delincuentes de despacho o de escritorio” (...). Mi idea era trasladar este concepto común a las precisas categorías de la Dogmática jurídica. La causa inmediata para este empeño fue el recién terminado proceso en Jerusalén contra Adolf Eichman, un responsable principal del asesinato de judíos en la época nazi”¹²⁸.

La tesis de ROXIN muy pronto tuvo resonancia en las decisiones del Tribunal Supremo Federal alemán, en el año 1994 se condenó a los miembros del denominado Consejo de Seguridad Nacional de Alemania del Este, el título de calificación que se les dio fue la de *autores mediatos* del delito de homicidio doloso, porque habían ordenado impedir a fugitivos que querían traspasar el muro divisorio del Estado alemán, y si en caso, hubiese alguien que intentare pasar, los soldados podrían ejecutar disparos mortales. Los soldados de frontera, los “soldados del muro”, que habían realizado los disparos, fueron condenados igualmente por homicidio doloso¹²⁹.

Ahora bien, a raíz de ello, la Corte Suprema del Perú ha utilizado esta teoría dogmática en los casos del líder de Sendero Luminoso Abimael Guzmán Reynoso y el del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, ambos fueron sentenciados como *autores mediatos* de los diversos delitos que fueran atribuidos por sus actividades

¹²⁸ ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente de Autoría mediata*, doctrina, Granada, 2006, p. 242.

¹²⁹ *Ibidem*.

ilícitas, en las sentencias se verifican que la Corte Suprema del Perú, hace una clara alusión a la teoría del profesor ROXIN y desarrolla sus postulados dogmáticos.

Así, según la teoría de ROXIN, las condiciones del dominio de organización deberían darse cumpliendo determinados presupuestos:

- Poder de mando

Autor mediato sólo puede ser quien dentro de una organización rígidamente organizada rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo. El comandante de un campo de concentración nazi era, por tanto, autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque él mismo actuara por indicación de cargos superiores¹³⁰.

- Desvinculación del Ordenamiento Jurídico

El aparato organizado de poder tiene que ejercer su actuación desvinculándose del derecho, puede suponerse de que estamos hablando aquí de una organización eminentemente clandestina, sin embargo, para los efectos de esta teoría nos referimos a un aparato organizado de poder que se desvincula del ordenamiento jurídico para sus actuaciones en el ámbito de la realización de los tipos penales. Si lo meditamos un poco, las actuaciones de Hitler y Eichman estaban encuadradas en un parámetro de derecho vigente al momento de la comisión de sus ilícitos, sin embargo, las actividades desprendidas por ellos, aunque fueran respaldadas por el derecho positivo de la época, son acciones que incuestionablemente están separadas del ordenamiento jurídico.

¹³⁰ ROXIN, “*El dominio...*” Op. cit., p. 244.

- La fungibilidad del ejecutor inmediato

También la fungibilidad, esto es, la sustituibilidad de los que en el actuar delictivo de aparatos organizados de poder ejecutan el último acto parcial que realiza el tipo, fue siempre (...) una característica esencial del dominio de la organización. La ejecución de órdenes del hombre de atrás (...) se asegura, en gran parte, precisamente porque muchos ejecutores potenciales están disponibles, de modo que la negativa u otro fallo de un individuo no puede impedir la realización del tipo¹³¹.

- La considerablemente elevada disponibilidad al hecho del ejecutor

La doctrina de la disposición al hecho fue planteada por *Schroeder* en 1965 y junto con los “(...) criterios de poder de mando, la desvinculación al Derecho y la fungibilidad tampoco se han designado todavía exhaustivamente – de modo distinto a como originalmente se había creído – las circunstancias sobre las que se apoya el dominio del hecho (...)”¹³² ROXIN parte de la idea de que en una organización criminal existen hombres que se encuentran más preparados para el hecho, es decir, la organización ejerce tal influencia sobre la actividad delictiva, que ya no es necesario que se recurra a la fungibilidad, porque ya existen hombres predispuestos a la realización del hecho, bajo una elevada disponibilidad al hecho.

e.3.4. LOS DELITOS DE DOMINIO Y LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER.

Una eminente conclusión a la que arribo el Profesor Claus ROXIN, es que, dentro de la clasificación tipológica de la teoría del delito, existía una que fundamentaba en virtud de la autoría y participación; así, es que, como clasificación tipológica como fundamento de la autoría descubrió los llamados *delitos de infracción de deber*, diferentes claramente a los denominados delitos de dominio. Según la idea de ROXIN, existen delitos, que *per se* a no influir por parte del sujeto activo un dominio sobre la

¹³¹ ROXIN, “*El dominio...*” Op. cit., p. 245.

¹³² ROXIN, “*El dominio...*” Op. cit., p. 246.

realización y ejecución del tipo, él sujeto es considerado autor por ostentar una calidad especial en el mundo de los deberes. Ahora bien, fundamento de la existencia de los delitos de infracción de deber, son los que verifican en los preceptos normativos de la parte especial del código penal, que hace alusión en determinados delitos con respecto a la autoría de determinados sujetos que ostentan un especial deber en la esfera social, así el *funcionario o servidor público*, que dentro de la escala de los deberes, ostentan una especial significación social por la vinculación directa que tienen con el bien jurídico tutelado, son responsables por las acciones u omisiones que en el ejercicio del deber que ostentan pueda recaer en un acto delictivo.

Así, se desprenden dos criterios de delimitación de responsabilidad penal acorde a los fundamentos de la autoría, estos criterios teóricos denominados *delitos de dominio* y *delitos de infracción* de deber, se encuadran en el fundamento de cualidad personal del autor; así, un delito de dominio es un delito en donde el dominio de la acción típica, de la decisión y la ejecución puede ser realizado por cualquier persona, por ello, es que se denomina delito de dominio, porque el dominio lo puede ejercer cualquiera, mientras que, un delito de infracción de deber no está delimitado por el ámbito de dominio que ejerza el sujeto activo, si más bien, por el deber infringido por su calidad especial en el mundo de los deberes, por ello, en los delitos de infracción de deber, es indiferente determinar si el sujeto ostento el dominio del hecho al momento de la comisión, puesto que si determinamos que en la comisión de ese delito, el sujeto era el que ejercía un deber directo de protección para con el bien jurídico, este sujeto deberá ser sancionado como *autor* sin que mediase un análisis sobre el dominio de la acción típica.

Ahora bien, si nos imaginamos un delito de infracción de deber en el cual participa un sujeto que no cuenta con la cualidad especial, como se determina el ámbito de

participación. Sobre ello, la respuesta, cuando el sujeto titular del deber “*intraneus*” comete el delito valiéndose de un sujeto que no ostenta ninguna calidad especial de deber “*extraneus*” el primero responde como autor del delito cometido y el segundo como cómplice primario o secundario según el aporte que haya ofrecido y según las etapas del hecho criminal.

Esta distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, son parte de las inferencias del Profesor Claus ROXIN, ya en nuestros días la doctrina mayoritaria encuadra la solución de casos prácticos según los presupuestos de los delitos de dominio y delitos de infracción de deber.

f) TEORÍA FUNCIONAL DEL DELITO

El funcionalismo es una corriente metodológica que se desarrolla básicamente en la segunda mitad del siglo XX y que se extiende por los ámbitos de la antropología, la sociología, la psicología, la política, alcanzando incluso al Derecho¹³³.

El funcionalismo encuentra un precedente remoto en el organicismo del siglo XIX y su raíz, más próxima e inmediata, en el pensamiento sociológico de E. Durkheim. El método funcionalista se propone como objetivo la comprensión y explicación de las estructuras sociales, no a partir de su origen histórico y de sus peculiaridades espaciales (geográficas) y temporales, sino tomando como punto de partida la observación, análisis y estudio de las funciones que realizan las estructuras sociales dentro de la sociedad o en parte de ella¹³⁴.

¹³³ MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *El funcionalismo en el derecho: notas sobre Niklas LUHMANN y JAKOBS*, Anuario de derechos humanos, Murcia, 2007, p 355.

¹³⁴ MEEHAN, E.J citado por MONTORO BALLESTEROS, Alberto en *el funcionalismo en el derecho: notas sobre Niklas LUHMANN y Günther JAKOBS*. Op. cit., p. 366

El objetivo que se planteó LUHMANN es la construcción de una *teoría de la sociedad*, esta teoría de amplitud y de carácter multidisciplinar, serviría para la construcción de un funcionalismo para todos los sistemas sociales- dentro de ellos el derecho- sirviéndose de un instrumento metodológico ya desarrollado hasta esa época la cual era la *teoría de los sistemas*.

La sociedad en cuanto sistema se enmarca en un panorama de *complejidad*, en este sistema de complejidad, la persona se encuentra en una posición de elección de posibilidades de acción o de actuación- si se quiere llamar así- y esta decisión dentro del esquema de dificultad para la elección supone: *contingencia y riesgos*.

LUHMANN-haciéndose eco de los nuevos avances de la ciencia (física, biología, cibernética, neurofisiología, etc.)-entiende a la *sociedad* no como la suma de individuos sino como un *sistema* (totalidad de estructura sistemática), integrada, a su vez, por una pluralidad de *subsistemas* que tienen su propia estructura y autonomía¹³⁵.

Los sistemas están formados de elecciones sucesivas y referidas entre sí que tienen la función de facilitar la comprensión de la realidad y reducir la complejidad, encontrando soluciones en un mundo cambiante. El núcleo central de los sistemas está construido por la “*comunicación* “*que supone no sólo el intercambio lingüístico sino también el de la acción*. Los sistemas son pues medios de comunicación (*en ello radica su racionalidad*) que aseguran en su ámbito la transmisión de la complejidad reducida realiza por dichos sistemas; los sistemas constituyen estructuras de todo tipo- familias, empresas, sociedades, iglesias, estados-integradas por acciones concretas que para mantenerse y subsistir en *su medio ambiente* han de resolverse multitud de problemas¹³⁶

¹³⁵ MONTORO BALLESTEROS, “*El funcionalismo...*” Op. cit., p. 367.

¹³⁶ LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema (grundriss einer allgemeinen systemtheorie)*, frankfurt, 1984.

Para LUHMANN, inspirándose en las teorías biológicas de (H. Maturana), los sistemas se caracterizan por las notas de *auto referencia* y *autopoiesis*

La *auto-referencia* alude a la distinción entre el sistema y su entorno, viendo en el sistema un todo cerrado en donde todas sus operaciones y elementos aparecen referidos a sí mismos.

La *autopoiesis*(autoproducción) significa que los sistemas sociales, igual que los sistemas psíquicos y orgánicos, tienen la capacidad de producir, ellos mismos, los elementos que los integran, construyendo su propio espacio de operación y reducción de complejidad¹³⁷.

La idea del funcionalismo es la necesidad de que el sistema social (sociedad) funcione adecuadamente y tenga los medios precisos para su autoconservación y autodefensa¹³⁸, desde esta perspectiva el Derecho penal se encuentra situado en la sociedad cumpliendo la función del aseguramiento de las expectativas sociales cuando éstas se vean defraudadas, conllevando con ello al mantenimiento y defensa del sistema social.

Por ello, en un mundo desmitificado, el derecho penal solo puede ser ejercido razonablemente si se entiende como un derecho funcional, entendiendo por “función” la garantía de las condiciones fundamentales de la vida en común del ser humano, esto es, la estabilización del orden que regula la convivencia del hombre¹³⁹. Así la dogmática jurídico-penal normativista, como la entiende LESCH, adjudica a las relaciones sociales una esencia íntegramente distinta, y en verdad, una esencia

¹³⁷ LUHMANN, “*Sociedad y...*” Op. cit., p. 25.

¹³⁸ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en la teoría de un derecho penal funcional*, trad. CANCIO MELÍA, y s. FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996, pp. 36-37.

¹³⁹ BERRUEZO, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 283.

fundida en la tradición de ROUSSEAU y HEGEL. Este último describe al individuo del estado natural como un animal salvaje y aislado que no posee ni lenguaje, ni relaciones sociales, ni identidad¹⁴⁰.

El individuo se constituye en “persona real” mediante la “relación con otras personas”, esto es, mediante el contacto social con el alter ego; por medio de la comunicación con sus semejantes, la existencia humana supera el subjetivo ser- para- sí característico del animal. Comunicación (abarca información, expresión y comprensión) es el proceso social elemental de la constitución de sentido en el trato entre humanos, sin el cual no son pensables ni una individualidad personal ni un sistema social¹⁴¹.

Es así como, si pretendemos que el Derecho Penal sea una empresa racional, el hecho y la pena han de desarrollarse en el mismo plano. Es por ello que, de acuerdo con la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva, el hecho, en cuanto expresión de sentido del autor, constituye un ataque a la vigencia de la norma, y la pena, que igualmente es una expresión de sentido, es la confirmación de la vigencia de la norma. Así, el autor de un homicidio expresa a través de su hecho que no hay que respetar la norma contra el homicidio, con la pena, sin embargo, se declara que esa expresión carece de relevancia, y por tanto, la norma sigue vigente¹⁴².

Es por ello, que a raíz de esta definición sobre las generalidades científicas funcionales del Derecho Penal; el profesor JAKOBS instituye el derecho penal

¹⁴⁰ LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997, p. 13.

¹⁴¹ LESCH, “*Intervención delictiva...*” Op, cit., p. 15

¹⁴² JAKOBS, Günther. *La Autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 7.

funcional cuyos componentes se describen del siguiente modo: *primero*. - Un delito no es únicamente un suceso exterior- la sangre corre, las cosas resultan destrozadas, etc.- sino una conducta con *significado* determinado. De la misma forma que una norma *significa algo*, también el delito tiene un *significado*: en concreto, el significado de que la norma resulta contradicha y, finalmente, también la pena es portadora de un *significado*: precisamente el significado de que, no obstante el quebrantamiento, la norma sigue manteniendo su vigencia¹⁴³; *Segundo*.- Una persona únicamente se puede comportar de manera que exprese un significado, socialmente relevante cuando ella, hablando en términos coloquiales, puede “tomar parte en la conversación”¹⁴⁴; *Tercero*.- El significado de la conducta no puede ser establecido libremente por el propio autor, sino que resulta determinado por patrones socialmente preformados, especialmente en la determinación de la conducta no permitida, así como de la culpabilidad¹⁴⁵; *cuarto*.- Únicamente la conducta de ejecución, esto es: la conducta que concreta el tipo penal, tiene el significado de contradicción a la norma, pero no lo tiene la conducta realizada en el ámbito previo a la realización del tipo penal. Se trata aquí del problema de la intervención delictiva, que únicamente puede resolverse de una (y solo una) manera: ha de reconocerse que una conducta *previa* a la ejecución no contradice por su parte la norma, pero puede significar perfectamente que puede ser continuada hasta llegar a la contradicción de la norma¹⁴⁶. Tomando estas cuatro directrices, la fundamentación normativa del derecho penal debe hacerse acorde a los nuevos enfoques acerca de la teoría del delito, separando ya la vieja idea que el delito se plasma o se manifiesta como elementos del naturalismo o como estructura lógico-formales, por ello, no es la naturaleza lo que enseña lo que es

¹⁴³ JAKOBS, Günther. *Cuatro tesis de derecho penal*, Ara editores, Lima, 2011, p. 39

¹⁴⁴ JAKOBS, “*Cuatro tesis...*” Op. cit., p. 40.

¹⁴⁵ JAKOBS, “*Cuatro tesis...*” Op. cit., p. 41.

¹⁴⁶ JAKOBS, “*Cuatro tesis...*” Op. cit., p. 42.

acción, como pretendía la escuela de v. Liszt con su separación de lo físico y lo psíquico, y el concepto de acción tampoco puede extraerse de la ontología, como comúnmente se sostiene que WELZEL intentó demostrar con su punto de partida desde la finalidad del actuar humano, sino que en el ámbito del concepto de acción lo decisivo es interpretar la realidad social, hacerla comprensible en la medida en que está relacionada con el Derecho Penal¹⁴⁷.

Para la fundamentación concreta de la intervención delictiva no se parte de ninguna idea sobre el dominio de la acción, voluntad o un dominio funcional, como tradicionalmente sostiene el profesor ROXIN, sino de la base del sinalagma de la libertad de comportamiento y responsabilidad por las consecuencias, institución elemental de toda sociedad de libertades, fundamenta la competencia de toda persona, de que su círculo de organización no lesione a otra persona, y es por ello que la responsabilidad jurídico penal no se desencadena por una acción en sentido naturalista, sino por la lesión de los deberes que resultan de la competencia por organización, es así que nadie responde en su calidad de hombre sino en la calidad de persona¹⁴⁸.

El problema que resolver en concreto es como se fundamenta la responsabilidad penal, según la doctrina que aquí se defiende, *el fundamento de la responsabilidad penal* es atribuida según el ámbito de *competencia*, así se parte de la idea de dos clases de deberes: *deberes negativos y deberes positivos*. De estas dos clases de

¹⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Bases para una teoría funcional del derecho penal*, Palestra Editores, Lima, 2000, p. 78.

¹⁴⁸ JAKOBS, Günther. *La imputación penal de la acción y de la omisión* (trad. de Javier Sánchez-Vera Gómez – Trelles), cuadernos de conferencias y artículos N° 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 51-52.

deberes se desprenden lo que tradicionalmente se conocen como los delitos de dominio y los delitos de infracción de deber. Según el marco funcional- normativo es autor de un delito de competencia organizativa (delito de dominio) quien organiza su libertad defectuosamente para ingresar así a la esfera de libertad de otro, por tanto, quebranta el rol de general de no dañar. En cambio, la responsabilidad penal en los delitos de competencia institucional (delito de infracción de deber) se fundamenta por la infracción del deber en cuanto el sujeto se encuentra vinculado a deberes positivos.

f.1. CONCEPTO FUNCIONAL DE AUTOR

En la actualidad se está elaborando un «concepto funcional» de autoría, que enlaza la autoría con la esfera de responsabilidad del sujeto, de forma que aquella se determinará en razón a la pertenencia del hecho al ámbito de la responsabilidad del sujeto conforme a un análisis de la función que le corresponde. Esta nueva concepción pretende, entre otros extremos, solucionar desde otra perspectiva, los problemas planteados por la autoría y dentro de ésta, también la problemática que suscitan las actuaciones en el ámbito empresarial¹⁴⁹.

Uno de los mayores representantes de la teoría funcionalista de autor es JAKOBS¹⁵⁰, quien parte de la idea de la libertad de organización que ejercen la personas en un mundo normativo.

¹⁴⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, “Autoría y...” Op. cit. pp. 32-33.

¹⁵⁰ JAKOBS, “Derecho penal...” Op. cit., p. 742.

f.2. DELITOS DE COMPETENCIA ORGANIZATIVA Y DELITOS DE COMPETENCIA INSTITUCIONAL

A diferencia de la postura de ROXIN, el ámbito de la doctrina *funcionalista* nos referimos a los delitos de competencia organizativa y delitos de competencia institucional, en ambos casos la diferenciación entre los sujetos que intervienen se debe analizar desde la teoría de la imputación objetiva, anclando el análisis desde la perspectiva de los *deberes negativos y positivos* que encuadran en análisis del desempeño de los roles en la sociedad, así tendríamos que el fundamento de la atribución penal a determinado comportamiento se da, solo cuando este, dentro de una comunicación defectuosa, ha informado y comunicado al Derecho penal, mediante el quebrantamiento de su rol, mediante la superación del riesgo y demás instituciones que consagran la imputación objetiva, que ha negado la norma jurídico – penal, y este cuestionamiento, se da, desde el ámbito de la responsabilidad por las competencias cuando al sujeto que ha emitido la comunicación defectuosa se le puede imputar el comportamiento y la el resultado a nivel de responsabilidad; la actuación del sujeto, se puede circunscribir a que pertenezca a la generalidad de la sociedad como *persona* en derecho y de esa pertenencia haya vulnerado el deber general de no dañar a los demás en sus derechos o que este sujeto pertenezca a los ámbitos parciales de la sociedad, es decir, que se desempeñe en una institución social positiva como fuese el caso del funcionario público, de ser así, este cuenta con un deber positivo de no infringir el deber sobre el cual ostenta protección y competencia, al ser infringido este deber, que no muchas veces se expresa en el tipo penal, sino que se encuadra en parámetros extrapenales, ha cometido un delito por *competencia institucional*.

f.3. COMPETENCIA ORGANIZATIVA (AUTORÍA)

Para comenzar podemos decir que el concepto de autor es un subconcepto, secundario y posterior respecto del más amplio y primario de “interviniente” en el

delito¹⁵¹. Ahora bien, la autoría directa en el ámbito del funcionalismo normativo viene ligada al ejercicio del rol socialmente adecuado, ello, a raíz de que existe un rol general de ciudadano, diferente al rol institucional que ejercen solo determinados segmentos de la esfera social. La autoría en ese sentido viene dada como afirma JAKOBS, no desde el punto del dominio del hecho, si no que detrás de ello hay toda una institución social, por tanto, el dominio del hecho no es el único criterio para la determinación de la autoría, junto a este está el deber especial, por ello, la atribución normativa de superior jerarquía que el dominio; éste en todo caso determina la cantidad de una intervención delictiva¹⁵².

Ahora bien, la comisión propia, que gira en torno a la tesis funcionalista, solo se puede atribuir si el sujeto que ha actuado directamente es responsable por la conducta y por el resultado y que dentro de su esfera organizativa pudo evitar la realización del tipo. Sin embargo, asumir que nos encontramos dentro de la esfera social, nos conlleva a determinar que el desempeño de las actividades en cuanto a los roles implica la existencia de un ámbito de causación directa de resultado, pero que bajo los estándares de imputación objetiva no resultan atribuibles al sujeto que actuó en último lugar, aunque evidentemente éste haya ejercido el dominio del hecho. Actuar en último lugar, comisión propia, comisión de propia mano, todos estos conceptos, por tanto, no coinciden con la causación directa, tampoco cuando ésta es consciente, sino que ello requiere de manera adicional la atribución de la causación al ámbito de responsabilidad del causante, esto es, un elemento normativo¹⁵³. Enunciare un ulterior ejemplo respecto de esta cuestión: un trabajador de una empresa química

¹⁵¹ BERRUEZO, “Autoría y...” Op. cit., p. 292.

¹⁵² JAKOBS, Günther. *El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, trad. Manuel CANCIO MELIÁ, Grijley, Lima, 2000, p. 167.

¹⁵³ JAKOBS, “El ocaso...” Op. cit., p. 169.

tiene el cometido de verter el contenido de un tanque a un río cuando se den ciertas condiciones exactamente definidas. Concurren esas condiciones, pero el trabajador sabe con base en una conversación entre dos ingenieros que escuchó de modo casual que en el tanque se haya residuos cuyo vertido se encuentra prohibido como delito de contaminación de aguas. Si el trabajador lleva a cabo, a pesar de ello, el vertido del contenido del tanque, no es él quien comete un delito de contaminación de aguas, sino los ingenieros están en condiciones de llevar a cabo una reducción del peligro competente, más que meramente casual, sólo ellos son los afectados en consecuencia, por el correspondiente deber¹⁵⁴, el tal sentido, no resulta posible determinar la comisión propia, la comisión de propia mano recurriendo exclusivamente al dominio, sin la atribución de conducta y consecuencia. Esto no significa que el ultimo siempre sea autor cuando se produce la atribución (...) sino sólo que, en la medida en que intervengan junto a él otras personas, al menos es participe en el hecho.¹⁵⁵

La responsabilidad penal a título de autoría directa implica por parte del autor la creación de un riesgo jurídicamente no permitido y que asuma este riesgo como parte del ámbito de su competencia organizativa, es decir, que sea competente por el hecho, así, puede ser que determinadas acciones directas no sean atribuibles a sujetos que solo actuaron en último lugar, sino a quien esté detrás de la competencia de esa acción, es decir, quien asume el riesgo.

f.4. COMUNIDAD CONJUNTA NORMATIVA (COAUTORÍA)

A diferencia de lo propugnado por la teoría del dominio del hecho, en la *coautoría normativa* se persigue la imputación del hecho a todos los intervinientes, de lo que se

¹⁵⁴ JAKOBS, “*El ocaso...*” Op. cit., p. 170.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

trata es determinar una competencia común por el hecho total¹⁵⁶. La competencia conjunta por el delito se produce cuando varias personas han contribuido culpablemente a la realización mediante aportes prohibidos. En este nivel cualitativo, no se diferencian los autores de los partícipes. Para que la competencia por el hecho pueda alcanzar el grado de autoría, es necesario que la medida cuantitativa de dominio permita considerar socialmente que se ha configurado lo característico del delito, mientras que en el caso de los partícipes solamente alcanza para considerarlo una facilitación del delito¹⁵⁷.

Ahora bien, la coautoría normativa no reúne los mismos presupuestos de la *coautoría* ROXINIANA, así no se concuerda que para la determinación de la coautoría se tenga que realizar el llamado “plan común” y la “participación en la etapa de ejecución”.

En tal sentido, lo que aquí se propugna, es determinar la responsabilidad del *coautor* a través de la imputación al colectivo, es decir, a esa comunidad normativa que se ha configurado para infringir la norma jurídica, en la teoría del dominio del hecho, cada uno de los coautores realizaba sus aportes al hecho delictivo, dominando así todo el hecho en conjunto, tanto que si faltase uno de los aportes de ellos, la realización del hecho fracasaría; sin embargo, está es una apreciación eminentemente causalista y naturalista, es posible, y como se va demostrar, que pueda configurarse la *coautoría* sin que necesariamente se configure un plan común y que se participe activamente en la etapa de ejecución.

f.4.1. LA FALTA DE UNA DECISIÓN COMÚN PARA LA COAUTORÍA

La apreciación que se le da a la exigencia de un plan común como presupuesto de la *coautoría* deviene específicamente de la teoría final de la acción, ya que si

¹⁵⁶ BERRUEZO, “Autoría y...” Op. cit.

¹⁵⁷ GARCÍA CAVERO, “Lecciones de...” Op. cit., 577.

entendemos, que la construcción de las bases de la *coautoría* se fundamentó en la teoría de WELZEL, esta teoría postulaba que dentro de la acción del sujeto que comete el hecho delictivo debe existir una conexión “*entre la voluntad y el resultado*” así, de acuerdo a la opinión mayoritaria el actuar conjunto de la coautoría se constituye no de manera objetivo – normativa, sino de manera subjetivo – naturalista mediante el acuerdo, que sobre el injusto existe entre los partícipes, esto es, mediante, mediante el “acto consensuado de imputación” de la denominada, de manera explícita o implícita “determinación común sobre el hecho”

Al respecto, debemos rechazar esta postura, asumiendo ya desde nuestra óptica que para la comisión del hecho delictivo a nivel de *coautoría* no es necesaria la *determinación común sobre el hecho*, esto es, no es necesaria, como asume la teoría del dominio del hecho, y como asume la jurisprudencia, la decisión común, el acuerdo previo, el plan común, lo que aquí se postula es que para la imputación de los que actúan en un hecho delictivo a nivel de *coautores* se debe verificar si existe una determinación objetiva al hecho, que es un concepto muy distinto a la determinación subjetiva.

Así, consideramos, como manifiesta el profesor JAKOBS que la coautoría es una modalidad especial de reparto de trabajo que vincula en vez de aislar¹⁵⁸ La relación entre las distintas aportaciones al hecho puede basarse en un *acuerdo*, pero no debido a un acuerdo objetivo *sobre el comportamiento*, que fundamenta la superación del riesgo permitido y con ello la competencia conjunta por el todo¹⁵⁹ De manera ejemplificativa. A, sin la existencia de un acuerdo previo con B, le da a la víctima que va ser agredida mientras duerme, un somnífero. Posteriormente A abre la puerta a B,

¹⁵⁸ JAKOBS, “*El ocaso...*” Op. cit., p. 172.

¹⁵⁹ LESCH, Heiko. *¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la coautoría?*, Revista del Poder Judicial, p. 95.

coloca un objeto con el que ejecutar el delito que es utilizado posteriormente por B y evita, por último, con anterioridad a la ejecución, la entrada de terceras personas que puedan molestarles. Desde la perspectiva de B los aportes de A pueden resultar una casualidad, de tal manera que no se podría hablar de una realización del hecho conjunto, siendo B calificado únicamente como autor único; pero desde la perspectiva de A se trata, en cualquier caso, de un hecho conjunto, donde B asume por los dos partícipes la ejecución del hecho, de tal forma que B responde como autor con el autor único A, esto es, responde como coautor. La coautoría no supone la existencia de varios coautores, sino únicamente la existencia de varios *autores*, en concreto, por lo menos dos. El riesgo no permitido se fundamenta desde la comunidad organizativo – normativa no ya desde la realización *per se* de los aportes al hecho, sino desde la realización de los aportes en un determinado *contexto social*, esto es, en un contexto delictivo.

f.4.2. APORTACIÓN OBJETIVA AL HECHO

Ahora bien, en lo que se refiere a la comisión del hecho en su etapa de ejecución debemos hacer una aclaración en ese sentido. La teoría del dominio del hecho ha establecido como un componente indispensable para la determinación de la coautoría y como se ha explicado en línea general, ROXIN la asume como un criterio indispensable. Ahora bien, desde nuestra perspectiva debemos mencionar lo que dice el profesor JAKOBS “el suceso que acontece positivamente es dominado por los ejecutores exactamente en aquella medida en la que lo que configuren, y no lo dominan en la medida en que esté previamente configurado por parte de los demás intervinientes. Un ejemplo al respecto: alguien mata a otro en una casa con un arma de fuego; la pistola y la llave de la casa se las ha suministrado otro, quien también ha averiguado el momento adecuado para cometer el hecho. Una vez hecha la aportación del otro, queda predeterminado el marco en el que puede acontecer el hecho: cuál es

la víctima que hay que matar donde deriva de la prestación de la llave y del arma, y el momento en el que esto ha de suceder, de la indicación del momento adecuado. El ejecutor mismo determina mediante su hecho desde un principio que es él quien ejecuta, como exactamente acontezca el disparo y otros aspectos, pero todo ello en un marco que se encuentre positivamente predeterminado. Quizás el sujeto que ejecuta podría variar el marco, pero si no lo hace; pues aprovecha en esa medida una configuración ajena y no la domina personalmente – quizás podría dominar, pero esto se queda en hipótesis¹⁶⁰.

En tal sentido, la configuración al hecho consiste en disponer el suceso que *realiza el tipo* en su desenvolvimiento *concreto*, tal como se perfecciona desde la acción de la ejecución hasta la consumación (o hasta su fracaso, en la tentativa). Las configuraciones son, pues, la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio (incluso en los simples delitos de resultado el medio empleado *inconcreto* está prohibido en el tipo), y en su caso de otras circunstancias pertenecientes al suceso concreto que realiza el tipo¹⁶¹.

Con lo expuesto hasta ahora probablemente ya haya quedado claro qué es lo que quería decirse antes al afirmar que es el colectivo el que domina la ejecución: los intervinientes antes de la ejecución han fijado el marco, o, cuando éste es variable, al menos lo han propuesto, y los ejecutores lo rellenan. Lo que derive de ello es la realización concreta del tipo, compuesta de marco y de relleno, siendo el relleno del marco precisamente la ejecución del hecho, que se ajusta al marco y que por ello es también ejecución de aquellos que han creado el marco¹⁶².

¹⁶⁰ JAKOBS, “*El ocaso...*” Op. cit., p. 177.

¹⁶¹ JAKOBS, “*Derecho penal...*” Op. cit., p. 751.

¹⁶² JAKOBS, “*El ocaso...*” Op. cit., p. 178.

Por tanto, en la coautoría para imputar el hecho, de lo que se trata es determinar una competencia común por el hecho total¹⁶³ Esta determinación de competencia por la comisión de un ilícito penal se produce cuando varias personas intervienen en este de un modo culpable mediante aportes vinculantes prohibidos.

Finalmente, a raíz de lo expuesto, en las líneas que siguen se dilucidara la idea final acerca de nuestro planteamiento dogmático, es decir, la fundamentación de la *coautoría* en el ámbito de la responsabilidad por la pertenencia a una organización criminal o lo que ROXIN ha denominado *Autoría mediata en aparatos organizados de poder*, a nuestro juicio, el planteamiento de la teoría del dominio del hecho en los casos de organización criminal es uno de los criterios sumamente mal utilizados en la doctrina nacional, así, rechazamos eminentemente la aplicación de esta teoría en el ámbito de la criminalidad organizada, incidiendo inclusive en casos emblemáticos, así, para terminar de explicar nuestra posición con respecto a la *intervención delictiva*, no es loable la aplicación de la teoría del dominio del hecho para la determinación de la responsabilidad a título de autor mediato, por no encuadrarse en los esquemas dogmáticos ya desarrollados, siendo un esquema metodológico erróneo, siendo la aplicación de las reglas del normativismo funcional para responsabilizar al autor de escritorio o al hombre de atrás.

f.5. COMPETENCIA POR LA ACTUACIÓN DE OTRO (AUTORÍA MEDIATA)

La autoría mediata, en el ámbito de la doctrina funcionalista, se manifiesta en la así coincidentemente como la teoría del dominio del hecho como la comisión del hecho *instrumentalizando*, al igual que el autor puede servir de instrumentos mecánicos también puede emplear a otras personas como instrumentos suyos. No se trata de la utilización de éstas como objetos inertes (el autor empuja violentamente de la

¹⁶³ BERRUEZO, “*Autoría y...*” Op. cit., p. 307.

utilización de éstas como objetos inertes (el autor empuja violentamente a un transeúnte sobre la luna de un escaparte, que queda destruida; supuesto de comisión por uno mismo), sino del empleo de acciones de otras personas¹⁶⁴.

La atribución de responsabilidad en estos casos, se le atribuye a quien no actúa cometiendo el delito de propia mano o realizando los elementos típicos descritos en el tipo penal, ello, por que ostenta una competencia por el hecho de otro.

En ese punto no es divergente la teoría del dominio del hecho, puesto que en el ámbito de la posición que aquí se defiende, existe dos modalidades que la doctrina mayoritaria ha asumido como tal, *la autoría mediata por error y la autoría mediata por coacción*, sin embargo, la idea que sostenemos es que el autor mediato en el ámbito de la intervención delictiva, puesto que desde el punto de vista naturalístico, efectivamente quien comete el delito, es quien ejecuta el acto, sin embargo, cuando esto no fuese así, es decir, cuando el actuante actúe instrumentalizado – razón por la que el derecho penal justifica su actuación – la competencia por el hecho delictivo, se le atribuye a otro que ha organizado su ámbito de libertad para infringir la norma valiéndose de un instrumento, no mecánico, ni objetivo del mundo de las cosas, sino un instrumento personal. En tal sentido, las cuestiones que nos llevan a defender una postura acerca de la *autoría mediata*, en el sentido de la existencia de una instrumentalización, nos llevan a asumir que el profesor JAKOBS ha instituido cuatro modalidades diferentes de autoría mediata, así existe autoría mediata: a) competencia primaria por el comportamiento; b) competencia por la condición del instrumento; c) competencia independiente de la conducta, y d) condición del instrumento.

Sobre el primer punto nos afirma JAKOBS que el sujeto que interviene en un círculo de organización ajeno, lo único que sucede es que aquello que desde la perspectiva

¹⁶⁴ JAKOBS, “*Derecho penal...*” Op. cit., p. 763.

del genotipo es mera naturaleza, se presente desde el punto de vista fenotípico como conducta de una persona, esto es, como comportamiento del así llamando instrumento. Por consiguiente “instrumento” es naturaleza con apariencia humana. El uso de un instrumento es el empleo de las fuerzas instrumentales no responsables. Pero debe tener en cuenta que no es el mero uso del carácter de la naturaleza del instrumento, y, en este sentido, no es un dominio lo que conduce a la autoría mediata, sino la competencia por el hecho por el instrumento. b) En este supuesto, competencia por la condición del instrumento, el autor mediato debe responder por la condición del instrumento, el autor mediato debe responder por la conducta del autor inmediato, porque ha organizado la condición del instrumento de éste, y a través de ello, de modo mediato también la conducta. La competencia del hombre de atrás por causación de un defecto de imputación sólo puede generarse si la causación supone un riesgo no permitido, esto es, lesiona el derecho de la víctima de no sufrir tal configuración del mundo. Éste es el caso cuando el autor mediato desorienta de modo no permitido al instrumento o no revoca, de modo ni permitido una desorientación existente, o lo coloca de modo no permitido en una situación de justificación, atacándolo antijurídicamente, o lo coacciona mediante una amenaza de muerte para que realice una determinada conducta, o lo embriaga mediante engaño, etc., es decir que lo coloca de modo no permitido en una situación en la que queda excluida la imputación a su persona. Por lo tanto, quien convierte a personas en naturaleza responde de lo que la naturaleza puede hacer. c) Con la identificación de competencia independiente de la conducta, Jakobs agrupa los casos de una conducta específica respecto de la protección de niños, adolescentes no responsables y personas con enfermedades o defectos psíquicos. En el ámbito de la autoría mediata, y específicamente en los casos de competencia independiente de la conducta, siempre se trata de tener en cuenta un defecto de imputación concurrente en un sujeto que actúa con posterioridad. d) En esta categoría, de condición parcial del instrumento, se

abordan casos de autoría mediata, en los que el instrumento no pierde por completo su cualidad de persona, por ejemplo, porque yerra de modo evitable acerca de la realización del tipo o del injusto correspondiente a su comportamiento, o entra a un estado de mera imputabilidad reducida o, siendo un instrumento coaccionado se equivoca de modo evitable no viendo una salida al dilema sin intervenir en bienes ajenos¹⁶⁵.

Ahora bien, desde esa línea dogmática, pasamos a negar totalmente que exista como afirma ROXIN casos de *autoría mediata por dominio de la organización*, ello en razón que la naturaleza jurídica de la autoría mediata surge para cubrir los vacíos penales en los cuales se debía imputar la conducta del hombre de atrás que actuaba a través de otro, sin embargo, y como ya se entre dijo en este aporte – y como coincide parcialmente ROXIN – es que quien ejecuta el hecho por otro es un instrumento que a juicio del Derecho penal no cuenta con responsabilidad por el hecho, más quien actúa detrás de él es penalmente responsable.

Ahora bien, dentro de la estructura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, alude ROXIN a la responsabilizar de los hombres que actúan ejecutando el hecho. Si fuese así la cuestión, no cabe asumir la imputación a título de autor mediato al hombre de atrás, en razón, que si asumimos la responsabilidad de los hombres ejecutores, no existe de ninguna forma alusión a la autoría mediata, ahora, si bien, los seguidores de ROXIN, como el profesor PARIONA ARANA¹⁶⁶ quien defiende la postura del dominio del hecho afirmando que la *instrumentalización* se configura porque el hombre de atrás cuenta con un instrumento que en este caso es el aparato, en ese sentido, alude a que la instrumentalización a la que se refiere la teoría de ROXIN no se encuentra en los que ejecutan el hecho, si no en el dominio de la propia organización,

¹⁶⁵ BERRUEZO, “Autoría y...” Op. cit., p. 54.

¹⁶⁶ véase. PARIONA ARANA, Raúl. *Autoría mediata por organización*, Grijley, Lima, 2010

afirmación totalmente naturalista, puesto que en los casos de delitos de crimen organizado no existe la posibilidad, esta primera idea, no concuerda con la cuestión relativa a la instrumentalización tradicional de la autoría mediata.

La ruptura del “principio responsabilidad”, que comporta calificar en el ámbito de las organizaciones criminales a los dirigentes de estas como autores mediatos de los delitos cometidos por los que actúan cumpliendo órdenes, lleva a algunos autores a rechazar esta forma de autoría y a acudir, en su lugar, a la coautoría. De este modo, es posible seguir otorgando responsabilidad a título de autor a quienes ordenan, desde su posición de mando dentro de la organización, la comisión de delitos, sin renunciar a la premisa, según la cual no es posible apreciar autoría mediata cuando el ejecutor material responde penalmente de su hecho de forma plena¹⁶⁷.

La tesis de la coautoría se presenta, para un sector de la doctrina, como la mejor solución a la hora de resolver estos casos, pues se considera que las actividades realizadas al amparo de un aparato de poder responden mejor a la idea de dominio del hecho compartido entre los que dirigen y los que ejecutan las órdenes que a la de subordinación de éstos últimos respecto a aquellos¹⁶⁸.

Al respecto dice JAKOBS “No puede haber autoría mediata cuando concurra una conducta posterior plenamente responsable, puesto que solo la causación a través de la naturaleza es una causación directa y tampoco es necesario que esa autoría mediata exista, puesto que la producción con otras personas puede constituir a su vez, si se da un nivel suficiente de participación en la configuración *coautoría*. El jefe de la banda que lo es no sólo nominalmente es coautor, y por ello no hay necesidad alguna de

¹⁶⁷ BOLEA BARDON, “*Autoría mediata...*” Op. cit., p. 358.

¹⁶⁸ BOLEA BARDON, “*Autoría mediata...*” Op. cit., p. 359.

convertirlo artificialmente en autor mediato por el desvío del dominio de aparatos organizados de poder”¹⁶⁹.

Así, desde la óptica normativista la utilidad de la fungibilidad a la que se refiere ROXIN, no le da realce ni sustento válido a su teoría, dado que existe una plena igualdad entre quien ordena y quien ejecuta la orden, así, se cuestiona que la intervención enérgica del hombre de atrás con respecto a la intercambiabilidad del sujeto de adelante en caso de desistimiento o rebeldía sea fundamento para la determinación de la *autoría mediata*, puesto que el sujeto que actúa adelante no es instrumento alguno, sino que actúa responsablemente, tanto como el hombre de atrás.

Ahora bien, expuesto el problema, debemos atender la solución, dado que no podríamos reconducir la respuesta a la impunidad del que actúa detrás del hecho, ya que existe también una responsabilidad por parte de él, así, desde la óptica que aquí se ha venido defendiendo, la solución al problema se encuentra en la imputación del hombre de atrás a título de *coautor*. Sin embargo, ROXIN ha negado rotundamente esta posibilidad afirmando que no existe *coautoría* porque el hombre de atrás no participa en la etapa de ejecución en el delito, éste, se mantiene en la sombra de la maquinaria ordenando y liderando los actos criminales, ello, a nuestro juicio es equivocado, puesto que desde la óptica normativo – funcional, en la *coautoría* no se exige la actuación en la etapa de ejecución para su configuración, ya que la imputación del delito se dirige contra un colectivo típico de infracción de la norma jurídica, quienes asumen un riesgo no permitido y actúan en competencia y responsabilidad sobre ese riesgo, por tanto, los actos de quienes actúan de un modo previo a la ejecución, son tan imprescindibles como los actos de quienes ejecutan el hecho delictivo, siendo así, los actos son vinculantes, ante un reparto de trabajo del sujeto global, por ello, el hombre de atrás, no es autor mediato desde nuestra

¹⁶⁹ JAKOBS, “*El ocaso...*” Op. cit., p. 114

perspectiva, debe responder como *coautor*, en razón de que compone el sujeto global, siendo que la *coautoría* no deviene de una imputación de actos aislados, sino que son actos vinculantes, que pueden realizarse aún en la etapa previa.

g) NUEVOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ARTÍCULO 23° DEL CÓDIGO PENAL

En el fundamento de las cuestiones dogmáticas expuestas en las líneas anteriores, la visión con respecto a la interpretación del artículo 23° del Código Penal, se debe reconducir a nuevos términos doctrinales, habiendo asumido la jurisprudencia la interpretación de este precepto normativo a raíz de la tesis del dominio del hecho, no siendo éste el único criterio válido para la determinación de la autoría y participación, consideramos más bien que este es un criterio cualitativo más que un juicio de determinación de intervención. Así, desde la óptica de la teoría de la imputación objetiva, es que se concuerda con un criterio eminentemente cuantitativo que sí es válido para medir los grados de intervención y la naturaleza de la contribución.

Así, dentro de la jurisprudencia peruana, se ha evidenciado que se ha utilizado la teoría del dominio para la aplicación del artículo 23° del Código penal, sin embargo, después de un análisis, consideramos que las categorías que integran esta teoría son en suma deficientes, especialmente con respecto a la coautoría y autoría mediata, no estableciendo con claridad cuáles son los alcances a los que se refiere el artículo 23° del Código penal.

En mérito a ello, es que se ha propuesto después de las siguientes líneas, alcances con respecto a la escuela normativo – funcional, que ha aportado con respecto al tema, cuáles deberían ser los alcances a los que debería circunscribirse el artículo 23° del Código penal, no siendo el dominio del hecho el único criterio válido, siendo la

atribución normativa superior a la de dominio, esta atribución que ha sido concebida en el seno de los esquemas funcionalistas de la escuela del profesor JAKOBS.

Una alusión final es la que refiere el profesor Santiago MIR PUIG¹⁷⁰, el maestro español al referirse a la teoría del dominio del hecho ha mencionado que: “la teoría del dominio del hecho sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social – normativo de la imputación que caracteriza al autor. El control material del hecho es sólo uno de los criterios a tener en cuenta para la imputación del hecho a título de autor. Para esta imputación lo decisivo es que pueda afirmarse que el delito pertenece al sujeto como suyo. En los delitos de acción ello presupone como mínimo, que el sujeto ha (co-) causado el hecho típico en condiciones que permiten afirmar la imputación objetiva y subjetiva del resultado: presupone la relación de causalidad y la relación de riesgo entre la conducta del sujeto y el hecho típico, además del dolo o la imprudencia.

¹⁷⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal – Parte General*, B de F, Buenos Aires, 2004, p. 373.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

El tipo de investigación que se utilizó es el descriptivo- explicativo y predictivo, y el nivel de investigación se enmarca en el esquema aplicativo. El método de investigación científica que se aplicó es el método dogmático y exegético; el cual no solo determina el ámbito a investigar, sino que suministra un criterio, que tiene por objeto integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos. Se analizó la guía de análisis documental, y además se utilizó la técnica directa de aplicación de cuestionarios y obtención de estadísticas que se tomaron en cuenta los criterios obtenidos en la jurisprudencia.

Se empleó también en análisis sustantivo de la normatividad vigente en nuestro país, así como en otros países, aplicables al estudio del problema de la intervención delictiva.

3.2. DISEÑO Y ESQUEMA DE LA INVESTIGACIÓN.

El tipo de investigación se inició con la lectura de las diferentes opciones teóricas. Las primeras obligaron a decidir sobre el registro de información de las fuentes que aportarán las bases teóricas de la investigación, se eligió un modelo de ficha textual. Se realizó la búsqueda de las fuentes textuales. Finalmente, se logró llegar a un número considerado suficiente y significativo para el objetivo planteado.

La información que se recogió del corpus fue consignada en una ficha diseñada para tal fin. Se registró información sobre: identificación del texto; grupo de investigación; estructura del texto; elementos metodológicos: problema, objetivos, enfoques o bases teóricas, diseño metodológico, fuentes, análisis, otros; elementos lingüísticos:

máximas conversacionales, retórica, implícitos, otros; léxico metodológico; observaciones. En cuanto al análisis de la información, se realizó un análisis textual crítico. Para esta labor, que corresponde al día a día de la investigación más que a una fase final del proceso, se optó por entender que el mensaje sea claro, suficiente, pertinente y ordenado. En el caso del presente trabajo de investigación, que contiene una estructura que reflejó el planteamiento de un problema, se argumentó para explicar y demostrar, se usarán evidencias encontradas en el proceso investigativo y se expuso datos suficientes para que el lector juzgue la validez de la interpretación de estos.

3.3. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN Y TRATAMIENTO DE DATOS

En la investigación científica, los datos son de especial atención puesto que ellos les dan realce e importancia a los resultados obtenidos.

Una vez que se seleccionó el diseño de la investigación apropiado y la muestra adecuada de acuerdo con nuestro problema de estudio e hipótesis; la siguiente etapa consiste en recolectar los datos pertinentes sobre los conceptos, análisis, definiciones conceptuales del derecho comparado, fenómenos jurídicos, etc.

En esta investigación para la recolección de fuentes que consisten en bibliográficas y fuentes jurisprudenciales, de la bibliografía alemana, española y nacional y la jurisprudencia nacional y del Derecho comparado.

La técnica de recojo de datos fue la revisión y análisis documental de los datos de interés de los documentos de las bibliografía y jurisprudencia arriba mencionado.

El tratamiento que se utilizó fue el análisis comparativo de la diversidad de conceptos que existen en la bibliografía jurídica sobre el tema abordado, un cuestionamiento

desde la posición que nuestra postura defiende y finalmente sus efectos de aplicación en al ámbito de la jurisprudencia nacional.

CAPITULO IV

RESULTADOS

4.1. CONTRASTACIÓN DE RESULTADOS

La presente tesis ha abordado uno de los temas más complicados en la dogmática penal contemporánea, habiendo realizado el estudio de las distintas categorías correspondientes a la autoría y participación, realizando el estudio histórico – dogmático con respecto a la intervención delictiva, ahora bien, se ha hecho alusión al uso práctico de una de las teorías que actualmente es utilizada como doctrina autorizada por la jurisprudencia nacional, al respecto toca en este apartado, señalar alguna de las doctrinas más importantes sobre el tema tratado, pudiendo verificar en cada una de ellas la aplicación de la *teoría del dominio del hecho*, siendo a nuestro juicio un criterio monopolizado en cuanto el tema en cuestión, no siendo el único criterio que debe emplearse en la práctica jurídica. En estas líneas, difundiremos la aplicación de nuestra postura y analizaremos cuales serían los efectos prácticos con respecto a su aplicación, partiendo desde las categorías de *autoría*, *coautoría* y *autoría mediata*.

a) AUTORÍA

Al respecto de la *autoría* en aplicación de la teoría del dominio del hecho, se ha referido la Corte Suprema y la Corte Superior de Lima del siguiente modo respectivamente:

“La teoría del dominio del hecho, que sirve para determinar la diferenciación entre autores y partícipes, el criterio diferenciador sería justamente del dominio del hecho, autor según esta teoría sería el que tenga dominio del hecho, aquel que pueda decidir los aspectos esenciales ejecución de los hechos (...)”

“Es autor el que realiza por sí el hecho punible; y que la doctrina dominante en lo referente al tema indica que (...) es autor la persona que domina finalmente la realización del hecho mediante la voluntad de ejecución que dirige en forma planificada es lo que transforme al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de la realización del momento general del dominio del hecho”

EXP. N° 629 – 98 – B – Lima.

Al respecto de la jurisprudencia citada, se evidencia una clara invocación de la teoría del dominio del hecho, no valorando ninguna parte de la jurisprudencia con respecto a la competencia que ejerce el sujeto sobre su esfera de responsabilidad, ni fundamentando cual es el grado de competencia que ha ejercido sobre el hecho y si ha quebrantado su rol bajo los presupuestos del riesgo no permitido, alude por tanto, estas jurisprudencias criterios naturalistas, puesto que manifiesta la fundamentación de la autoría haciendo alusión a que el autor tiene el dominio de los hechos, sin embargo, como se ha expuesto en los párrafos precedentes, el tratamiento acerca de la actuación en cuanto dominio del hecho es solo un dato ontológico que determina la causalidad más no la autoría, por tanto, no se puede valorar la actividad del autor circunscribiéndola a la dominación del hecho, sino debe valorársele acorde a su ámbito de competencia y el desempeño de su rol socialmente adecuado. Así, las sentencias deben referirse a la autoría, desde mi propuesta del siguiente modo, anclando la perspectiva de un modo normativizado:

“Autor es quien ejerce competencia sobre el hecho delictivo, y la diferencia con el partícipe, es que el último no ejerce el dominio del riesgo prohibido, por tanto, no se le es imputable el resultado, sino su actividad como colaborador al quebrantamiento de la norma, así, el autor es quien es competente por su comportamiento y por el resultado

típico de este, habiendo organizado su esfera de libertad para lesionar la esfera organizativa ajena en sus derechos”

Al final de este párrafo que hemos construido podríamos fundamentar la autoría de los diferentes tipos de delitos dolosos e imprudentes según sea el caso, así podríamos hacer alusión, por ejemplo:

“Que, el imputado es autor del delito de homicidio, por cuanto de un modo libre y responsable ha ejecutado la conducta prohibida del art. 108° del Código penal, dañando la esfera organizativa de su víctima, al quebrantar el riesgo permitido, por haberle ofrecido un vaso con veneno, siendo así, éste es competente por el resultado, pues desde el momento en que le entrego el vaso con veneno ha elevado y finalmente superado el riesgo permitido y por tanto ha tenido injerencia y competencia por el resultado lesivo, por tanto, ha dañado la esfera de organización ajena, y le es imputable el delito de homicidio calificado”

b) COAUTORÍA

La Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de la República, al referirse a la *coautoría* se ha pronunciado igualmente siguiendo los lineamientos de la *teoría del dominio del hecho*, y menciona lo siguiente:

“Son tres los requisitos básicos que configuran la coautoría: a) decisión común, que posibilita una división del trabajo o distribución del trabajo o distribución de funciones b) aporte esencial, de modo que si alguno de los intervinientes hubiera retirado su aporte pudo haberse frustrado el plan de acción, y c) tomar parte en la fase de ejecución, donde cada sujeto coautor tiene un dominio normativo del acontecer delictivo (...)”

RECURSO DE NULIDAD N° 429 – 2009 -LIMA

Al respecto, se evidencia aquí que la Corte Suprema ha consagrado en su resolución la tesis del dominio del hecho con respecto a la *coautoría* y sus requisitos, así, ha establecido que con tres los requisitos básicos que en esta debe darse. Sin embargo, como ya se ha expuesto en los párrafos precedentes, puede configurarse la *coautoría* de modo que la decisión común para cometer el hecho, o denominado por otros, el acuerdo previo o plan común, no sean indispensables para la comisión a título de coautores, asimismo, se evidencia la consignación de la participación en la fase de ejecución a la que hace alusión la teoría del dominio del hecho y como también se ha demostrado este no es presupuesto indispensable para la configuración de la coautoría, habiendo casos en los cuales se puede configurar la imputación del colectivo típico, a título de coautores, sin la necesidad de intervenir en la etapa de ejecución, tal es el caso del jefe de la banda, quien configura el hecho con los demás intervinientes, no siendo la imputación en tal caso individual, sino que se imputa la comisión a todo el colectivo típico, en tal sentido, la aplicación de la teoría del dominio del hecho con respecto a los requisitos de la *coautoría* que fuese opinión de la Corte Suprema, no ha valorado los alcances a los que se debe referir realmente la comisión entre varios intervinientes, razón por la que consideramos estos requisitos con base causalista y ontológica, siendo una combinación de la teoría subjetiva y objetivo formal, en tal razón, un criterio válido de aplicación con respecto al artículo 23° del Código penal con respecto a la coautoría debe valorar los requisitos no desde la perspectiva del dominio del hecho, sino como ya es de fundamentación en el presente trabajo bajo los presupuestos de la teoría funcional del delito y su vertiente de la imputación objetiva.

c) AUTORÍA MEDIATA

Con respecto a la autoría mediata, la doctrina ha sido uniforme, y aunque, se haya utilizado la tesis del dominio del hecho en la mayoría de veces para su fundamentación,

lo que realmente ha generado una polémica es la de dos casos emblemáticos en la jurisprudencia nacional, me refiero a los casos del ex líder senderista Abimael Guzmán Reynoso y del ex presidente de la república Alberto Fujimori Fujimori, en ambos casos se ha aplicado con expresa mención la tesis del profesor alemán Claus ROXIN con respecto a la *autoría mediata en aparatos organizados de poder*, así se evidencia, en el caso Guzmán y Fujimori respectivamente, los siguientes pronunciamientos:

La Sala Penal transitoria de la Corte Suprema del Perú, reconoció en el año 2007, por primera vez, la figura de la *autoría mediata por dominio de organización* en el caso de líder Senderista Abimael Guzmán; y lo expreso bajo los siguientes términos:

La autoría mediata es una categoría dogmática, vinculada a la teoría del dominio del hecho, cuyos orígenes se remontan mucho más allá de la entrada en vigencia del Código de 1991; exactamente en 1915, con los trabajos de Hegler y los aportes de Lobe de 1933, los cuales fueron publicitados en 1939 por Hans Welzel, hasta que el profesor Claus Roxin la sistematiza meridianamente a partir de sus trabajos académicos de 1960 en la Universidad de Gotinga, publicados en 1963 en una versión alemana de su obra “Täterschaft und Tatherrschaft” traducida recientemente. Como tal, es un título de imputación que no necesariamente debe estar descrito en un texto legal para que se entienda su compatibilidad con la exigencia de determinación del tipo legal (ampliado). Se trata en suma de un aparato teórico desde el que se da sentido a los elementos objetivos del tipo penal involucrado, porque pone en relación con un individuo con los elementos que lo configuran por el dominio de la voluntad del ejecutor material. En el Código Penal de 1924 se daba una definición de autoría (art. 100), en el que su amplitud podía admitir la posibilidad de realización del hecho punible a través de otro. En efecto, de acuerdo con el artículo citado son autores: “...los que

tomaren parte en la ejecución del hecho punible”. El sentido posible que se dé a tal definición no excluye en nuestro concepto los alcances de la autoría mediata, ni cualquier otra modalidad de autoría, pues la realización del hecho punible puede concretarse directamente o través de o con la intervención de otros intermediarios o coautores materiales. La confusión conceptual de la defensa radica en considerar que los textos legales siempre acogen categorías dogmáticas y con ello anquilosan su contenido.¹⁷¹

La autoría mediata a través de aparatos de poder abarca tanto al abuso de una estructura de poder estatal, como y sobre todo a una estructura no gubernamental como en los supuestos de la macro criminalidad o criminalidad organizada como la presente. Lo relevante desde la perspectiva de la autoría mediata con uso de aparatos de poder es el hecho que exista una estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y en el que el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho, cuya decisión se trasmita a través de una cadena de mando, en la que cada agente trasmisor sea igualmente un autor mediato. Esta dinámica en la transmisión de la voluntad del autor mediato es factible de presentarse en una organización criminal. Más aún, si la estructura de poder es altamente jerarquizada, y la fungibilidad de sus miembros (ejecutores del acto) está fuertemente condicionada por la verticalidad y el centralismo. En consecuencia, teóricamente es posible evaluar la conducta del líder o cabecilla de una organización terrorista dentro de este contexto organizacional.

Respondido preliminarmente el cuestionamiento de los procesados sobre la autoría medita, este Supremo Colegiado, en mayoría, comparte la línea de argumentación desarrollada por la Sala Penal Nacional en el Décimo Tercero

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Penal Transitoria. Caso Abimael Guzmán y otros R. N ° 5385-2006, pp. 25-26

Considerando de la sentencia denominado “Las bases de imputación individual”, agregando lo siguiente: La autoría mediata como criterio de imputación tiene su mayor sustento en la teoría del dominio del hecho de Roxin que recoge nuestro Código sustantivo en su artículo 23. Al respecto Urquiza Olaechea se pregunta “¿qué teorías se acogen en el CP peruano para configurar el concepto de autor en los delitos comunes? La respuesta a esta interrogante es: el CP del Perú de 1991 ha adoptado las modernas teorías del dominio del hecho”. El mismo autor añade “ La doctrina del dominio del hecho, tiene como meta superar las dificultades de las teorías unitarias y de las teorías diferenciadoras clásicas, en cuanto vistas aisladamente, dejan sin resolver problemas esenciales respecto del autor y de la participación” (Artículo “ El Concepto de Autor de los Delitos Comunes en la Dogmática Penal y su recepción en el Código Penal Peruano”, pág. 598, en Libro: Dogmática Actual de la Autoría y Participación Criminal, Idemsa, Lima, 2007). Es decir, la teoría del dominio del hecho permite, entre otras ventajas, distinguir más claramente la diferencia entre autor y partícipe, así será autor quien domina la configuración del injusto y partícipe quien no ejerce tal dominio y sólo colabora con un hecho doloso ajeno. Consecuentemente, no compartimos la posición de que hay que abandonar toda la doctrina sobre autoría y participación ni menos podemos certificar el ocaso o el deceso de la teoría del dominio del hecho. En el caso materia de este pronunciamiento, la autoría mediata por dominio de organización que se imputa a Guzmán Reynoso y sus coprocesados parte por determinar si el denominado Partido Comunista del Perú conocido como “Sendero Luminoso” se configuró como un verdadero aparato organizado de poder donde la cúpula dirigencia pueda responder a título de autor mediato en tanto sus militantes de base o cuadros intermedios fueron los ejecutores materiales o autores inmediatos de los delitos

que se les atribuye. La respuesta es afirmativa, el PCP-SL, se construyó a escala nacional, con células, comités zonales, sub-zonales, regionales y en el vértice el Comité Central con Guzmán Reynoso a la cabeza, llegando a contar con treinta y tres mil “combatientes” según versión de la propia organización. Con mayor razón, si en el contexto de su denominada “ guerra popular” todas sus estructuras se militarizaron y su principal principio de organización, el “centralismo democrático”, que presuntamente combina centralismo con democracia, con predominio de uno de sus componentes según el momento político, resulta obvio que la democracia interna estaba subordinada a un rígido centralismo donde las órdenes o directivas de la dirección nacional, Comité Central, simplemente se acataban en base a una férrea disciplina partidaria. Así se puede entender que la orden de dar muerte a los sesenta y nueve comuneros de Lucanamarca provino del Comité Permanente del Partido, pero fue ejecutada por los miembros del Comité Regional Cangallo-Fajardo, por lo que, los que dieron las órdenes resultan ser los autores mediatos y los ejecutores los autores directos. En relación a la fungibilidad de los ejecutores de los hechos delictivos no cabe duda que este elemento de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, en este caso, no estatal, aparece nítidamente por el simple hecho de que la dirigencia nacional del PCP-SL aprovechó la disciplinada estructura de la organización subversiva siendo conocido que incluso sus militantes firmaron las llamadas “ cartas de sujeción al Presidente Gonzalo” que no era otra cosa que una declaración formal y solemne de sometimiento incondicional a la voluntad de su líder y su organización y una suerte de renuncia a su propia identidad civil. En tal circunstancia, si un cuadro o militante, por cualquier razón, incumplía la tarea criminal encomendada, otro podía sustituirlo o aplazarse algún operativo subversivo como ocurrió en el aniquilamiento de Felipe Santiago Salaverry

logrado después de seis intentos, y si en otros casos quedó en grado de tentativa se debió a la eficacia de respuesta de las fuerzas del orden. Se puede sostener del mismo modo que en organizaciones o aparatos de poder como el PCP-SL el grado de fungibilidad de los autores directos del delito de terrorismo, que por lo general no es simultánea sino sucesiva, supera con creces a la del crimen organizado para casos de delitos comunes como la del narcotráfico transnacional, para poner un ejemplo, donde también puede darse la figura de autoría mediata. De las tres formas de dominio del hecho: por acción, por voluntad y dominio del hecho funcional, en el presente caso la imputación penal aplicable es por dominio de la voluntad en la modalidad que se conoce como dominio por organización, pues, se ha establecido que los acusados han actuado dentro de una organización con nítida primacía de relaciones verticales, con subordinación de los ejecutores directos propias de la autoría mediata y no de relaciones horizontales propias de la coautoría. Según la doctrina dominante, tres son los requisitos para que se configure el dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados: a) organización con estructura jerarquizada rígida, b) fungibilidad de los autores inmediatos y c) apartamiento del ordenamiento jurídico. El análisis de lo actuado, en opinión mayoritaria de este colegiado, permite concluir que en el presente caso se tiene configuradas las condiciones antes reseñadas, y, por lo tanto, los protagonistas de los hechos deben responder a título de autores mediatos¹⁷²

Al respecto, en el Recurso de Nulidad en el caso Guzmán, se pone de manifiesto la aplicación de la tesis del dominio de la organización en aparatos organizados de poder, sin embargo, y con mayor criterio, se habría pronunciado uno de los defensores de la

¹⁷² Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Penal Transitoria. Caso Abimael Guzmán y - otros R. N ° 5385-2006, pp. 27 – 28 – 29.

escuela funcionalista y que en ese tiempo integraba la sala, así, se emitió el voto singular del magistrado Javier VILLA STEIN quien manifiesta su postura normativa con respecto a la responsabilidad penal del proceso Guzmán y emite su voto singular¹⁷³

¹⁷³ LA SECRETARIA DE LA SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CERTIFICA QUE EL VOTO CONCORDANTE DEL SEÑOR VOCAL SUPREMO JAVIER VILLA STEIN ES COMO SIGUE:

“Si bien estoy de acuerdo con mis colegas sobre las consecuencias jurídicas de la responsabilidad y merecimiento de pena del encausado Abimael Guzmán Reinoso respecto de los actos terroristas concretos y que fueron declarados probados por la Sala Superior, sin embargo, llego a la misma conclusión con argumentos teóricos parcialmente distintos a los planteados por mayoría. En este sentido, sostengo que la responsabilidad involucrada es por coautoría y no por autoría mediata, por las siguientes razones: La cuestión que debe replantearse es si efectivamente la autoría mediata es aplicable, en los términos en los que han sido expuestos por la recurrida, al presente caso. Considerando la estructura y la dinámica de la organización terrorista (altamente vertical y centralizada); el compartimentaje horizontal de sus órganos de ejecución (células); la autonomía en la ejecución que podía esperarse de militantes altamente ideologizados, con evidente y elevada formación político militar, con una cosmovisión unitaria del Estado y la sociedad actual y propaganda elaborada y compartida, con planes político estratégicos comunes, es cuestionable la admisión de esta forma de autoría, sustentada precisamente en la dudosa fungibilidad de sus órganos ejecutores. Lo paradigmático de la autoría mediata, a quien Günther JAKOBS denomina “autoría directa disfrazada” (El ocaso del dominio del hecho. En: El sistema funcional del derecho penal. Lima, 2000 página 192), el actuante, el operador, el instrumento lo es de un círculo de organización ajeno y su aporte es mecánico, impersonal, no comprometido, cosa que desde luego no ocurre en el actor subordinado de una organización terrorista como en la que militan los coautores bajo juzgamiento, ámbito de codelincuencia en el que el dominio del hecho es co-dominio, o dicho de otro modo el

Ahora bien, otras de las posturas de la Sala Penal Especial, con respecto al título de imputación del procesado expresidente Alberto Fujimori Fujimori, se circunscribe al

dominio del hecho en su conjunto “sólo es poseído por el colectivo” (JAKOBS loc cit.) involucrado, pues se trata de una comunidad colectiva conectada objetivamente de cara a los propósitos y logros de daño a la sociedad, a quienes se puede objetivamente imputar el resultado previsto por el tipo penal tocado. Los ejecutores materiales de los hechos probados por la Sala Superior son sujetos que, plenamente responsables, exhiben condiciones y aportan lo suyo en el marco de una división organizada de trabajo global, del que son coautores. El mayor o menor dominio del plano total no explica el tipo de autoría, sino tan solo su mayor o menor participación. Ciertamente, el codominio del hecho de Abimael Guzmán Reinoso fue mayor por su posición funcional y central dentro de la organización terrorista, que la de los demás coautores comprometidos en los planes operativos concretos. En este contexto, mal podría tratarse al o los ejecutores como unos intermediarios materiales fungibles, si se constata que en la práctica hubo una distribución (vertical) de roles y tareas. Se trata en realidad en el presente caso de imputar a título de coautor la responsabilidad del recurrente. Esta modificación del título de imputación no incide sin embargo en la congruencia de la acusación fiscal con la sentencia emitida. La consecuencia jurídica es la misma; esto es, que la pena que correspondía en cualquier caso es la del autor. Al respecto, el artículo 23 del Código Penal vigente hace referencia tanto al que ejecuta el hecho punible, por sí o través de otro, como a los que lo realizan de manera conjunta. La coautoría en el presente caso es objetiva tanto por la comunidad de objetivos del autor principal Abimael Guzmán, líder máximo de la organización terrorista, con sus integrantes, como por la distribución vertical, compartimentada y específica de las funciones y tareas para la ejecución de actos terroristas concretos. En consecuencia, MI VOTO es porque se condene al encausado Abimael Guzmán Reinoso como coautor del delito de terrorismo respecto de los hechos declarados probados en la sentencia venida en grado. *Corte Suprema de Justicia Segunda Sala Penal Transitoria. Caso Abimael Guzmán y otros R. N ° 5385-2006, pp. 124.*

mismo sentido, la responsabilización a título de *autor mediata por dominio de la organización*, cuyos presupuestos son expuestos del siguiente modo:

En el fundamento 745¹⁷⁴ de su sentencia, el Tribunal sustentó la autoría mediata de Fujimori, declarando que:

“...las actuaciones de los integrantes del Destacamento Colina (Caso Barrios Altos y La Cantuta) y del Servicio de Inteligencia del Ejército (Caso Sótanos SIE), le resultan imputables a título de autoría mediata por dominio de la organización, al ex presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, quien desde la cúspide del aparato estatal impartió las órdenes para la ejecución de los hechos gravísimos materia de estos procesos acumulados”.¹⁷⁵

La fundamentación de la autoría mediata por organización realizada por la Corte Suprema es expuesta en el párrafo tercero del capítulo segundo de la tercera parte de la sentencia referida a los fundamentos jurídicos penales. En el indicado párrafo titulado “la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados” la sentencia – en clara asunción de las tesis del profesor *Claus Roxin* – presenta la siguiente fundamentación: la autoría mediata por organización tendría como soporte fundamental la “existencia previa de una organización estructurada”, vertical y jerarquizada. Ésta debe poseer “una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su

¹⁷⁴ Sala Penal Nacional. Caso Fujimori. Fundamento 745

¹⁷⁵ Sala Penal Nacional. Caso Fujimori. Fundamento 718.

interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional”¹⁷⁶.

Ahora, bien, no coincidimos con la posición de la Corte al respecto de la atribución de la tesis de la *autoría mediata en aparatos organizados de poder*, puesto que como se expuso en las líneas que han fundamentado este trabajo, la autoría mediata requiere de una instrumentalización del ejecutor, tanto así, que este no pueda responder ante el Derecho penal por el acto ejecutado, o que en su defecto pueda responder parcialmente por la acción con un nivel de culpabilidad reducida, así dice JAKOBS “FUJIMORI no dominaba tampoco sujetos que actuaban de manera irresponsable, esto es, no manipulaba a instrumentos, sino que actuaba conjuntamente con delincuentes responsables, de la misma manera que estos delinquían de forma conjunta con delincuentes responsables como aquéllos”¹⁷⁷.

Ahora bien, sobre la posibilidad de no asumir la coautoría en los casos de criminalidad organizada, aduciendo que faltaría en estos casos, la participación en la etapa de ejecución del hombre de atrás, sin embargo, como ya se expuso en las líneas de este aporte, no es presupuesto indispensable para la determinación de la coautoría que el hombre de atrás participe en la etapa de ejecución, aunque y en apariencia son actos aislados, no son desde el punto de vista normativo actos aislados, sino son acciones que se interconectan entre sí para configurar un sujeto global dirigido a infringir la norma jurídica negando su vigencia, pudiendo configurar el hecho *en el estadio previo* no excluyéndose su participación en la etapa de ejecución.

¹⁷⁶ PARIONA ARANA, Raúl. *El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana - análisis de la fundamentación dogmática de la sentencia de la corte suprema contra Alberto Fujimori*, Revista del Poder Judicial, Lima, 2011, p. 295.

¹⁷⁷ JAKOBS, Günther. *La autoría mediata – El caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010, p. 106.

Por ello, el jefe de la banda, el hombre del escritorio o el autor de despacho, es igualmente coautor junto con los miembros de su organización, que a juicio de ROXIN tendría que ser vertical, no siendo posible asumir esta posición entre autores plenamente responsables, ya que quienes actúan dentro de un ámbito de competencia conectando sus aportes en un colectivo típico, responden responsablemente a título de autoría, así, quien ejecuta el hecho, es igualmente responsable bajo el principio de competencia organizativa y el principio de libertad de organización, que quien no actúa ejecutando el hecho pero lo dirige.

En tal sentido, no existen organizaciones verticales, a nuestro juicio - *como se refiere la cuestionada teoría* – si pudiese en este caso, responsabilizarse a los miembros de la organización por los delitos cometidos, sí los mandos altos, intermedios y ejecutores, se encuentran en igual posición frente al Derecho penal, es decir, su condición de *persona*, es posible, en ese sentido que respondan a título de coautores, puesto que no ha mediado en ellos instrumentalización alguna, muchos menos se puede afirmar que el aparato organizado de poder sea el instrumento del hombre de atrás, dada la condición de libertad de los ejecutores, termina siendo incierto el dominio absoluto que pueda ejercer el hombre de atrás tal y como afirma ROXIN, puesto que si atendemos a que son ejecutes fungibles, no existe ninguna seguridad acerca de la ejecución del hecho.

HIPÓTESIS GENERAL ¿LA INTERPRETACIÓN DEL ART. 23 DEL CÓDIGO PENAL A TRAVÉS DE LA TEORÍA NORMATIVO FUNCIONAL CONTRIBUYE A SOLUCIONAR EL PROBLEMA DE LA INTERVENCIÓN DELICTIVA?	
TABLA 1: LA AUTORÍA EN LA JURISPRUDENCIA PERUANA	
POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS GENERAL.
En la exposición que se ha abordado en las líneas anteriores, hemos demostrado que la Corte Suprema de Justicia del Perú, asume como criterio delimitador de la responsabilidad penal del autor, coautor y autor mediato en la comisión de un delito, a la denominada <i>teoría del dominio del hecho</i>. Como se ha evidenciado en sus ejecutorias supremas, ha asumido esta posición jurídica al momento de la determinación de la responsabilidad penal de los intervinientes en el delito. No habiéndose evidenciado luego de la verificación de datos, que la jurisprudencia peruana haga alusión siquiera o un acercamiento a la teoría normativo funcional para la determinación de responsabilidad penal; ello conllevaría a	Expuesta nuestra posición acerca de los alcances del artículo 23 ° del Código penal, se ha evidenciado a lo largo del presente aporte, cuáles son los paradigmas de la teoría de la autoría y participación, y cuáles son los mecanismos aplicables en la jurisprudencia peruana. A raíz de estos paradigmas y de estos mecanismos – <i>en su mayoría interpretativos</i> – es que hemos elaborado una sistematización de la llamada teoría de la intervención delictiva, cuyo aporte esencial se ha puesto de manifiesto recurriendo a los postulados de la teoría funcionalista – normativa. Se ha plasmado en las líneas que han presidido el presente aporte, las escuelas jurídico-penales de la intervención delictiva, sus fundamentos dogmáticos, y

afirmar que la doctrina y la jurisprudencia en este ámbito han sido conectadas sin objeción alguna por parte del operador jurídico.	se ha rebatido con fundamento <i>la teoría del dominio del hecho</i> que es doctrina dominante en la aplicación de casos prácticos en la jurisprudencia nacional. Así, todos los aportes de esta teoría que han sido objeto de análisis no concuerdan con las exigencias normativas con respecto a los nuevos enfoques actuales del Derecho penal, en tal razón, asumir una teoría de por sí naturalista, anclada a aspectos subjetivos y objetivos, no es plausible en un Derecho penal funcional. En tal sentido, desde la perspectiva normativo – funcional, la configuración de los tres aspectos esenciales que configuran del concepto de autor, desde <i>la autoría directa, la coautoría y autoría mediata</i>, debe realizarse desde un análisis de imputación objetiva. Ello conllevara a la aplicación del artículo 23° desde ópticas normativas, atribuyendo la responsabilidad penal a título de autor o cómplice acorde al sentido social – normativo de la conducta criminal.
--	--

RESULTADO: El criterio delimitador de la responsabilidad penal del autor, coautor y autor mediato no debe encuadrarse en un análisis teórico acerca del dominio que se haya ejercido en el evento delictivo, sino acorde al análisis de imputación objetiva acorde al estudio de la teoría del riesgo permitido y el ámbito de competencia responsable del sujeto actuante.	

HIPÓTESIS ESPECIFICA	
LA CONSTRUCCIÓN DEL DOMINIO DEL HECHO COMO CRITERIO INDIVIDUALIZADOR DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS INTERVENIENTES EN EL DELITO ACARREA ERRORES METODÓLOGICOS POR ESTAR ANCLADA A UNA PERSPECTIVA ONTOLÓGICA QUE DESCONOCE EL SENTIDO FUNDAMENTALMENTE SOCIAL – NORMATIVO DE IMPUTACIÓN OBJETIVA LA CUAL CARACTERIZA AL AUTOR.	
POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA Y CORTE SUPERIOR	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS ESPECIFICA
Como se ha evidenciado en los párrafos anteriores, la delimitación en el ámbito de la autoría y participación, la jurisprudencia peruana asume como criterio delimitador la teoría del dominio del hecho, pero cabe afirmar cuestionarse lo siguiente: ¿acaso es el único criterio que se puede aplicar para la resolución de este tipo de casos? ¿es correcta la aplicación de esta teoría?; ante ello, la respuesta que nosotros asumimos es negativa y ello porque la jurisprudencia no ha advertido en sus ámbitos de aplicación los errores metodológicos de la teoría del dominio del hecho. Estos errores, se han evidenciado y	La autoría desde nuestra perspectiva, no debe analizarse a través de la teoría del dominio, sino desde un análisis de competencia por la actuación del autor, que se da en un ámbito de sociedad de libertades, donde la <i>persona</i> en derecho, configura su libertad organizativa de modo que si en esta organización mediase una organización defectuosa que desemboca en un acto delictivo, así, siempre no se debe atribuir la autoría en el último en actuar, que muchas veces puede ejercer el dominio, sino desde el análisis de si el hecho cometido se le puede atribuir a mérito de responsabilidad por la comportamiento y por el resultado,

cuestionado a lo largo del desarrollo de esta tesis, habiendo identificado errores de aplicación en los tres ámbitos de la intervención delictiva que consagra el artículo 23 del Código penal, siendo por ello erróneo afirmar que el problema de la intervención delictiva haya de resolverse acorde a la teoría del dominio del hecho, puesto que ella se centra solamente al análisis de la acción típica del sujeto actuante, más no fundamenta el sentido social normativo de la conducta, determinado solamente cual es la cualidad de la contribución, es decir, cual el tipo de contribución que se ha prestado para la comisión del ilícito penal, más no determinando si esta contribución es en grado de autoría o complicidad, la situación se torna más complicada cuando en la intervención aportan dos o más sujetos, o cuando el hecho es cometido a través de otro, o cuando se comete un delito en el mando de un aparato organizado de poder; todas estas categorías derivadas esencialmente de la teoría del dominio del hecho, no encuadran en un análisis normativo de la	no siendo atribuible la autoría, aun cuando en el que ejecuta el hecho haya ejercido dominio, cuando este no tenga la responsabilidad por la actuación sobre el <i>riesgo permitido</i>, puede en muchos casos que la responsabilidad en cuestiones de autoría directa no desemboque en el último que ha ejercido el dominio, sino puede que detrás de él, haya quién o quienes ejerzan la competencia por el riesgo prohibido. La coautoría, desde la perspectiva del dominio tampoco es admisible en un Derecho penal funcional, ello en razón que establece sus presupuestos dentro del ámbito del ontologismo y naturalismo, que – como ya se expuso – ha sido superado en la época actual por los alcances normativos. Así, asumir una coautoría acorde a la existencia de un plan común y una <i>indispensable</i> participación en la etapa de ejecución es superflua y de un modo claro pre – jurídico. La razón es que, como se ha expuesto en líneas precedentes, las reglas de aplicación de la coautoría en el
---	--

conducta; ello porque atribuye la autoría a la calidad del dominio que hayan tenido los intervinientes, pero como se expuso, en la intervención entre varios, cada quien ejerce un grado de dominio en el delito. Y así mismo, en la autoría mediata derivada de un aparato organizado de poder, no podríamos asumir que el hombre de atrás ejerce el dominio, puesto que los ejecutores resultan – como afirma el propio ROXIN – ejecutores fungibles. Estos son los criterios que aplica la corte suprema en la resolución de casos prácticos, y en reiterada jurisprudencia, como se ha identificado en párrafos anteriores, se aplica la teoría del dominio del hecho como el criterio delimitador de la responsabilidad penal, incluso circunscribiendo la aplicación de la teoría tal y como obra en la bibliografía, no dándole nuevos alcances interpretativos al art. 23° del Código penal. Ahora bien, si observamos la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema, podremos advertir que esta ha definido el	Derecho penal funcional no requieren la existencia de un plan común, tampoco de una participación en la etapa de ejecución, existiendo casos, como el jefe de la banda, quien no actúa ejecutando el hecho, pero que a juicio nuestro, igualmente responde como <i>autor</i>. Ello, en razón, de que la atribución del resultado a título de <i>coautores</i> debe analizarse desde la teoría del sujeto global, por ello, la responsabilización de los intervinientes no se determina de un modo cualitativo, en razón de la calidad del aporte, sino de un modo cuantitativo, por haber configurado un único sujeto global que infringe la norma jurídica, no siendo indispensable para ello la participación en el <i>estadio previo de la ejecución</i> o en la propia <i>ejecución</i>, basta por tanto, que hayan aportes esenciales que interconecten las acciones para crear el resultado buscado, siendo que todos responden por el acto realizado. La autoría mediata que se propugna en la teoría del dominio del hecho es admisible a nuestro juicio de un modo parcial en
--	--

tema en cuestión del siguiente modo: <u>Autoría:</u> <i>“Es autor el que realiza por sí el hecho punible; y que la doctrina dominante en lo referente al tema indica que (...) es autor la persona que domina finalmente la realización del hecho mediante la voluntad de ejecución que dirige en forma planificada es lo que transforme al autor en señor del hecho. Por esta razón, la voluntad final de la realización del momento general del dominio del hecho”</i> <u>EXP. N° 629 – 98 – B – LIMA.</u> <u>Coautoría:</u> <i>“Empero, la intervención de los imputados –en el presente caso– debe apreciarse desde la coautoría. Así: son coautores los que de común acuerdo toman parte en la ejecución del delito co-dominando el hecho, los agentes intervienen en la co-realización de la</i>	cuanto a sus constructos, no coincidiendo nuestra posición, desde un modo normativo – funcional, con la consideración de una tercera forma de autoría mediata instituida por ROXIN como <i>autoría mediata en aparatos organizados de poder</i>, razón de ello, son las propuestas dogmáticas expuestas líneas arriba y que la jurisprudencia debe analizar para solucionar los casos de criminalidad organizada, dado que la <i>instrumentalización</i> a la que se refiere la tradicional autoría mediata no es coincidente con los aspectos nuevos de la teoría de ROXIN, por ello, al no suplir el vacío de la instrumentalización con respecto a la responsabilidad de los ejecutores al delito, termina siendo una teoría errónea, que establece también una actividad en el ámbito de la organización de un modo vertical, sin embargo, ello no es admisible, puesto que la verticalidad es una condición de superioridad de un sujeto sobre el otro, y esta superioridad solo se puede dar cuando el sujeto de atrás instrumentaliza al otro, si esto no fuese así, no es posible la verticalidad en
---	---

acción típica. Salvo muy contadas excepciones, los condenados, en general, adoptaron una decisión conjunta al hecho típico, que es lo que permite vincular funcionalmente los distintos aportes al mismo que llevaron a cabo; cada aportación objetiva al hecho en el estadio de ejecución está conectada a la otra mediante la división de tareas acordada en la decisión conjunta, y sus aportes fueron tales que sin ellos el hecho no hubiera podido concretarse”

**SALA PENAL PERMANENTE DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA. R. N. N° 825 – 2007.**

Autoría Mediata:

La autoría mediata a través de aparatos de poder abarca tanto al abuso de una estructura de poder estatal, como y sobre todo a una estructura no gubernamental como en los supuestos de la macro criminalidad o criminalidad organizada como la presente. Lo relevante desde la perspectiva de la autoría mediata con uso de aparatos de poder es el hecho que

sujetos que actúan de un modo igualmente responsable, por tanto, estas organizaciones que actúan al margen del derecho, no son de naturaleza vertical, razón de que los ejecutores responden igualmente ante el Derecho penal por las acciones realizadas. Así, el elemento fungibilidad, tampoco es admisible, por los dos primeros motivos, al no existir instrumentalización y verticalidad con respecto de la organización, no existe por tanto ningún tipo de dominio sobre los ejecutores, puesto que las organizaciones son fungibles por no existir dentro de ellas, ningún dominio del hombre de atrás.

Arribadas estas conclusiones, es razón de esta tesis, una sistematización de la intervención delictiva, para una aplicación del Derecho penal, acorde a los fundamentos de la escuela funcionalista con respecto a la teoría del delito, que actualmente y con mucho auge, ha ingresado en la dogmática penal contemporánea, contribuyendo a la solución de casos prácticos de un modo

<i>exista una estructura jerárquica, con ejecutores fungibles y en el que el hombre de atrás ejerza un dominio del hecho, cuya decisión se trasmite a través de una cadena de mando, en la que cada agente trasmisor sea igualmente un autor mediató. Esta dinámica en la transmisión de la voluntad del autor mediató es factible de presentarse en una organización criminal. Más aún, si la estructura de poder es altamente jerarquizada, y la fungibilidad de sus miembros (ejecutores del acto) está fuertemente condicionada por la verticalidad y el centralismo. En consecuencia, teóricamente es posible evaluar la conducta del líder o cabecilla de una organización terrorista dentro de este contexto organizacional.</i> <u>SALA PENAL NACIONAL: CASO ALBERTO FUJIMORI</u>	eminentemente normativo, no siendo considerados ya las perspectivas naturalistas y ontológicas que por muchos años se han apoderado de la solución de casos prácticos, no siendo admisible ya en el presente caso, continuar considerando la <i>teoría del dominio</i> del hecho para la determinación de la responsabilidad del autor y el partícipe y, habiendo formulado los conceptos acerca de la teoría del delito funcional y el concepto funcional de autor, aducimos que este es el correcto esquema de interpretación que debe aplicarse en la jurisprudencia nacional
RESULTADO: Acerca del análisis de la jurisprudencia, hemos encuadrado la aplicación de la teoría del dominio del hecho en la solución de casos prácticos, sin embargo, tras un exhaustivo análisis de contenido teórico y práctico, hemos advertido que no se ha tomado en cuenta por parte de los operadores de justicia los errores de la teoría del dominio del hecho y las consecuencias en su aplicación. Asimismo, no se	

ha evidenciado, una invocación siquiera a la moderna teoría del derecho penal funcional en su vertiente de la intervención delictiva. Ahora bien, se ha demostrado que la teoría del dominio del hecho se encuentra anclada a una perspectiva natural - ontológica, debido a su contenido teórico, y a través del desarrollo de esta tesis se ha demostrado que no es el criterio correcto para la delimitación de la responsabilidad penal. El contenido esencial normativo de una conducta delictiva se debe analizar desde las ópticas normativas en un análisis de imputación objetiva; eso ha sido demostrado en la presente tesis y es el resultado de la contradicción de la teoría del dominio del hecho y sus categorías teóricas y jurisprudenciales.

CONCLUSIONES

1. En la jurisprudencia peruana se ha venido interpretando el artículo 23° del Código penal apoyándose en la doctrina mayoritaria de la *teoría del dominio del hecho*, ello se evidencia en los reiterados pronunciamientos judiciales de la Corte Suprema, Sala Penal Nacional y Cortes Superiores.
2. El artículo 23° del Código penal, no se debe interpretar recurriendo únicamente a la *teoría del dominio el hecho*, puesto que esta teoría contiene errores metodológicos dentro de su construcción, hecho que no ha sido advertido por la jurisprudencia, así, este artículo debe recurrir a las modernas teorías de la intervención delictiva, en específico, a la teoría funcional de autor; la razón es que los conceptos que expone la teoría funcional de autor si coadyuva para determinar el grado de intervención en el delito, más la teoría del dominio del hecho solo sirve para determinar la calidad del aporte desde ópticas puramente naturalistas y ontológicas.
3. El concepto de *autor*, *coautor* y *autor mediato* integrados en el artículo 23° del Código penal, deben ser diferenciados no recurriendo al tipo de dominio ejercido en el evento delictivo, sino recurriendo a un juicio de imputación objetiva, es decir a un análisis de competencia y ejercicio de roles sociales, cuyo quebrantamiento convierte en autor (si fuese realizado por uno solo), coautor (si el hecho se realiza a través de varias personas) y autor mediato (si el hecho es cometido a través de otro); tendiendo como base el principio de responsabilidad organizativa por el comportamiento y por el resultado.

SUGERENCIAS

De las conclusiones realizadas podemos sugerir algunas de las siguientes recomendaciones:

1. Se debe sistematizar tanto en la bibliografía y la jurisprudencia, cuales son los alcances del art. 23° del Código penal, al haber advertido que el criterio delimitador de la responsabilidad penal a título de autor, coautoría y autoría mediata no se encuentra arriagada solamente a la teoría del dominio del hecho, sino a los nuevos alcances de la teoría de la intervención delictiva y sobre todo enfocado en un Derecho penal funcional.
2. Los operadores del Derecho (jueces, fiscales y abogados), al analizar y resolver casos prácticos sobre el problema abordado, deben interpretar el artículo 23° del Código penal a través de un nuevo método teórico, máxime si con los nuevos avances de la ciencia penal, no se debe obviar que nos encontramos ante una moderna teoría del delito, que sienta sus bases en el funcionalismo normativo.
3. Se debe considerar el siguiente aporte teórico para la solución de casos prácticos, considerando las instituciones jurídico – penales expuestas en la presente investigación y debe profundizarse su estudio por parte de los operadores del Derecho para una mejor comprensión de la ciencia jurídico – penal.

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Autoría y participación y la teoría de los delitos de "infracción del deber"*, UNMSC, Revista Penal, Lima, 2004.
- BERRUEZO, Rafael, *Autoría y Participación: Desde una visión funcionalista*. B de F, Buenos Aires, 2012.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, ARA, Lima 2004. p. 463.
- BOLEA BARDÓN, Carolina. *Autoría mediata en derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- BRAMONT – ARIAS TORRES, Luis Miguel; *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 2ª Edición. Editorial EDDILI. Lima, 2002.
- CORCINO BARRUETA, Fernando. *Autoría mediata en aparatos organizados de poder: fundamentos dogmáticos y consecuencias prácticas* (manuscrito inédito)
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel. *La autoría en derecho penal*, PPU, Barcelona, 1991.
- DONNA, Edgardo. *La autoría y participación criminal*. 2ª edición. Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel; *Jurisprudencia Penal. Ejecutorias Supremas y Superiores 1998 - 2001*, Jurista Editores; Lima 2002.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Lecciones de Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal - Parte General*, Grijley, Lima, 2008.

- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en el Derecho penal*, B de F, Buenos Aires, 2007.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José. *La autoría mediata en derecho penal*, Comares, Granada, 1996.
- HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general I*, 3º ed., Grijley, Lima, 2005.
- JAKOBS, Günther. *Bases para una Teoría Funcional del Derecho Penal*, Palestra Editores, Lima, 2000.
- JAKOBS, Günther. *Cuatro tesis de Derecho Penal*, Ara Editores, Lima, 2011.
- JAKOBS, Günther. *El ocaso del dominio del hecho: Una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos*, Trad. Manuel Cancio Meliá, Grijley, Lima, 2000.
- JAKOBS, Günther. *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Universidad de Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- JAKOBS, Günther. *La autoría mediata – El caso Fujimori*, Ara, Lima, 2010.
- JAKOBS, Günther. *La imputación penal de la acción y de la omisión* (Trad. De Javier Sánchez-Vera Gómez – Trelles), cuadernos de conferencias y artículos N° 12, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

- JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en la Teoría de un Derecho Penal funcional*, trad. esp. De M. CANCIO MELÍA, y S. FEIJÓO SÁNCHEZ, 1º ed. Ed. Civitas, Madrid, 1996.
- JESCHECK Y WEIGEND. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. de Olmedo Cardenete, Comares, 2002.
- LESCH, Heiko. *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1997
- LESCH, Heiko. *¿Es la determinación común sobre el hecho presupuesto de la coautoría?*, Revista del Poder Judicial.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Autoría y participación*, Akal, Madrid, 1996.
- LÓPEZ, Hernán. *La autoría como dominio y la autoría como infracción de deber: perspectivas. Autoría, infracción de deber y delitos de lesa humanidad*, Ad-Hoc, Lima, 2011.
- LUHMANN, Niklas. *Sociedad y Sistema (Grundriss der allgemeinen Systemtheorie)*, Frankfurt, 1984.
- MACKINNON ROEHRS, Jhon. *Autoría y participación en el delito de receptación*, Universidad de Chile, Santiago, 2002
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal – Parte General*, B de F, Buenos Aires, 2004

- MONTORO BALLESTEROS, Alberto. *El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre Niklas LUHMANN y Günther Jakobs*, Anuario de Derechos Humanos, Murcia, 2007.
- MUÑOZ CONDE Y GARCÍA ARÁN. *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, 2007.
- PARIONA ARANA, Raúl. *Autoría mediata por organización*, Grijley, Lima, 2010.
- PARIONA ARANA, Raúl. *El posicionamiento de la teoría de la autoría mediata por organización en la jurisprudencia peruana - análisis de la fundamentación dogmática de la sentencia de la corte suprema contra Alberto Fujimori*, Revista del Poder Judicial, Lima, 2011.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Derecho penal peruano. Parte general*, Lima, 1977.
- PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general*, 3º ed., corregida y aumentada, Grijley, Lima, 1997.
- PEREZ ALONSO, Esteban. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Comares, Granada, 1998
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, omisión y sujetos en la Teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Lima, 2009.
- RODRÍGUEZ MEZA, Jaime de Jesús. *Estudio sobre la teoría del dominio del hecho en el código penal guatemalteco*, Guatemala, 2007.

- ROSALES ARTICA, David Emanuel. *La coautoría en el derecho penal ¿es el cómplice primario un coautor?*, PUPC, Lima.
- ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal*, trad. por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General. Tomo II: Especiales formas de aparición del delito. Trad. Diego – Manuel Luzón Peña, José Manuel Paredes Castañón, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal*, Thomson Reuters - Civitas, Navarra, 2014.
- ROXIN, Claus. *El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata*, Doctrina, Granada, 2006.
- TORRES JIMÉNEZ, 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*, PUPC, Lima, 2013.
- VERA TOSTE, Yan. *Autoría y participación*, Editorial Unijuris, Cuba, 2015.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal básico*, Editorial PUPC, Lima, 2017
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho penal - Parte general*, Grijley, Lima, 2006.
- VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal – Parte General*, Ara, Lima, 2014.

- WEEZEL, Alex Van. *Intervención delictiva y garantismo penal a la memoria de Juan Bustos Ramírez, Santiago*.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, trad. de Bustos Ramírez, y Yáñez, 1976.
- WESSELS, Johannes. *Derecho penal. Parte general*, trad. de Conrado Finzi, Ediciones Depalma, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio. *Manual de Derecho Penal- Parte General II*, Ediciones jurídicas, Lima, 2013.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José. *Derecho penal - Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.