

EL ÍTER CRIMINIS Y LOS SUJETOS ACTIVOS DEL DELITO

Christian Salas Beteta

I.- EL ÍTER CRIMINIS

El hecho punible tiene todo un proceso o desarrollo conocido como Iter Criminis, el cual tiene dos fases:

I. Fase Interna:

Como sabemos el Derecho Penal sanciona conducta y no pensamientos. Esta fase no se castiga ya que se encuentra dentro del pensamiento de la persona. Aquí hallamos 3 momentos:

I.1. Ideación.- Consiste en imaginarse el delito. Ejm: A quiere matar a B.

I.2. Deliberación.- Es la elaboración y desarrollo del plan, apreciando los detalles y forma en que se va a realizar. Ejem: A puede utilizar un arma de fuego y sorprender durante la noche a B.

I.3. Decisión.- El sujeto decide poner en práctica el plan. Ejem: A decide matar a B, con un arma de fuego y durante la noche.

2. Fase Externa:

En esta fase se exterioriza la fase interna, o sea, los actos planeados por la persona se realizan en el mundo exterior con el propósito de cometer un delito. Esta fase se divide en:

2.1. Actos Preparatorios.- Son aquellos que se presentan con anterioridad a la ejecución del delito y que están dirigidos a facilitarlos. En principio, los actos preparatorios no son punibles, salvo cuando en forma independiente constituyen delito. Ejem: A planea cometer un homicidio y para ello se agencia en el mercado negro de un arma de fuego. El delito presente en ese instante es el de posesión ilegal de arma de fuego.

2.2. Actos de Ejecución.- Estos aparecen con la exteriorización del pensamiento humano mediante conductas que tienen una determinada finalidad. Los actos de ejecución implican acciones u omisiones que están dirigidas a configurar el tipo penal. Ejem: A apunta a la cabeza de B y dispara un arma de fuego. Si los elementos del tipo se dan completamente, estamos ante la consumación del delito. En el caso: B muere a causa del disparo. Se consumó el homicidio. Si los elementos del tipo no se presentan completamente, el delito queda en tentativa. Supongamos que B no muere, quedando gravemente herido. Habría tentativa de homicidio, pero se configuraría el delito de lesiones.

Resumimos, entonces, a este nivel que la realización del delito se lleva a cabo en un proceso general que consta de dos etapas claramente diferenciadas: una primera, donde hallamos la ideación, deliberación y decisión criminal (**etapa interna**); y otra, que se presenta cuando el agente pone en obra la decisión (**etapa externa**): proveyéndose de los medios o instrumentos elegidos, con miras a crear las

condiciones para lograr la obtención del fin [actos preparatorios], comienza la utilización concreta de los medios elegidos en la realización del plan [actos de ejecución], y puede llegar a completar en su totalidad la acción descrita en el tipo, con todos sus efectos, es es, la obtención del fin típico planeado mediante los medios utilizados por el autor [consumación], y con ello lograr el objetivo que se había propuesto al cometer el delito, que se encuadra fuera de la acción típica [agotamiento]. A todo este proceso se la llama **Iter Criminis** (camino del delito). De estas etapas sólo entran en el ámbito de lo punible las de ejecución y consumación.

En este punto haremos un alto para dedicarnos al tratamiento de la tentativa:

(*) LA TENTATIVA

La tentativa constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, o sea, antes que se haya completado la acción como típica. La tentativa no constituye un delito independiente, no hay, pues, un delito de tentativa.

ELEMENTOS esenciales de la tentativa:

A) Decisión de cometer un delito.- Para que exista tentativa no basta la ejecución de ciertos hechos que puedan ser conducentes a un delito, es necesario que quien los ejecuta se haya “decidido a cometer” el delito intentado y no otro. Este es el elemento subjetivo de lo injusto que abarca el dolo dirigido a la realización del tipo. La decisión de cometer el delito debe concebirse en forma determinante. No actúa dolosamente quien todavía no está decidido a cometer un delito y sólo explora los presupuestos de su comisión. La situación es diferente cuando se ha tomado definitivamente la decisión y se hace depender la ejecución únicamente de la producción de una condición independiente de la voluntad del autor que debe decidir el comienzo de la acción ejecutiva. Ejem: no existe tentativa de una apropiación ilícita cuando el funcionario abre una carta para comprobar si merece la pena apoderarse de su contenido, y más bien, se configuraría el delito de apertura de correspondencia ajena; pero existiría tentativa de hurto si el autor penetra a la casa ajena con el propósito de apoderarse de cualquier cosa mueble útil que encuentre; y también cuando está decidido a cometer el hecho, pero primero quiere comprobar si encuentra algo de valor. De la necesidad del dolo en la tentativa se deriva una consecuencia: no hay tentativa por culpa, pues quien actúa culposamente no manifiesta la decisión de cometer el delito.

B) Comenzar la ejecución del delito.- Quiere decir que el agente se pone en actividad directa para realizar el tipo, a cuya consumación está dirigida el dolo del autor. La determinación del comienzo de la ejecución del delito se interpreta según dos puntos de vista distintos:

* **Teoría Formal–Objetiva:** Según esta teoría, para el comienzo de la ejecución del hecho, bastaba la iniciación de la acción típica, en sentido estricto, o sea, toma como criterio la estructura típica de los actos objetivos, exige que los actos ejecutados por el autor sean actos de iniciación de la conducta que constituye el tipo delictivo. Ejem: en el hurto sería un acto de ejecución sustraer la cosa mueble.

* **Teoría Mixta Subjetiva–Objetiva:** Esta teoría es seguida por la doctrina dominante. Atiende al significado de los actos. Considera que la ejecución del delito comienza cuando el autor realiza actos demostrativos (por su inmediata conexión con la conducta típica y su sentido) de que ha puesto en obra su finalidad de cometer un delito. Ejem: no es necesario que quien intenta hurtar sustraiga la cosa, basta

la finalidad de apoderarse de ella, entrando a la casa ajena.

C) Falta de consumación.- La tentativa existe desde que el autor, con el fin de cometer el delito, comienza a ejecutar su propósito delictivo, y puede prolongarse mientras el delito no se haya consumado. Hay, pues, falta de consumación cuando el tipo objetivo de lo injusto no está realizado o no está realizado totalmente.

Apreciamos, en suma, tres elementos en la tentativa, los cuales didácticamente podemos establecer de la siguiente manera: **1) Elemento Subjetivo.-** El sujeto activo debe actuar con una resolución criminal, es decir, con la decisión de cometer el tipo penal, por tanto, este actuar es doloso. Precisamente, la razón por la que no hay tentativa en los delitos culposos es que no existe una resolución criminal. **2) Elemento Objetivo.-** El sujeto activo debe haber comenzado la ejecución del delito. Y para determinar cuándo se comienza a ejecutar el delito debe considerarse: a) Según el plan del autor, se debe examinar la posición inmediata o directa del agente para la realización del hecho delictivo; y b) Se exige que se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido. Y **3) Elemento Negativo.-** El sujeto activo no debe haber consumado el delito. Es decir, el tipo penal no se debe haber consumado. Esto es, que no se ha cumplido el verbo rector contenido en el tipo penal.

Queda claro, entonces, que la tentativa implica que un sujeto con decisión criminal comienza la ejecución del hecho, pero no llega a consumarlo... y si ello ocurre (no se logran presentar todos los elementos del tipo) ¿porqué se sanciona la tentativa? La respuesta la hallamos en el siguiente punto.

FUNDAMENTO DE LA PUNICIÓN de la Tentativa

Reiteramos que, la tentativa se da cuando el sujeto da inicio a la ejecución de la acción típica mediante hechos directos pero faltan uno o más para la consumación del delito. La tentativa es castigada por nuestro ordenamiento jurídico y el fundamento de este castigo puede ser explicado por diversas teorías:

1) Teoría Objetiva.- Según esta teoría, el merecimiento de pena se centra en que el sujeto pone en peligro un bien jurídico. La tentativa se castiga entonces por la probabilidad de la lesión. De acuerdo a ello, no se castigan los actos preparatorios porque aún no se pone en peligro el bien jurídico. La consumación del delito se castiga con una mayor sanción que la tentativa por el grado de afectación al bien jurídico. Bajo el mismo criterio, no se castiga el delito imposible porque los actos del sujeto no resultan objetivamente peligrosos para el bien jurídico.

2) Teoría Subjetiva.- Esta teoría postula que, el fundamento del castigo a la tentativa radica en que el sujeto tiene una voluntad contraria al derecho. Es decir, que el dolo es el elemento fundamental para sancionar la tentativa. Si ello fuera así, se castigarían los actos preparatorios, la tentativa y la consumación tendrían la misma pena, y se castigaría el delito imposible. Para ello, bastaría entonces, la exteriorización de una mala voluntad que esté orientada a la ejecución de una acción reprobada por el derecho o a la obtención de un resultado jurídicamente lesivo.

3) Teoría Ecléctica.- Por la cual, la tentativa se castiga porque la voluntad del sujeto es contraria a la de la norma (Teoría Subjetiva) siempre que dichos actos produzcan una conmoción social. Por lo que, la tentativa y la consumación pueden tener diversas penas, dependiendo de la conmoción social.

Vemos, pues, que según la Teoría Subjetiva se reprime la tentativa porque el autor actúa con dolo, es decir, exterioriza una voluntad hostil al derecho. En tanto que, la Teoría Objetiva es la tesis tradicional

que sostiene que la tentativa se pena por el peligro que corre el bien jurídico. El Código Penal peruano de 1991 sigue la **Teoría Objetiva**, por lo que: no se castigan los actos preparatorios ni el delito imposible y la tentativa se reprime con menor pena que la impuesta ante la consumación de un delito.

CLASES de Tentativa:

* **Tentativa Acabada.**- Se da cuando el autor ha realizado todos los actos necesarios para la consumación, pero ésta no se realiza.

* **Tentativa Inacabada.**- Se da cuando el autor no realiza todos los actos necesarios para la consumación del delito.

Ambos tipos de tentativa se sancionan y para distinguirlos se debe seguir un criterio objetivo.

Comentario aparte, aunque muy breve, merecen las figuras del delito frustrado y del delito imposible y tentativa inidónea.

[*] El Delito Frustrado

En el fondo es un caso de tentativa, ya que no existe consumación. Existen diversas formas de interpretarlo:

* **Según la jurisprudencia:** Surge cuando el delito no se ha consumado debido a la intervención de terceros. Ejem: A se dispone a matar a B, pero es detenido por C cuando iba a disparar el arma de fuego.

* **Según la doctrina:** Se da cuando el sujeto realiza todos los actos necesarios para la consumación y además requiere la participación de un tercero que culmine el delito, lo cual éste no hace. Ejem: A decide matar a B, vierte veneno en su tasa y espera a que la mucama se lo sirva, pero ésta se equivoca y se lo da a C. Habría delito frustrado en relación a B y homicidio respecto a C.

[*] Delito Imposible y Tentativa Inidónea

Estas figuras no son sancionadas penalmente. Conforme al art. 17° del C.P. "No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto."

Como bien sabemos, para que el Derecho Penal pueda intervenir tiene como presupuesto básico la lesión o por lo menos la puesta en peligro del bien jurídico (Principio de Lesividad, art. IV del T.P. del C.P.). Entonces, en el caso del delito imposible y la tentativa inidónea no se cumple con la afectación ni con la puesta en peligro de un bien jurídico. Esto se pone de manifiesto cuando se presenta:

_ **La ineficiencia del medio empleado.** Ejem: un padre de familia cansado de que su hijo llegue tarde a la casa y en estado de ebriedad decide matarlo, por lo que cuando éste llega, aquél lo golpea con un periódico.

_ **La absoluta impropiedad del objeto.** Ejem: un asesino ingresa al domicilio de su víctima, lo ve tendido en la cama y le dispara. Tras el examen de necropsia se determina que la causa de la muerte no fueron las balas sino un paro cardíaco que el sujeto sufrió dos horas antes del hecho.

El delito es imposible si los actos ejecutivos de la decisión del autor de cometer un delito (ignorándolos) son inidóneos para consumar el delito. Se entiende la "inidoneidad" (ineficacia, impropiedad) en un doble sentido 1) la ineficacia absoluta del medio empleado por el autor para consumar el delito y 2) la absoluta impropiedad del objeto sobre el que recae el delito para que este se consuma.

Las **condiciones** del delito imposible son:

_ **La finalidad delictiva del autor.-** El delito imposible supone, como en la tentativa en general, que el autor tienda a cometer un delito previsto y penado por la ley.

_ **Inidoneidad del comportamiento del autor.-** El comportamiento del autor es inidóneo si no es apto para lograr el sentido consumativo del delito. Se dice que la ineficacia o impropiedad es absoluta si el comportamiento observado por el agente no pudiera, en general, consumar el delito de que se trata. Ejem: rezos, un vaso de leche, un terrón de azúcar,... no son aptos, en general, para lesionar o matar. Pero, naturalmente, la inidoneidad absoluta está supeditada a la no concurrencia de causas que excluyan la ineptitud del comportamiento del caso concreto. Las condiciones particulares de la víctima pueden darle eficacia causal para afectar la salud a un conjuro, un terrón de azúcar o un vaso de leche, por consiguiente, que la consumación del delito fuera imposible en el caso concreto.

El delito imposible no se castiga porque los actos ejecutados no crean peligro para el bien jurídico protegido por la ley penal, puesto que, siendo inidóneos esos actos, la posibilidad del peligro queda descartada.

Ahora bien, hemos establecido que la tentativa se sanciona atendiendo al peligro al bien jurídico protegido que causa el agente con la exteriorización de su voluntad criminal; sin embargo, cabe precisar que no todos los casos de tentativa resultan punibles, aquí aparece, pues, el tema del desistimiento.

EL DESISTIMIENTO

El desistimiento se puede presentar tanto en la tentativa acabada como en la inacabada. En este caso, la tentativa deja de ser punible cuando el agente voluntariamente desiste de proseguir la ejecución del delito, o impide la verificación del resultado.

El Desistimiento Voluntario se da cuando el agente voluntariamente abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación. Es decir, en el ámbito de la tentativa se distinguen dos hipótesis:

* Si el autor no ha hecho todavía todo lo que le parece necesario para la producción de la consumación del delito. En este caso hay un desistimiento voluntario propiamente dicho. Ejem: un ladrón después de abrir la puerta con una llave falsa, abandona la operación y se aleja.

* Si se han producido ya, según su criterio, todas las condiciones del resultado, de suerte que la producción del resultado sólo depende del efecto autónomo de factores causales o de la actuación de terceros, entonces el autor debe desarrollar una actividad contraria para evitar el resultado dañoso, lo que se llama también desistimiento o arrepentimiento activo o eficaz. Ejem: el sujeto que, después de

haber arrojado a otro al río, lo salva; o aquél que tras haber suministrado veneno a un sujeto, le proporciona el antídoto, evitando la muerte.

Basta que el desistimiento sea voluntario, no es preciso que sea espontáneo, es decir, que los motivos por los cuales se desiste el agente, sean exclusivamente suyos y no sugeridos por otros. Sin embargo, el desistimiento no debe ser producto de la coacción o amenaza, como cuando el ladrón escapa del lugar de su hazaña por miedo a caer en manos de la Policía, pues una cosa es el miedo y otra la persuasión obtenida mediante ruegos o exhortaciones, que no eliminan la voluntariedad del desistimiento.

El desistimiento en la tentativa inacabada debe reunir los siguientes requisitos:

* **Subjetivo.**- El agente en forma voluntaria debe decidir no proseguir con la ejecución del delito. El desistimiento no debe ser provocado (por temor o miedo), debe surgir de modo autónomo e incluso puede darse por un impulso externo que motive al agente. Ejem: persuasión de parte de la víctima.

* **Objetivo.**- El agente no debe continuar la ejecución del delito.

El desistimiento en la tentativa acabada (arrepentimiento) requiere un **comportamiento activo del sujeto**, el que consiste en la realización de actos destinados a evitar que se produzca la consumación del delito. La no punibilidad de la tentativa desistida o arrepentida es consecuencia de una excusa absolutoria sobreviniente, posterior a la ejecución del delito.

Entonces, resumiendo, los requisitos del desistimiento en la tentativa inacabada son: 1) la renuncia a continuar con la realización del hecho dirigido a la consumación; 2) la voluntariedad del desistimiento, que, según la fórmula de Frank, se traduce en “no quiero, aunque puedo”; y el carácter definitivo, pues la postergación hasta una ocasión más propicia no constituye desistimiento. En la tentativa acabada debe agregarse a estos requisitos que el autor impida la consumación por los medios que tiene a su alcance, antes de que el hecho sea descubierto, pues, después el desistimiento ya no puede ser voluntario.

El fundamento de la **IMPUNIDAD del desistimiento en la tentativa** puede deducirse:

a) Por razones de política-criminal de la **tesis del “puente de plata”** (Feuerbach) o del **“puente de oro”** (Von Liszt), tendido por la ley al delincuente a fin de que retorne a la ribera de la legalidad, o sea, que el Derecho perdona al que ya comenzó a ejecutar una acción típica, o incluso al que la realizó del todo, pero aún no ha alcanzado el resultado, a condición de que voluntariamente se abstenga de lesionar el bien jurídicamente protegido o impida eficazmente su lesión.

B) Por razones derivadas de la **“teoría del premio” o “de la gracia”**, según la cual, el desistimiento borra la mala impresión que el hecho causa en la comunidad, debiendo premiarse con el perdón o el levantamiento del castigo.

c) Por la **desaparición del fin de la pena** que expresa que cuando el autor se aparte voluntariamente de la consumación del hecho, demuestra que su voluntad de realizar el delito no ha sido lo suficientemente enérgica, por lo que, la pena no sería necesaria por razones de prevención general ni de prevención especial, y tampoco la idea de justicia la haría necesaria.

La impunidad alcanza a la tentativa del delito desistido pero no a los delitos ya consumados por el autor. Cuando hay desistimiento no se castiga la tentativa si el delito principal no se ha consumado, pero se castigan los actos practicados que constituyen delitos de por sí. Ejem: A decide matar a B a golpes y en

su ejecución se desiste. No habría homicidio, pero sí lesiones. En el caso de **participación de varias personas** sólo se exonera de pena al que se desiste o arrepiente. Conforme al art. 19° del C.P. “Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación.” En el caso de que uno de los agentes impida que se realice el delito, éste queda exento de pena pero los otros serán juzgados por tentativa. Ejem: 3 sujetos, previo acuerdo, ingresan a un banco y cuando están a punto de abrir la caja fuerte, uno de ellos se arrepiente y da aviso inmediato a la Policía, frustrándose el crimen. La segunda parte del citado artículo hace referencia a un “esfuerzo serio” para que no se ejecute el delito, este debe ser valorado de acuerdo a las circunstancias y a las posibilidades con que cuenta la persona que quiere impedir el delito.

2.3. La consumación.- se da cuando se realiza el verbo rector del tipo penal. Ejem: matar, robar, violar, etc. Realizar el verbo rector implica lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Cuando no se ha culminado la acción descrita por el verbo rector estamos aun en la fase de tentativa. El delito se consuma cuando se han reunido todas las características de la acción típica, o sea, el hecho cumple todas las exigencias del tipo respectivo. La consumación del delito importa el daño efectivo del bien que protege la pena, o la creación de un peligro concreto, o por lo menos, abstracto de un daño. Determinar el momento de la consumación es importante por varios motivos, además del fundamental (de aplicar la pena prevista para la realización del delito en su forma perfecta), en lo que se refiere al tiempo y lugar de comisión, en cuanto al momento en que se inicia la prescripción, en lo que se refiere a la competencia territorial del juez.

2.4. El agotamiento.- Los autores clásicos distinguieron el delito consumado del delito agotado. El agotamiento está más allá del proceso ejecutivo del delito, es un delito consumado mediante el cual el autor ha logrado el fin que se propuso al cometerlo, el ladrón consuma su delito al apoderarse de la cosa mueble ajena, pero lo agota al conseguir el enriquecimiento para sí o para un tercero. El agotamiento del delito es una fase posterior a la consumación, es decir, el delito ya se ha realizado. El sujeto activo ya no cumple con los elementos típicos sino que consigue satisfacer la intención que perseguía. El agotamiento no se castiga. Ejem: en el hurto, el agotamiento se manifiesta con el aprovechamiento económico.

II.- AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

La realización del hecho punible es sancionada en tanto pueda ser atribuida a una persona (sujeto activo). La redacción del Código Penal peruano se da sobre agentes que actúan individualmente, pero en la realidad se dan casos en los que intervienen dos o más personas, en estos casos es donde toma gran importancia el análisis del sujeto activo y de las personas que contribuyeron a que aquél cometa el delito. Este es, pues, el eje central del tema referente a la autoría y participación.

El hecho punible puede ser obra de una persona o de varios agentes. Cuando concurren varios agentes se presenta un doble problema: 1) la naturaleza material de la aportación al delito de cada uno de los concurrentes; y 2) la clase de responsabilidad penal contraída por ellos.

La naturaleza de la aportación al delito consiste en determinar: a) si el agente realiza su conducta de manera directa, de forma que el hecho típico cometido aparece como su propio hecho; o b) si su comportamiento produce el delito de manera indirecta, o sea, a través de la conducta de un tercero, de suerte que el hecho típico aparece como un hecho ajeno en el que el concurrente se ha limitado a

cooperar o colaborar. El primer supuesto es de autoría, el segundo, de participación.

La conducta del partícipe solamente constituye realización del delito o a través y por medio de la conducta del autor, de suerte que el injusto típico no puede imputarse al partícipe si no se imputa previamente al autor [Principio de Accesoriedad de la participación (“no hay cómplice sin reo principal”)].

Respecto a la distinción entre autores y partícipes, la doctrina nos presenta las siguientes teorías:

1) Teoría Negativas:

Niegan y rechazan que haya distinción entre autor y partícipe. Como bases de tal postulado tenemos:

1.1. El concepto extensivo de autor, que se apoya en la teoría de la equivalencia de las condiciones y según la cual es autor todo el que pone una condición de resultado lesivo, ya que todas las conductas son equivalentes, es decir, igualmente necesarias para la producción del resultado.

1.2. El concepto unitario de autor, que ve en el concurso de delincuentes un fenómeno unitario de índole asociativa (*societas sceleris*). Las distintas acciones de los concurrentes no pueden contemplarse aisladamente, pues forman parte de una operación única realizada por todos, por lo que, no sólo es autor el que ejecuta la acción principal, sino que todos lo son, a la vez. Según esta teoría, es autor el que aporta una contribución causal al hecho por mínimo que sea. Es decir, considera como autores a todos aquellos que, de una u otra manera, contribuyeron a la realización del hecho delictuoso. No interesa entonces, distinguir la intervención de cada sujeto. Ejem: A le entrega un arma a B, quien mata a C. Entonces, A es considerado también como autor de homicidio. Es notorio que con este criterio nadie se podría escapar de la sanción penal, no existiría entonces laguna de punibilidad, pero, como crítica a esta teoría salta a la vista que es demasiado amplia, por lo que todas las personas podrían ser consideradas autores de delitos que otros cometan.

1.3. El acuerdo previo, doctrina que entiende que el previo concierto de los concurrentes los convierte en autores, con independencia del carácter más o menos secundario de su aportación al hecho.

2) Teorías Positivas:

Aceptan la existencia de una efectiva diferencia entre autor y partícipe, y se dividen en las siguientes teorías:

2.1. Las teorías subjetivas. Que asocian la dirección de la voluntad y la actitud interna de quienes colaboran en el hecho. De modo tal que: Autor es quien, además de poderse considerar así desde la perspectiva causal, haya causado con *animus auctoris*, es decir, con ánimo de realizar el hecho como propio. Y partícipe es quien interviene en el hecho estimándolo como ajeno y no como propio, es decir, no actúa con *animus auctoris* sino con *animus socii*, pese a que causalmente su comportamiento sea equivalente al del autor. Esta concepción fue elaborada por Kostlin y llevada a la práctica por Von Buri. Señala que es autor la persona que ejecuta el delito como suyo (*animus auctoris*), y es partícipe quien ejecuta el delito como ajeno (*animus socii*). Entonces, no interesan los hechos objetivos por cada uno de los sujetos. Se niega el criterio básico referido a la equivalencia de condiciones. Mediante la aplicación de este criterio se hace depender el problema de la participación en consideraciones sobre la graduación de la pena, sin importar si el agente realiza o no una acción típica. Ejem: A le dice a B (su amante) que mate a C (su cónyuge). Según esta teoría, A sería autor del homicidio y B el partícipe.

2.2. El concepto restrictivo de autor. Para esta teoría no basta la causalidad del comportamiento del sujeto respecto a la existencia del hecho punible, es necesario, además, que realice la conducta prohibida por la norma que contiene el correspondiente tipo de lo injusto del delito de que se trate. De modo tal que, autor es pues, quien cumple con tal requisito. Es autor quien realiza la acción típica establecida en cada delito, por tanto, el que contribuye a que se realice éste no sería autor del delito; y partícipe es el que actúa fuera de ese ámbito. Por consiguiente, la conminación penal de comportamientos que no son de autoría sino de participación penal se consideran causas de extensión de la pena que cumplen la función de impedir la impunidad.

2.2.1. La teoría objetivo-material. Esta teoría se remite a un criterio material más allá de la mera descripción típica, la importancia objetiva de la contribución, es decir, atiende al valor sustancial de la aportación realizada. De forma que, autor es el que realiza una aportación al hecho de tal magnitud e importancia que permite, en una apreciación material, imputárselo como propio; y partícipe es quien no realiza tal tipo de aportación. Es autor quien aparte de realizar la acción típica proporciona una mayor peligrosidad al hecho. El asunto es determinar si el comportamiento del sujeto ofrece mayor peligrosidad ¿quién se encargaría de eso?

2.2.2. La teoría objetivo-formal. Esta teoría delimita al autor del partícipe a partir del dato normativo representado por la tipicidad. De modo tal que, autor es quien realiza todos o algunos de los actos ejecutivos propios del delito de que se trate; y partícipe es quien realiza acciones preparatorias o de auxilio y no actos ejecutivos. Es autor quien realiza estrictamente la acción típica. Sería entonces partícipe el que se limita a ayudar o cooperar en la ejecución del acto. Ejem: A y B deciden arrebatarle la billetera a C. De modo tal que, B provoca a C para liarse a golpes. En tanto que, A, aprovechando la distracción de C, sustrae la billetera. ¿Hubo robo? Es cierto que hubo violencia y sustracción del bien, pero estas condiciones no se dieron en una sola persona. Hablamos entonces de hurto donde A es el autor y B el partícipe; y, a su vez, B resultaría autor de lesiones en agravio de C.

2.3. La teoría del dominio del hecho. Esta teoría fue propuesta por Welzel y está profundamente vinculada al concepto ontológico (finalista) de la acción (idea del dominio final del acto) y al concepto personal de lo injusto para la acción dolosa. Esta teoría parte de un criterio restrictivo de autor expuesto en la teoría objetivo formal. Por dominio del hecho debe entenderse la voluntad y poder de disposición sobre el curso del suceso típico. Este requisito, a pesar de basarse en el dolo, es de naturaleza objetiva: lo decisivo no es la simple voluntad del dominio del hecho, sino el voluntario moldeado del hecho. De acuerdo a esta teoría se puede calificar como autor a la persona que sabe el qué, cómo y cuándo se va a realizar el delito; contribuye objetivamente al hecho (dominio funcional del hecho); y en el caso en que intervengan varias personas, quienes hayan acordado previamente la realización del hecho delictivo (plan delictivo).

Autor es quien tiene el “señorío” sobre el hecho, es decir, el concepto de autor se obtiene atendiendo al dominio que objetivamente ejerce el sujeto sobre la conducción de la acción. El autor es el que decide, en líneas generales, el sí y el cómo de la realización del tipo; el que tiene la última palabra y decide si el delito se comete o no; en tanto que, el partícipe es quien carece de tal dominio o control de la dirección del acontecimiento típico. El dominio del hecho puede consistir en:

- **Dominio de la acción** (inmediata o de propia mano). Se refiere a la realización directa del tipo doloso, es decir, a la realización final y por propia mano de todos los elementos del tipo objetivo. Es el criterio de imputación objetiva al ejecutor o ejecutores de todo el hecho típico.

- **Dominio funcional del hecho** (coautoría). Es el criterio de imputación de los coautores, a la

conurrencia de varias personas en la realización del hecho, según división de funciones de significancia esencial, acordadas en común antes o durante la realización. Se trata pues de un codominio funcional del hecho, de una correalización, según división de trabajo, en la fase de ejecución.

- **Dominio de la voluntad de otro** (autor mediato o de mano ajena). En este caso, es autor el que se vale de otra persona como mero instrumento para ejecutar el hecho. El autor actúa aquí por interposición de un instrumento humano, como mediador en el acto. Existen tres formas fundamentales de autoría mediata: 1) Utilizar a un hombre que obra por error; 2) Hacer uso de la fuerza; y 3) Mediante un aparato de poder organizado (caso de las bandas, por ejemplo).

En todos los casos es fundamental que el autor haya obrado con dolo. El que obra sin dolo carece del dominio del hecho. Por lo tanto, el problema de la distinción entre autores y partícipes sólo se presenta en los delitos dolosos. En los delitos culposos son autores todos los que infringen el deber de cuidado que caracteriza lo ilícito del delito culposos.

A estas alturas de la exposición, podemos afirmar que, todo aquél que interviene en la ejecución del delito puede ser calificado como autor. Sin embargo, las distinciones entre varios sujetos intervinientes en la comisión del delito se dan en base al grado de intervención de cada uno de ellos en el delito. Así surgen figuras como el autor (directo o inmediato) y los partícipes (instigador y cómplice, necesario y no necesario).

A) AUTORÍA

Clases de Autoría:

A.1. Autor Directo.- Es aquél que sabe el qué, cómo y cuándo se va a realizar el delito y contribuye objetivamente al hecho. Autor directo es el que realiza materialmente, en todo o en parte, el delito. Este concepto se encuentra implícito en la descripción que del sujeto activo se hace en cada tipo delictivo de la Parte Especial del Código Penal. Pero entendemos que no basta con invertir en la ejecución del hecho, sino también, tener el dominio sobre la realización y, en determinados casos, presupone determinadas cualidades que el ejecutor puede no ostentar. Para ser autor no basta con ser ejecutor, es necesario, además, poseer las cualidades para ser autor.

A.2. Autor Mediato.- El problema de la intervención en el delito estriba en la determinación de si la conducta del agente la realiza de manera directa, de suerte que el hecho punible realizado aparece como un hecho propio, o si, por el contrario, su acción produce el delito sólo de manera indirecta, es decir, a través de la conducta de un tercero, de suerte que, el hecho punible aparecería como un hecho ajeno respecto del cual el concurrente (autor mediato) quiere ocultarse. Entonces, existe autoría mediata cuando el autor, en la realización de la acción típica, se sirve de otra persona, que utiliza como instrumento. La autoría mediata es un caso de verdadera autoría donde el agente realiza el injusto típico como propio.

La naturaleza de autoría que caracteriza la conducta del autor mediato aparece con claridad en aquellas hipótesis en que el instrumento, si bien lleva a cabo el sustrato material del delito, no realiza el injusto típico: en tales casos hay un autor, el cual es mediato. Pero, además, en todos los supuestos de autoría mediata, la acción del autor produce el hecho injusto en virtud de una legalidad necesaria, no se trata, como en el caso del partícipe, de una simple contribución moral. Para que se dé la figura del autor

mediato se deben cumplir ciertos requisitos, como que, el autor mediato NO realiza actos objetivos; la persona que actúa como instrumento debe hacerlo sin dolo, es decir, no sabe que comete un delito o no tiene voluntad de cometerlo. Lo cual es fundamental para que no sea sancionado; la persona que actúa como instrumento lo hace conforme a derecho, ya que se encuentra bajo un error que ha sido producido por el autor mediato. Ejm: el policía que detiene a una persona en base a una denuncia falsa formulada por otra; la persona que actúa como instrumento puede ser incapaz, sea porque es menor de edad o porque es mayor pero con incapacidad psíquica o mental; así también, el instrumento puede actuar sin libertad, esto es, en el caso que sea coaccionado o amenazado.

Autor mediato es, pues, el que, para realizar un hecho punible susceptible de comisión dolosa, emplea un hombre como mediador en el hecho (instrumento). El autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza. De ahí el nombre de autor mediato, ya que entre él (“el hombre de atrás”) y la ejecución que pretende existe un intermediario (“el hombre de adelante”) del que el primero se vale para tal fin. El autor mediato domina el hecho mediante el dominio de otra persona (instrumento) que realiza el tipo en forma inmediata. Esta situación se da en dos casos:

a) Por dominio único sobre el injusto:

* **En relación a la tipicidad.** La falta de tipicidad puede provenir de su aspecto objetivo o subjetivo:
- Por falta de concurrencia del aspecto objetivo de la tipicidad, el instrumento puede obrar atípicamente por: engaño, violencia, inidoneidad para ser autor del delito.
- por falta de concurrencia del aspecto subjetivo de la tipicidad, se pueden presentar dos supuestos: que el instrumento actúe sin dolo o que falten en el instrumento los elementos subjetivos del injusto.

* **En relación a la antijuricidad.** Surge la autoría mediata cuando el instrumento actúa al amparo de una causa de justificación, o sea, cuando el instrumento actúa justificadamente. En este supuesto, el sujeto inmediato (“el hombre de adelante”) realiza el tipo legal respectivo, pero no un injusto, en virtud de una causa de justificación, por lo que el autor mediato (“el hombre de atrás”) tiene el dominio único sobre el injusto realizado.

b) Por dominio superior sobre el sujeto:

En la presente hipótesis tanto el autor mediato y el instrumento realizan el injusto, sólo que, el autor mediato se encuentra en una relación de superioridad absoluta respecto del autor inmediato. Hay dos autores pero el autor inmediato por su condición de subordinación no será en general responsable de su injusto, salvo aquellos casos en que la subordinación no implica la desaparición de su responsabilidad, así en los casos en que actúa por precio, promesa o recompensa, ciertamente el que los ofrece tiene el dominio superior, ya que puede ordenar la no ejecución del hecho hasta el último momento. Se presenta esta situación cuando alguien se sirve para la comisión de un delito de un inimputable o quien actúa por miedo insuperable o en error invencible de prohibición.

* Si el instrumento es inimputable. Habrá autoría mediata de parte del que lo utiliza, salvo que el inimputable haya conservado el dominio del hecho, en cuyo caso habrá instigación.

* Si el instrumento actúa por miedo. Cuando el efecto del miedo sobre el instrumento es muy fuerte y reduce altamente su libertad hasta el punto que pierde su decisión sobre lo que ocurrirá, el que infunde el miedo será autor mediato.

* Si el instrumento obra bajo error invencible de prohibición. El autor mediato será el que creó o aprovechó un estado de error invencible sobre la prohibición del instrumento.

Cabe precisar que NO existe autoría mediata en los delitos de propia mano que requieren una realización personal y en los delitos especiales que sólo pueden ser cometidos por determinados sujetos con determinadas calidades. Ejem: resulta incoherente que una persona viole a otra por medio de un tercero. Cosa distinta es que mande violar.

A.3. Coautoría.- Esta figura surge cuando la acción típica es realizada por dos o más personas, cada una de las cuales toma parte directa en la ejecución de los hechos. Para que esto se dé, todos los sujetos deben tener un dominio del hecho a través de una parte que le corresponde en la división del trabajo, previamente acordado (dominio funcional del hecho. Claus Roxin).

La coautoría se encuentra regulada en el art. 23° del C.P. y señala que cuando varios cometen un hecho común, todos serán reprimidos como autores. Coautor es, pues, quien tiene, juntamente con otro u otros, el codominio del hecho. Los coautores se dividen la ejecución del hecho en términos tales que disponen del codominio del hecho, sobre cuya consumación deciden en conjunto. El coautor debe de contar con las características exigidas para el autor. Desde un aspecto subjetivo la coautoría requiere de un plan común y de una distribución de funciones en la realización de un acuerdo mutuo (acuerdo conjunto); y en el aspecto objetivo, requiere que la aportación de cada coautor debe encerrar un determinado grado de importancia (actos ejecutivos conjuntos), de suerte que la colaboración de cada uno de ellos sirva para la realización del plan general.

La coautoría precisa de la concurrencia de dos presupuestos: 1. Objetivo: el plan común para la realización del hecho y que el coautor haya prestado una contribución objetiva a la realización del hecho. Y 2. Subjetivo: que haya tenido el codominio del hecho por acuerdo de voluntades, derivado del carácter conjunto que ha de revestir la ejecución.

En suma, es coautor quien tiene el dominio de la realización del hecho conjuntamente con otro u otros autores, con los cuales hay un plan común y una distribución de funciones en la realización del mutuo acuerdo.

B) PARTICIPACIÓN

El castigo de los partícipes es posible en la medida que, la ley lo establezca con reglas determinadas, pues, a diferencia de lo que sucede con la autoría, la participación no puede castigarse por el camino de la subsunción en el tipo, por la sencilla razón de que el partícipe no realiza el tipo. La punición es posible debido a una extensión en el ámbito de las personas responsables, por lo que, no se puede concebir la existencia de partícipes si no hay autores.

B.1. Instigador o Inductor.- De acuerdo al art. 24° del C.P. “El que, dolosamente, determina a otro a cometer el hecho punible, será reprimido con la pena que corresponde al autor.”

Es instigador el que determina consciente e intencionalmente a otra persona a cometer un delito doloso, pero sin participar en su ejecución, pues de lo contrario, pasaría de instigador a autor.

La determinación para que la persona cometa el delito puede darse por parte del instigador mediante palabras, es decir, el instigador convence al sujeto mediante argumentos; o a través del empleo de una

amenaza física o moral. Ejem: con un arma de fuego o con despedirlo del trabajo.

Las características de la instigación son:

_ Formación de la voluntad delictiva del autor. Es necesario que el instigador haya causado con su influjo psíquico la resolución criminal del instigado de ejecutar el delito consumado o intentado. Esto ocurrirá sólo en el caso que se suscite en el instigado la decisión, previamente inexistente, de realizar el hecho típico y antijurídico, pues, si el autor estaba ya decidido a ejecutar el delito cometido, el tercero será un cómplice en la medida de su auxilio o ayuda. Esta característica se suele identificar en la doctrina y en la jurisprudencia con el término “eficaz” con que de ordinario se clasifica a la instigación. Para adquirir trascendencia penal, la instigación ha de ir seguida del comienzo de la realización del hecho típico y antijurídico por el instigado, en virtud del principio de accesoriedad.

_ Determinación del autor del delito. La instigación tiene que ser abierta, clara y no encubierta ni insidiosa, y también que ha de haber una relación personal entre el instigador y el instigado, sin que sea óbice que el instigador actúe valiéndose de una persona interpuesta, por lo que se comprende también la participación en cadena, siendo indiferente el número de personas intermedias. Al requerirse la individualización del o de los instigadores y de los instigados no puede hablarse de instigación por culpa ni tampoco que el autor resulte un instrumento de tercero (autor mediato). En el caso del delito provocado, el agente provocador no es un instigador, porque entre el instigador y el autor no media la cooperación mencionada.

_ Realización del hecho doloso al que instiga. El autor debe consumir o intentar el delito, es decir, debe actuar típicamente (lo que implica una actuación dolosa) y de manera no justificada (de no ser así se podría hablar de autoría mediata pero no de instigación). Sin embargo, hay casos en los cuales la sola instigación constituye delito (arts. 113° y 302° del C.P.)

_ Indiferencia del medio a emplear. Los medios de que se valga el instigador para crear en el instigado la resolución criminal son indiferentes. La ley no formula limitación alguna, siempre y cuando tales medios no produzcan una total anulación de la voluntad del instigado, pues, en este caso, se trataría de una autoría y no de instigación.

_ Dolo del partícipe. No cabe una instigación culposa a un delito culposo ni una instigación dolosa a un delito culposo.

_ La instigación se refiere a la comisión de un hecho punible. Si la ley expresamente habla de “instigar a cometer”, es claro que sólo existe instigación a la autoría, no cabe la instigación a instigar o a prestar una simple colaboración o auxilio.

_ El instigador no responde por el exceso del instigado. Existe este exceso cuando el delito cometido por el instigado o la calificante en que se ha incurrido, no estuvo en la intención del instigador ni se le puede imputar a título de dolo eventual.

La pena que la ley determina para el instigador es la determinada para el delito, es decir, la que correspondería al autor.

B.2. Cómplice.- El art. 25° del C.P. señala que “El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

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

El cómplice se limita a favorecer un hecho ajeno y, como el instigador, no toma parte en el dominio del hecho. Los cómplices son los cooperadores, es decir, son los que ayudan (en forma dolosa) al autor a realizar el hecho punible. La complicidad puede definirse como aquella contribución o auxilio al hecho, anterior o simultánea, que ha sido útil para la ejecución del plan del autor.

La complicidad requiere estar conectada necesariamente al hecho principal, de modo tal que:

- Se debe prestar auxilio para la realización del delito, no importa de qué medios se trate. Este auxilio al que se hace referencia se manifiesta como el punto de conexión entre la complicidad y el delito cometido, es decir, funciona como un facilitamiento de la acción delictiva.

- El auxilio que presta el cómplice debe ser utilizado por el agente que va a cometer el delito, de lo contrario, no hay nexo entre el delito y la persona que lo facilita. Como excepción a ello, cuando el auxilio haya servido para reforzar la decisión criminal (complicidad psíquica) existe complicidad.

Es pues, cómplice el que coopera dolosamente a la ejecución de un hecho punible doloso por actos anteriores o simultáneos. El cómplice no tiene el dominio del hecho ni interviene en la ejecución del injusto, pues en caso de hacerlo sería autor. La complicidad exige que la cooperación se preste por actos anteriores o simultáneos. Los actos posteriores a la consumación no constituyen complicidad sino encubrimiento, pues la promesa de una ayuda posterior a la comisión del delito, que es lo determinante en la complicidad, es lo anterior a él. La complicidad debe ser dolosa y dirigida a un hecho doloso.

Como hemos señalado, el art. 25° del C.P. conoce dos formas de complicidad: necesaria o primaria (cuando preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado); y no necesaria o secundaria (cuando de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia).

La complicidad necesaria merece la pena de los autores, la no necesaria, una penalidad atenuada. Ello nos lleva a diferenciar entre una y otra. Tal distinción se basa en el grado de eficacia de los actos realizados con referencia al resultado concreto, tal y como ha sido producido por el autor. El artículo 25° del C.P. requiere la valoración del aporte. De modo que, es un cómplice necesario aquél sin cuyo auxilio o cooperación el hecho no habría podido cometerse. Es decir, a que el auxilio o cooperación sea tan indispensable que sin él no se hubiere verificado el delito cual se verificó. Es cómplice no necesario el que hubiere prestado asistencia “de cualquier otro modo” a la ejecución del hecho punible. La expresión “de cualquier otro modo” al mismo tiempo que excluye las situaciones en que la pena se equipara a la del autor, comprende cualquier otra forma de acción que importe cooperar en el delito, ya sea física o psíquica.

La complicidad de acuerdo al grado de intervención de los sujetos puede calificarse como:

* **Complicidad Primaria o Necesaria.**- Se da cuando la conducta del partícipe es indispensable para que se pueda realizar el delito.

* **Complicidad Secundaria o No Necesaria.**- Se da cuando la contribución del individuo es indistinta, no es indispensable para que se pueda realizar el delito.

Respecto a la pena, el Código Penal establece la misma pena para las distintas figuras de autoría (directa,

mediata y coautoría) y en el caso de los partícipes (instigador y cómplices) todos reciben la misma pena que el autor, a excepción del cómplice secundario o no necesario, al cual se le puede disminuir prudencialmente la pena, conforme al art. 25° del C.P.

Fuentes bibliográficas:

Bramont Arias, Luis A. y Bramont-Arias Torres Luis A. Esquema de la Parte General. Tratado de Derecho Penal, Parte General. Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho. Jeschek, Hans H. Tratado de Derecho Penal, parte general. Bustos Ramírez. Manual de Derecho Penal, parte general.

Este ha sido un resumen del cuarto tema expuesto en el **Seminario “Temas de actualidad del Derecho Penal”** llevado a cabo el día 10 de octubre de 2006 en el Salón Principal de la Universidad Privada San Juan Bautista – Sede Chosica (Lima - Perú).

Expositor:

[Christian Salas Beteta](#)

Abogado especialista en Derecho Penal. Profesor de la Universidad Privada San Juan Bautista, a cargo de los cursos de Derecho Judicial y Lógica Jurídica. Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, a cargo del curso de Lógica. Asimismo, es profesor ad honorem del Centro Federado de la Facultad de Derecho y CCPP de dicha Casa Superior de estudios. Profesor ad honorem del Instituto Concilium XXI. Ponente, conferencista, panelista en diversos eventos académicos y autor de artículos relativos al Derecho Penal y Procesal Penal.