

# ANÁLISIS DE LA PROPUESTA DEL EJECUTIVO FEDERAL PARA REFORMAR A LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL

Miguel Ángel MANCERA ESPINOSA

SUMARIO: I. *Prólogo*. II. *Introducción*. III. *La propuesta del Ejecutivo*. IV. *Análisis de la propuesta*.

## I. PRÓLOGO

Siempre realizo con gusto de la tarea escribir sobre temas jurídicos, mucho más cuando son de la materia penal; pero en esta ocasión, más que escribir con gusto, lo hago con un especial sentimiento afectivo, de respeto profesional y de admiración a una gran penalista mexicana de reconocido prestigio internacional.

En efecto, es para mí un gran honor y motivo de orgullo, que la siempre generosa opinión del doctor, don Sergio García Ramírez, haya considerado conveniente mi participación en este libro homenaje a la doctora, doña Olga Islas de González Mariscal, aunque estoy convencido de que lejos de importar lo poco que pueda yo aportar al conocimiento penal, esta amable convocatoria obedece a que el doctor sabe del gran cariño que le tengo a mi maestra.

El tema que ahora hemos seleccionado tiene que ver con la llamada “teoría de la autoría y la participación”, pues sé que éste, entre otros, es un tópico que le gusta a la doctora Olga Islas, y que por supuesto es de todo su dominio. Por ello, me ocuparé de él; pero vale la pena aclarar desde ahora que sólo en relación directa con una parte de la propuesta de reforma que respecto del Código Penal Federal formuló el Ejecutivo Federal, dentro de su denominado paquete de “reforma integral al sistema penal”.

\* Academia Mexicana de Ciencias Penales.

## II. INTRODUCCIÓN

Ya en otro trabajo<sup>1</sup> nos hemos ocupado de narrar el proceso evolutivo que siguió el artículo 13 del Código Penal Federal a través de diferentes reformas contadas a partir de que entró en vigor el 14 de agosto de 1931,<sup>2</sup> fecha en la que se mostró como una disposición que, en lo que tiene que ver con las teorías diferenciadoras, si bien no daba una nota clara desde el punto de vista legislativo, pues en principio sólo habló de los sujetos responsables sin precisar cuáles eran autores y cuáles partícipes, sí fue expresa la facultad que otorgó al juzgador para realizar una atenuación punitiva, tomando en cuenta precisamente la forma de participación que cada sujeto tuviera en el hecho delictivo.

También se advirtió de dispositivo que nos ocupa, que la línea de defensa del legislador estaba claramente adelantada; es más, se podría decir que excesivamente adelantada, pues se hacían responsables, inclusive, a los que concebían o preparaban el delito; esto es, que respondían penalmente aun cuando ni siquiera se había alcanzado la tentativa.

Las posteriores reformas al artículo en comento, que dicho sea de paso datan del 9 de marzo de 1946,<sup>3</sup> del 13 de enero de 1984<sup>4</sup> y del 10 de enero

<sup>1</sup> “La autoría mediata en los aparatos organizados de poder”, *Libro homenaje a Claus Roxin*, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2004, t. I.

<sup>2</sup> “Artículo 13: Son responsables todos los que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito; o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o posterior, o inducen directamente a alguno a cometerlo. Los jueces podrán aumentar o disminuir la sanción respectiva, dentro de los límites fijados por la ley, según la participación de cada delincuente”.

<sup>3</sup> “Artículo 13. Son responsables de los delitos: I. Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos. II. Los que inducen o compelen a otro o (*sic*) cometerlos. III. Los que presten auxilio o cooperación de cualquier especie para su ejecución, y IV. Los que, en casos previstos por la ley, auxilien a los delincuentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa”.

<sup>4</sup> “Artículo 13. Son responsables del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización. II. Los que los realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo; VI. Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y VIII. Los que intervengan con otros en su comisión, aunque no conste quién de ellos produjo el resultado”.

de 1994,<sup>5</sup> dieron cuenta de importantes avances, entre ellos, los siguientes: la enumeración de diversas fracciones de acuerdo con sendos supuestos de intervención delictiva; la inclusión expresa de la autoría mediata; la posibilidad de sancionar en caso de responsabilidad corresponsiva; la determinación de que la inducción y participación sólo podían ser cometidas de manera dolosa y, también, la atenuación obligatoria para aquellos casos de responsabilidad corresponsiva y de complicidad.

Es con este panorama que el Ejecutivo Federal, hace un par de años, dio impulso a un planteamiento en el que consideró necesario someter a la revisión del Legislativo Federal una nueva reforma al artículo 13 del Código Penal, esto es, una reforma al dispositivo legal que sirve para resolver aquellos casos en los que el delito es cometido en concierto, por dos o más sujetos. Y es precisamente de esta propuesta de la que a continuación nos ocupamos.

### III. LA PROPUESTA DEL EJECUTIVO

Tal y como adelantamos, el objeto de nuestro análisis lo constituye la citada propuesta de modificación al artículo 13 del Código Penal Federal, misma que tiene como asidero a la iniciativa de reforma que con fecha 29 de marzo del 2004 envió el Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores.

La citada iniciativa planteó en su exposición de motivos una serie de justificaciones y criterios de necesidad con los que pretende sustentar su utilidad. Dentro de tales argumentos se destacan una serie de consideraciones que plantean una serie de deficiencias en la redacción actual del artículo 13, mismas que se pueden resumir en las siguientes:

<sup>5</sup> “Artículo 13. Son autores o partícipes del delito: I. Los que acuerden o preparen su realización. II. Los que los realicen por sí; III. Los que lo realicen conjuntamente; IV. Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro; V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo. Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad. Para los sujetos a que se refieren las fracciones VI, VII y VIII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código”.

- a) La necesidad de modificación a la fracción I, porque según se afirma,
- ...se trata de una fracción ambigua, confusa y generadora de inseguridad, puesto que no se sabe con certeza a qué forma de autoría y participación se refiere, dado que parecen conductas que no requieren de un acto principal sino que actúan como conductas prohibidas en sí mismas, y que de realizarse el hecho principal, serían formas de coautoría en caso de existir división de trabajo y que alguno sólo dirigiera desde afuera, o inclusive, un supuesto de autoría mediata cuando el hombre de atrás dirige la organización delictiva con el poder de sustituir al ejecutor o incluso ejecutarlo en caso de desobediencia o finalmente, puede dar lugar a que se le trate como un caso de complicidad.
- b) Que los supuestos de auxilio (complicidad) se ubiquen en una sola fracción, en la VI.
- c) Que en relación con la fracción VIII (que prevé la figura jurídica de la responsabilidad correspondiente) se dé una reubicación, a fin de que quede fuera del artículo 13, en virtud de que en ella no se prevé ninguna forma ni de autoría, ni de participación, pues sólo se trata de un caso de falta de pruebas, y por tanto, es una regla especial de punibilidad. Por lo anterior, se propone la creación del artículo 14 bis.
- d) La adición de la cooperación necesaria como fracción VII, en atención al principio de legalidad, puesto que su ausencia obliga a la amplificación de supuestos de coautoría, dado que se captan hechos que estando en la periferia de la ejecución, pero que son aportaciones esenciales para el éxito de la empresa delictiva, pero que finalmente son conductas que no llevan un dominio funcional. De igual forma, y dado que se trata de una aportación fundamental, se sugiere que la punibilidad sea mayor que la del cómplice, pero inferior a la del ejecutor.
- e) La modificación de los parámetros de la punibilidad de los partícipes, para que el cómplice y quien se ubique en una responsabilidad correspondiente tengan el mismo marco de atenuación obligatoria, y en el igual caso el instigador y el cooperador necesario, también con atenuación obligatoria respecto del autor material o directo.

Para lograr la corrección de los problemas que se mencionan, se sugiere en la propuesta de reforma la siguiente redacción a los legisladores:

Autoría y participación.

Artículo 13. Son responsables del delito, quienes:

- I. Acuerden la comisión de un delito y no intervengan en su ejecución.
- II. Lo realicen por sí;
- III. Lo realicen conjuntamente;
- IV. Lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V. Induzcan dolosamente al autor a cometerlo;
- VI. Dolosamente presten ayuda o auxilio al autor para su comisión, o con posterioridad a su ejecución, en cumplimiento de una promesa anterior al delito;
- VII. Dolosamente presten ayuda o auxilio esencial al autor para su comisión.

Quienes intervengan como partícipes (cómplice, instigador y cooperador necesario), sólo responderán si el hecho antijurídico doloso del autor, alcanza al menos el grado de tentativa del delito que se quiso cometer.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

Para los sujetos a que se refieren las fracciones V, VI y VII, se aplicará la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis de este Código.

Artículo 14 bis. Cuando varios sujetos intervengan en la comisión de un delito y no pueda precisarse el resultado que cada quien produjo, para su punibilidad se estará a lo dispuesto en el artículo 64 bis de este Código.

Artículo 64 bis. En los casos previstos en la fracción VI, del artículo 13, y en el artículo 14 bis, se impondrá como pena hasta dos tercios de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva.

En los casos previstos en las fracciones V y VII, del artículo 13, se impondrá como pena hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso de acuerdo con la modalidad respectiva.

Digamos que hasta aquí no pareciera existir ningún tipo de problema para dar por bueno, al menos en cuanto a la intención general, el planteamiento legislativo de referencia, pero, a fin de no caer en adelantamientos de los que luego nos pudiéramos arrepentir, consideramos conveniente realizar un análisis más sereno de la propuesta, por lo que a continuación nos detendremos en dos de sus planteamientos: en el relativo a la fracción I, y el que tiene ver con la fracción VII.

## IV. ANÁLISIS DE LA PROPUESTA

1. *En relación con la fracción I*

Mucho hemos insistido en lo que ahora afirma la exposición de motivos, es decir, que la fracción I del artículo 13 del Código Penal Federal es ambigua, confusa, y generadora de inseguridad, pero lo cierto es que la redacción con la que pretenden solucionar tales fallas adolece de los mismos defectos. Ello es así, porque al analizarla se observa que en su estructura se ha conservado la idea de sancionar un acto preparatorio, esto es, no tenemos duda que la acción que resulta relevante para la fracción reformada es la que consiste en *acordar* la realización futura de un hecho delictivo, sin que para ello importe ninguna otra característica, dato normativo o fáctico que le pudiera dar relevancia punitiva, pues es obvio que no se prevé sancionar a quien después del acuerdo realizará la coejecución por detentar alguna parte del dominio de hecho, dado que en tal caso estaríamos ante una forma de coautoría, y de ella se ocupa una fracción por separado. Tampoco se trata de sancionar a aquel que sólo intervino en la fase de preparación, pero que al valorar el hecho resulta ser que su aportación era fundamental para su realización; no, porque en ese supuesto la reforma plantea la incursión del “cooperador necesario”, del cual ya nos ocuparemos más adelante, y tampoco se busca sancionar a aquellos que acordaron y dan algún tipo de ayuda o aporte no esencial al plan delictivo, sin detentar el dominio del hecho, pues en tal caso se trataría de un cómplice.

Entonces, ¿qué es lo que se está sancionando? La respuesta debe ser clara: un acto de preparación delictiva y no una forma de autoría ni de participación. Y lo más grave es que la respuesta punitiva para tal conducta se plantea a título de autor.

Pero ¿cómo puede ser autor o partícipe el sujeto que interviene en la preparación del delito? Recordemos la redacción que ha sido propuesta: son responsables del delito, fracción I, “los que acuerden la comisión de un delito y no intervengan en su ejecución”. Es que, sólo hay que reflexionar en lo siguiente: ¿cuándo se puede acordar un delito sin que el sujeto que acuerda llegue a su ejecución? Si mis clases de *iter criminis* no mienten, ello sólo puede ser, por obviedad, antes de la ejecución delictiva, y, por supuesto, después de la fase interna, es decir, en el ámbito de la preparación; dicho en palabras del profesor Jakobs:

El estadio previo al comienzo de la tentativa se llama preparación. En tanto que la preparación no se limita a los planes de un sujeto singular, sino que se objetiva (y sólo existe objetivación en el planteamiento común de varios sujetos) el Derecho positivo la pune en varios casos, sin sujetarse a los límites que traza para el Derecho penal el estatus de ciudadano del sujeto que delinque.<sup>6</sup>

Y es perfectamente sabido también que los actos preparatorios por regla general son impunes, dado su carácter multívoco.

Pero, bueno, si tratamos de captar la intención de la reforma a través de una interpretación *bonam partem*, podemos suponer que lo que se busca es sancionar a aquellos sujetos que intervienen en hechos delictivos en la fase de preparación, y que dada la gravedad del ilícito que se prepara, es necesario sancionarlos aun y cuando, por razones obvias, no puedan ser ubicados en ninguna de las hipótesis normativas que tiene previstas el Código Penal Federal para responsabilizar a los autores y a los partícipes. Es que en tal caso, si esa fuera la intención, sería mejor modificar el artículo 141 del mismo ordenamiento federal, a fin de que sea ampliado su ámbito punitivo, claro que, conservando la estructura de *numerus clausus* que este artículo prevé; así, se podría sancionar la conspiración del delito de delincuencia organizada sin ningún problema. En efecto, queremos insistir en la alta probabilidad de que la intención de dejar “viva” esa fracción I del artículo 13 tiene que ver con la intención de combatir con mayor facilidad (desde el punto de vista del principio de legalidad) a las organizaciones delictivas de alto impacto social internacional. Sin embargo, lo que no podemos entender es que esta finalidad de la reforma se busque materializar mediante un planeamiento en clave general, pues como ya también hemos dicho antes, el sancionar un acuerdo delictivo no es otra cosa que una figura de preparación punible o resolución manifestada, y de ninguna manera y bajo ninguna concepción puede ser entendida como una forma de autoría o de participación.

Con lo dicho queda claro que no compartimos el planteamiento de la propuesta, pues pareciera que se dice y luego se desdice, dado que según su planteamiento teleológico, una de las líneas que inspiraban sus propuestas es la de “dejar fuera del artículo 13 todo aquello que no fuera compatible

<sup>6</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, 2a. ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 858.

con una forma de autoría o de participación”, de ahí, inclusive, la intención de trasladar la responsabilidad correspondiente a un artículo 14 bis: entonces, ¿por qué conservar una fracción I en los términos planteados! Si, tal como venimos diciendo, a lo más que puede aspirar es a ser considerada como un acto preparatorio punible, que dicho sea de paso, en nuestro país ha sido acogido bajo la figura de tipo autónomo en el artículo 141 del Código Penal Federal, pero con las limitaciones propias de su naturaleza jurídica.<sup>7</sup>

## *2. En relación con la fracción VII*

Se dice en la propuesta de reforma objeto de este análisis, que es necesaria la incursión en nuestra tradición jurídica, de una nueva figura que tiene que ver con el tema de la autoría y la participación. Se trata del llamado “cooperador necesario”, un partícipe que es equiparado en cuanto a la respuesta punitiva, al menos en Europa y concretamente en España, a la que le corresponde al autor.

La justificación que se plantea para ello, en resumen, se hace consistir, en que es necesaria su implementación

...para dejar de caminar en los límites del principio de legalidad dado que su falta obliga a que sea necesario amplificar supuestos de coautoría, dado que se captan hechos que están en la periferia de la ejecución, que son aportaciones esenciales para el éxito de la empresa delictiva, pero que finalmente son conductas que no llevan un dominio funcional.

Antes de entrar al fondo del debate y de ver la conveniencia o no de este planteamiento, creemos necesario dar algunas notas previas.

No tenemos duda que la problemática planteada deriva de una pregunta que ya en su momento se formuló el maestro Santiago Mir Puig, en el sentido de que si los que intervienen en un hecho delictivo pueden ser considerados todos como autores o bien, sólo aquellos que realizan los actos ejecutivos en sentido estricto, en sentido objetivo-formal. Y en respuesta, el maestro opina que en el tema de la codelinuencia, al realizar colectivamente un hecho, no siempre los actos literalmente ejecutivos constituyen

<sup>7</sup> Los actos preparatorios punibles, dada su naturaleza jurídica y no obstante que se eleven a la categoría de tipos autónomos, no admiten formas de autoría y participación, ni a la tentativa.



la parte más difícil o insustituible, y que, en cambio, el éxito del plan depende de todos quienes asumen una función importante en el seno del mismo, así que lo acertado sería, en todo caso, considerar coautores no sólo a los que ejecutan en sentido formal los elementos del tipo, sino a todos quienes aportaron una parte esencial a la realización del plan durante la fase ejecutiva.<sup>8</sup>

Asimismo, vale la pena recordar que la accesoriidad que caracteriza a los partícipes se puede distinguir desde dos puntos de vista: desde el cuantitativo y desde el cualitativo. El primero se refiere al grado de ejecución que ha alcanzado un hecho (generalmente se exige que haya tentativa), y el segundo se refiere a *los elementos del delito que deben dar la referencia a las conductas de participación*. Vale recordar que fue M. H. Mayer quien distinguió entre accesoriidad mínima, limitada, máxima e hiperaccesoriidad, siendo que la doctrina mayoritaria acogió con mayor entusiasmo la limitada.<sup>9</sup>

Bien, una vez dicho lo anterior, ahora sí, demos ahora algunas notas acerca del “cooperador necesario”.

En principio, habrá que decir que se atribuyen los antecedentes de esta figura jurídica, a una vieja doctrina planteada por los juristas italianos de la baja Edad Media, la cual fue difundida en Europa entre los siglos XVII, XVIII y XIX, y denominada como “de la causa necesaria o del cómplice principal”, entendido éste como el sujeto que participa en el hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado (*quod causam dedit delicto*), y que por ello se le equiparaba con el autor material, dejando en otro plano al cómplice secundario o menos principal, quien era castigado con una pena menor.<sup>10</sup>

Entonces, en principio digamos que no hay duda que se trata de una forma de participación, y que visto de manera simple, el dato que distingue a los cómplices necesarios, de los cómplices a los que se refiere la fracción VI de la misma propuesta de reforma, al menos, desde la óptica de su redacción, lo constituye el carácter esencial de su aportación al hecho delic-

<sup>8</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7a. ed., Buenos Aires, Editorial Reppertor, 2004, p. 393. Comparten esta idea Roxin y Cerezo Mir.

<sup>9</sup> Cobo del Rosal, Manuel *et al.*, con desarrollo del tema por Olmedo Cardenote, Miguel, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Edersa, 2000, t. III, pp. 285 y 286.

<sup>10</sup> Por todos, Cerezo Mir, José, *Derecho penal Parte general-lecciones*, 2a. ed., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 183.

tivo; sin embargo, esto no es tan sencillo de diferenciar como en principio parece.

En efecto, ya varios juristas han dado cuenta de la existencia de sendos criterios,<sup>11</sup> que buscan desentrañar las notas distintivas de tales figuras. Veamos algunos de ellos:

1) El criterio del caso concreto. Éste tiene como asidero la teoría de la equivalencia de las condiciones, y plantea que debe ser tratado como cooperador necesario todo sujeto que con su actuar agregue al hecho delictivo una condición sin la cual el mismo no se hubiere realizado o bien habría sucedido de un modo distinto al planeado para alcanzar el resultado delictivo.

2) El criterio abstracto. Para esta forma de ver las cosas, es indispensable hacer una abstracción de las circunstancias del caso concreto y preguntarse si la cooperación puede ser considerada como necesaria en general para la comisión del delito. En otra variante, se dice que es necesario preguntarse si el autor hubiera efectuado el delito de no contar con esa determinada cooperación.

En resumen, con esta postura, para diferenciar entre cómplice y cooperador necesario, debe analizarse si es que en el caso concreto, sin la ayuda prestada, el hecho no hubiera podido realizarse de otra manera.

3) El criterio de los bienes escasos. Será cooperación necesaria la contribución que era difícil de conseguir, pues si fuera fácil de obtener en tal caso sería sólo complicidad. En esta postura el juzgador debe apreciar *ex ante* lo que era importante para el autor. Se trata pues de una forma de resolución en la que se prescinde de considerar qué es lo que habría sucedido de no presentarse la aportación del sujeto, y en segundo lugar analizar si la conducta enjuiciada es de aquellas que, de no darse, no sería posible llegar a la finalidad propuesta, sin que importe el dato relativo a que hubiera sucedido sin tal actividad.

De cualquier forma, el maestro Gimbernat, al desarrollar su teoría, sugirió que para determinar la escasez de un bien resultaba aconsejable llevar a cabo en primer término una calificación provisional en la que se tuvieran en cuenta los factores generales del evento, y posteriormente la calificación definitiva, la que debería incluir en su análisis todos los factores del caso en particular.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> *Op. cit.*, pp. 210-215.

<sup>12</sup> Gimbernat Ordeig, Enrique, *Autor y cómplice en el derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1966, pp. 151-158.

4) El criterio de Rodríguez Devesa. El maestro planteaba el análisis en el punto de ver si es que la contribución al delito que fue prestada podía haberla dado otro de los codelincuentes, porque en tal caso sería complicidad.

Aunado a lo antes dicho, hay quienes añaden la necesidad de plantear tal distinción desde una doble perspectiva: la que corresponde a su límite máximo y la relativa a su límite mínimo.<sup>13</sup>

En el primer supuesto, se trata de dar cuenta de las notas que distinguen a la cooperación necesaria de la coautoría, o, dicho de otro modo, *de los requisitos insalvables* por parte de la primera, para alcanzar la categoría de la segunda; entre ellos se destacan los siguientes:

- a. Se requiere intervenir con una división del trabajo en fase de ejecución.
- b. Es necesario que la aportación sea objetivo-materialmente relevante, que vista *ex ante*, desde la perspectiva del observador objetivo, permita configurar el sí y el cómo de la realización del hecho en el plan delictivo global acordado.
- c. Que concurren todas las cualidades personales, especiales y subjetivas exigidas en el tipo penal para ser considerado como un autor idóneo.

De no darse las anteriores características, el cómplice nunca podrá ser considerado como coautor.

Ahora bien, en el segundo supuesto se trata de establecer en un límite mínimo, es decir, señalar cuáles serían las notas o características esenciales que permitan distinguir entre el cooperador necesario y el cómplice no necesario. Aquí la tarea se ve aumentada en cuanto a su complejidad.

A fin de resolver esta problemática se ha gastado mucha tinta; sin embargo, llama la atención el criterio expuesto por Zugaldía, en seguimiento al pensamiento de Roxin, que consiste en que para ser cómplice resulta necesario realizar una conducta con peligrosidad objetiva *ex ante* para el bien jurídico, consistente en la cooperación, en actos físicos o psíquicos anteriores o simultáneos que contribuyen y favorecen causalmente la ejecución del hecho, incrementando el riesgo de lesión del bien jurídico por parte del

<sup>13</sup> Véase Zugaldía Espinar, José Manuel *et al.*, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 738-743.

autor, que también está protegido frente al cómplice. Ha de tratarse, por tanto, de una conducta con capacidad objetiva para hacer posible, facilitar, intensificar o asegurar la realización del hecho ajeno, de modo que ella misma supone un ataque accesorio, a través del autor del bien jurídico protegido.<sup>14</sup>

Así, estos autores también caen en la cuenta de que para poder distinguir entre cómplice necesario o no necesario se debe operar con un criterio que precise la esencialidad de la contribución, el que por ser un criterio abierto requiere de la intervención de la valoración judicial a fin de realizar su cierre en el caso concreto.

Debe tratarse de un sujeto que analizado su actuar desde el punto de vista *ex ante*, resulte que ha desempeñado una función imprescindible o de difícil reemplazo para *el sí* del hecho (para que sea posible su realización en distinción del cómo del hecho que se refiere a la modalidad) y que por tanto hace posible al autor llevar a cabo su ejecución.<sup>15</sup>

Recordemos ahora la redacción planteada en la propuesta: “Son responsables del delito quienes: dolosamente presten ayuda o auxilio esencial al autor para su comisión”. Está claro que de tal texto no se desprende el *elemento temporal* que pueda decirnos en qué momento es en el que debe intervenir el cooperador necesario, es decir, ¿será que el cómplice necesario sólo podría intervenir en la fase de preparación? Tal y como se plantea en la parte de la exposición de motivos del documento que nos ocupa, así tendría que ser, o, por el contrario, ¿será que dicho sujeto sí podría intervenir también en la fase de ejecución delictiva? Pues si bien es cierto que la propuesta del Ejecutivo Federal señala que se requiere su implementación porque permitirá captar hechos que se encuentran en la periferia de la ejecución, no debemos olvidar que la cooperación necesaria también puede hacer acto de aparición en la misma fase ejecutiva.

En efecto, esta forma de complicidad, por regla general aparece en la etapa de preparación del delito; sin embargo, podemos encontrar casos en los que el cómplice, llamado “necesario”, intervenga en una coejecución, pero con ausencia del elemento subjetivo de la coautoría, es decir, sin la vo-

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 739.

<sup>15</sup> En esta distinción del *sí* y el *cómo* del hecho se debe entender por el *sí*, la realización de los elementos típicos dentro del tiempo en que persiste la resolución criminal originaria, y en el *cómo* quedarán las circunstancias ejecutivas irrelevantes para la individualización del tipo. Mir Puig, *op. cit.*, nota 8, p. 409.

luntad de correalización, llevando a cabo los actos de forma unilateral, o bien, con ausencia de algún elemento subjetivo específico, y como consecuencia no habría nada que discutir respecto de la afirmación de que cuando el sujeto actúe en la coejecución, pero sin que éste reúna las características que el tipo exija para ser autor, como el caso de un delito especial, pues no puede, en principio, ser coautor.<sup>16</sup> Es decir, que la aportación del cooperador necesario se podría presentar en esta fase ejecutiva, pero sin ser formalmente típica, ni tampoco vinculada de forma directa e inmediata con los actos ejecutivos que denotan un ataque frontal y directo al bien jurídico.<sup>17</sup>

Además, como ya hemos sostenido, si en nuestro sistema jurídico se afirma que resulta aplicable la teoría del dominio del hecho para resolver el problema del contenido material de la formas de autoría, entonces hay que tener presente que en el momento de la infracción penal sólo hay coautores y cómplices, porque de existir cooperadores necesarios en la referida fase de ejecución, fuera de los casos recién exceptuados, dado su aporte esencial para la consecución, éstos serían automáticamente coautores.

Finalmente, podemos decir que la propuesta legislativa del Ejecutivo Federal plantea un cambio en la forma en que veníamos fijando la sanción para el inductor; en efecto, hasta ahora y conforme un una larga tradición jurídica, la respuesta punitiva resultaba ser igual, tanto para el autor material o los coautores como para el inductor; ello, seguramente, en atención a los planteamientos expuestos en diversas teorías, como lo son las siguientes: *a*) la de la corrupción, planteada por el derecho canónico; *b*) la de la participación en la culpabilidad del autor; *c*) la del atentado a la vigencia del ordenamiento jurídico, o *d*) la de la participación en el injusto ajeno que plantea la existencia de un doble injusto.<sup>18</sup>

Ahora se propone que la inducción sea sancionada hasta con las tres cuartas partes de la pena que le correspondería *in abstracto* al autor material; es decir, que se da una atenuación obligatoria para el inductor, y su injusto ahora se equipara y por eso tendría igual pena que el del cooperador necesario.

<sup>16</sup> En este último supuesto no dejamos de matizar el hecho de que algunos autores sostienen que en los delitos especiales se puede imputar coautoría empleando para ello la unidad en el título de imputación.

<sup>17</sup> Cobo del Rosal, *op. cit.* nota 9, p. 317.

<sup>18</sup> Para detalles de estas teorías véase Olmedo Cardenete, Miguel Domingo, *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid, Edersa, 1999, pp. 238-374.

Pues bien, creemos que en tal reflexión se pasa por alto el hecho de que si bien ambas son formas de participación, parten de supuestos diferentes para llegar al porqué de su sanción, y, por ende, no creemos que el hecho de agruparlas, al menos así como se plantea, sea del todo válida.

En efecto, por lo que toca al cooperador necesario, somos partidarios de entender que la fundamentación de la pena responde a criterios tales como el de la teoría del “ataque accesorio”, expuesta por Roxin, y que se refiere a que no basta con tomar como base el criterio de la accesoriedad, sino que en todo caso habrá que reconocer elementos del injusto del partícipe que no son deducibles del hecho principal. Así que lo que caracteriza a la participación como ataque accesorio al bien jurídico es que precisamente el concepto de ataque al bien jurídico localiza el motivo de castigo de la participación y suministra una fundamentación interna para los elementos autónomos del injusto. Es decir, se trata de un ataque propio, aunque accesorio. Su sanción tiene como referente el hecho por el mismo desarrollado y no sólo el hecho del autor; hay una infracción autónoma, una infracción personal. Es un mismo ataque al bien jurídico protegido, sólo que por dos, tanto por el acto del autor como por el del partícipe, cada uno a su manera.<sup>19</sup> El hecho de sancionar con una menor pena no puede tener otra justificación que la consistente en que el ataque del autor tiene un mayor grado de peligro para el bien jurídico por el hecho de haber incrementado con mayor intensidad el riesgo de lesión al mismo. Y en el caso de sancionar al cooperador con mayor fuerza que al cómplice secundario, será porque el ataque accesorio de éste es de menor intensidad que la de aquél.

Diferente es el caso del inductor, sin duda que puede tener razón la propuesta de establecer una atenuación respecto de la respuesta penal a las formas de autoría, más cuando se sostiene que la participación responde a un principio de accesoriedad, pero con lo que no casamos es que de manera tan simple se les agrupe y además que se tase su atenuación para ambos casos, pues bien puede ser que sí funcione así para los casos de inducción, pero no para el de la complicidad, pues, como veremos, nuestra idea se adhiere a las posturas que plantean la unificación de este última forma de participación.

Pareciera que de lo expuesto se comienza a asomar el pensamiento que sostiene que esta figura jurídica no es tan indispensable como se plantea,

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 297-300.

dado que resulta poco clara e, inclusive, no tan útil como se afirma. Sirven de apoyo las siguientes opiniones de Cerezo Mir y de Zugaldía:

En realidad la distinción del cooperador necesario y el cómplice es una tarea insoluble. En la moderna ciencia del Derecho penal se ha puesto de manifiesto que no es posible medir la eficacia causal de las diversas condiciones y que, aunque ello fuera posible, no sería decisiva para determinar la gravedad de lo injusto o de la culpabilidad... la figura del cooperador necesario desapareció de los restantes códigos penales europeos a finales del siglo XIX. Es una figura obsoleta y de *lege ferenda* es recomendable su supresión.<sup>20</sup>

A nuestro juicio, mantener la figura del cooperador necesario, que se plasmó por primera vez en el Código Penal de 1848 y que se inspiraba en la ancestral teoría de la causa necesaria (cómplice principal) defendida por los juristas italianos de la Baja Edad Media y que no tiene parangón en ningún Código Penal europeo, es el defecto más grave de la nueva regulación sobre autoría y participación. Por ello propugnamos su desaparición y la refundición de las dos formas actuales de complicidad en una sola categoría para evitar la enorme complejidad de su distinción.<sup>21</sup>

Así pues, por todo lo dicho, creemos que tal y como ya se propone por el propio maestro Cerezo Mir, es mejor acudir a la posibilidad de considerar en esta reforma la inclinación de la balanza hacia la decisión judicial respecto de la debida valoración de la aportación de cada sujeto que interviene con el carácter de cómplice. Es decir, partir de la idea de que existe una sola categoría de cómplice, un cómplice que está imposibilitado que se le llegue a considerar como autor, y por supuesto, sin que sea relevante el dato relativo al momento de su aportación al hecho delictivo, pues de todas formas no podrá dejar de ser cómplice.

Entonces, para sancionar a ese *cómplice único* no se requiere implementar ni nuevas reglas ni condicionantes específicas; simplemente es necesario poner de relieve la valoración del juez o del tribunal; en efecto, el juzgador, de conformidad con las reglas de autoría y participación, que dicho sea de paso ya se antojan complicadas, podrá valorar si es que se trata efectivamente de una conducta de participación en sentido estricto, y de ser así,

<sup>20</sup> Cerezo Mir, *op. cit.*, nota 10, p. 214. De la misma idea, Huerta Tocildo.

<sup>21</sup> Zugaldía, *op. cit.*, nota 13, p. 738. A favor del cooperador necesario, Díaz y García Conlledo y Gómez Rivero.

valorar cuál es el tipo de aportación que realiza, si es que ésta resulta indispensable o no para el hecho, y así, estar en condiciones de graduar la respuesta punitiva sin que la misma pueda llegar a ser igual a la del autor, o bien marcando, ahora sí, un máximo debidamente tasado.

No podemos concluir sin antes afirmar que también somos partidarios de la idea de que un sujeto que interviene en la fase de preparación, pero *sigue haciendo aportes esenciales en la fase ejecutiva*, cuando estas aportaciones fueron previamente repartidas de acuerdo con un plan integral, y ello le permite detentar parte del control del suceso aun en dicha fase de ejecución, sin duda que puede ser considerado, sin problema, como coautor.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> De esta idea Stratenwerth, Jakobs, Muñoz Conde, Mir Puig (matizado), entre otros. Caso del “jefe de la banda”. En contra Pérez Alonso, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en el derecho penal*, Granada, Comares, 1988, pp. 231-235. Roxin y Rudolphi también en contra.