

La complicidad como forma de participación criminal

José Luis Castillo Alva
Abogado por la Universidad de Trujillo - Perú

Revista Peruana de Ciencias Penales. N. 9, p. 679 - 712

SUMARIO: Generalidades. II. La acción de cómplice. A. Elementos objetivos 1. El que presta auxilio o asistencia. 2. La causalidad e imputación objetiva de la complicidad. 3. El instante de la prestación de ayuda. B. Elemento subjetivo. III. La acción del autor principal. IV. Complicidad primaria y secundaria. Tesis de la intercambiabilidad de las contribuciones. Tesis del proceso motivacional. Tesis de los bienes escasos y los bienes abundantes. Tesis del sí y el cómo de la ejecución. Tesis ecléctica. Tesis de la importancia de la contribución según el caso concreto. V. Crítica a la regulación de la cooperación necesaria. VI. Tentativa de complicidad. VII la penalidad de la complicidad.

I. Generalidades.

1.- La complicidad constituye la segunda forma de participación reconocida en el Derecho penal peruano. Su regulación se encuentra inscrita en el Art. 25 del C.P. cuando prescribe:

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

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

2.- A diferencia de algunas legislaciones, como por ejemplo la alemana, nuestro Código Penal distingue dos formas de complicidad en el hecho del autor. Sigue para ello la tradición legislativa española y el modelo argentino. Dicha distinción descansa en la importancia de la contribución o el auxilio, sin el cual el (680) hecho no se hubiere perpetrado o cometido. Así, todo auxilio o ayuda que ha *determinado* la comisión del delito por parte del autor generará cooperación necesaria¹, llamada también complicidad necesaria² o complicidad primaria³; mientras que toda otra forma de auxilio o ayuda, que de faltar hubiese

¹ Con esta denominación en España véase GIMBERNAT, ENRIQUE; Autor y Cómplice en Derecho Penal; p. 113; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 872; MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal; 15/69; p. 403; GÓMEZ BENITES, JOSÉ: Teoría Jurídica del Delito; p. 537; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: La Inducción y la Complicidad como formas de participación criminal en el C. P.; p. 225; BACIGALUPO, ENRIQUE: Derecho Penal; p. 387. HUERTA TOCILDO - OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Derecho Penal; p. 538.

² Así COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN: Derecho Penal; p. 687; BUSTOS, JUAN: Manual; p. 294;

mantenido intacto la aparición del delito, recibirá el nombre de complicidad, a secas, o complicidad secundaria.

3.- La ley cuando distingue dos niveles o grados de complicidad no separa a los cómplices en inmediatos y mediatos a la consumación o según los medios y formas de comisión empleados, sino en indispensables y no indispensables⁴. La apreciación de la calidad del aporte dependerá, por tanto, de su naturaleza imprescindible y su eficacia en la lesión del bien jurídico. Sin embargo, el valor central del aporte no deja de vincularse al desarrollo del proceso de ejecución del delito. La cooperación necesaria o complicidad primaria solo será posible en la etapa preparatoria, antes del principio de ejecución (tentativa). Pues de otro modo dicha cooperación se convertiría en coautoría⁵. La complicidad secundaria, o simple, por tratarse de un mero auxilio o asistencia, como prescribe la ley peruana, puede realizarse tanto en la fase preparatoria del delito como en la ejecutiva hasta la consumación.

4.- La regulación actual de la complicidad en el artículo 25 del C.P. nos conduce a preguntar si sólo por razones de tradición legislativa es conveniente conservar la distinción entre complicidad primaria y secundaria que, sin ser completamente defectuosa, no se halla libre de críticas por las dificultades casi insalvables que origina su delimitación práctica y las confusiones teóricas que **(681)** produce. Un ejemplo de ello es la posición de MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN quienes consideran en la cooperación necesaria "que si la ayuda prestada es de tal magnitud se puede decir que el que la presta también domina el hecho, por tanto su calificación jurídica sería la de coautor"⁶.

Frente a este escabroso panorama fuente de equívocos y pareceres encontrados, creemos que lo más acertado sería suprimir la distinción entre complicidad primaria y complicidad secundaria, remitiendo la importancia o significación objetiva del aporte del cooperador necesario a los principios de determinación judicial de la pena ubicados en el artículo 46 del C.P. La complicidad quedaría como una forma de participación que no repararía en la contribución ni la importancia del aporte, como hasta ahora ha venido sucediendo.

De otra manera, y de conservarse el criterio de nuestra ley en el tratamiento de la complicidad, no sería raro, por ejemplo, que también pueda admitirse, plasmándose en una distinción legal, la referencia a diversas clases de coautoría según la mayor o menor significación del aporte o según el autor se encuentre personalmente o no en la ejecución del hecho. Dicha situación sería criticable, igual que la actual redacción del art. 25 del C.P.

Nuestra ley además de distinguir correctamente entre autoría y participación, parece que a partir del art. 25 del C.P. enfatiza y plantea hasta tres formas de intervención en el hecho punible según el valor del aporte: a) contribución esencial en la ejecución del hecho (coautoría); b) contribución esencial en los actos preparatorios (cooperación necesaria); c) contribución no esencial en los actos ejecutivos o los actos preparatorios (complicidad). Estas diferencias, en cuanto al peso objetivo del aporte y otras que pudieran surgir de la norma, tienen una honda trascendencia práctica. Un ejemplo puede ser el tratamiento del jefe de la banda que no participa en los actos ejecutivos, caso que, si bien no deja de ser discutible, hace que nos inclinemos con ligeros matices a calificarlo como un supuesto de complicidad primaria.

5.- La complicidad puede considerarse como una forma de participación criminal en donde caben a modo

QUINTERO OLIVARES, GONZALO; Derecho Penal; p. 567.

³ Véase HURTADO POZO, JOSÉ: Manual; p. 548; VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Lecciones; p. 235; PEÑA CABRERA, RAÚL; Tratado de Derecho Penal: 1988, p. 320.

⁴ Así SOLER SEBASTIÁN; Derecho Penal Argentino; T. II; p. 277.

⁵ Conf. BACIGALUPO, ENRIQUE: Derecho Penal; p. 387; ZAFFARONI, EUGENIO: Tratado; T IV; p. 405.

⁶ MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN: Derecho Penal; p. 389 y ss.

de "cajón de sastre"⁷ todo auxilio, ayuda o cooperación intencional para la realización de un delito doloso que no constituye autoría, coautoría o autoría mediata. En un sentido amplio si se entiende por **(682)** complicidad toda colaboración en un hecho ajeno, es posible comprender también aquí a la inducción, pues esta no es otra cosa que una determinación por influjo psíquico al hecho de otro.

6.- La complicidad constituye un incremento de riesgo jurídicamente desaprobado, causal para el resultado típico⁸. Usualmente también se la define como la cooperación en un hecho punible cometido dolosamente por otro⁹ o, de manera más sencilla, como el prestar ayuda a un hecho doloso de otro¹⁰ que se consuma o al menos queda en la fase de la tentativa.

En nuestra legislación resulta impune la tentativa de complicidad. Asimismo, es inadmisibles tanto la complicidad culposa como la complicidad dolosa en un hecho punible culposo. Éste criterio se diferencia de un parecer minoritario en el contexto jurisprudencial y dogmático de la ciencia penal española que admite la punición de la cooperación necesaria imprudente, pero excluyen de sanción a la complicidad simple imprudente¹¹. Los que admiten la participación culposa sólo exigen: a) La voluntad de la propia acción u omisión, y b) La conciencia de cooperar en una acción ajena¹² no siendo necesaria la conciencia y voluntad respecto al resultado.

Del mismo modo que la instigación, la complicidad obliga a reparar entre la acción del autor principal, en cuanto realización tentada o consumada de un tipo doloso de autoría, y la acción del cómplice, que posee tanto elementos objetivos y subjetivos.

II. La acción del cómplice

A. Elementos objetivos

1. El que presta auxilio o asistencia

1.- La idea fundamental de la complicidad es la cooperación que se presta a otro **(683)** en la realización de un hecho punible doloso, ya sea comisivo u omisivo. El cómplice y el inductor carecen del dominio del hecho, que sólo es ejercido por el autor del delito. El cómplice no genera la resolución criminal en el autor porque de ser así pasaría a ser inductor; sin embargo, su actuar puede reforzar la decisión ya asumida. Si bien es común que el autor conozca de la ayuda que se le presta, no es necesario que esto suceda¹³. Aquí estamos frente a los casos de *complicidad oculta*; esta característica es una nota distintiva más de la complicidad respecto a la coautoría, donde se requiere un acuerdo común, sea expreso o tácito. No obstante, debe anotarse que una cosa es que el autor no conozca la ayuda que recibe y otra muy distinta es que el cómplice ignore o desconozca que presta una ayuda efectiva. Esto último nunca puede ocurrir pues de ser así estaríamos frente a una complicidad imprudente que resulta impune en nuestro ordenamiento.

2.- Según reconoce la doctrina, la complicidad, como un modo de prestar ayuda en el delito, puede ser

⁷ Así GÓMEZ BENITES, JOSÉ: *Teoría Jurídica del Delito*; p. 533.

⁸ ROXIN, CLAUDIUS: *¿Qué es la complicidad?*; en *Dogmática Penal y Política Criminal*; p. 403.

⁹ Véase JESCHECK, HANS: *Tratado*; p. 962; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: *Derecho Penal*; 52/1; p. 452; Wessels, Johannes: *Derecho Penal*; p. 169.

¹⁰ WELZEL, HANS: *Derecho Penal Alemán*; p. 170.

¹¹ En esta línea MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal*; 15/82; p. 408; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios*; p. 885.

¹² Más detalles en RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Op. cit.*; p. 881.

¹³ Conf. JESCHECK, HANS: *Tratado*; p. 962; JAKOBS, GÜNTHER: *Derecho Penal*; 22/42; p. 817. En contra ZAFFARONI, EUGENIO: *Tratado*; T IV; p. 397; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: *Derecho Penal*; 52/7; p. 454; WELZEL, HANS: *Derecho Penal Alemán*; p. 170.

fáctica o espiritual¹⁴. La primera es llamada también *complicidad técnica* o *de hechos* y la segunda *complicidad intelectual* o *psíquica*; aun cuando ésta última no sea aceptada por algún autor¹⁵.

La complicidad técnica o fáctica se manifiesta, por ejemplo, en la entrega de un arma, en el dar un instrumento, en el actuar de campana, el señalar donde se encuentra la víctima, el indicar la dirección donde se realizan abortos, etc.. Su característica principal es consistir en aportaciones materiales que básicamente se reducen a "dar o hacer algo". La complicidad psíquica está dada por los "consejos", mediante los cuales el autor refuerza la decisión criminal o recibe ideas que facilitan o posibilitan el hecho. Ese es el caso de cuando se explica como abrir una caja fuerte, como cometer una estafa o, en general, cuando se describe cómo llegar a una ejecución más segura, eficiente rápida del hecho o la serie de datos que refieren como obtener la mayor ventaja posible (asesoría técnica o profesional). **(684)**

El problema de la complicidad psíquica no es su admisibilidad, sino su dificultad probatoria, que influye como es obvio en su punibilidad¹⁶.

La delimitación de una y otra forma de complicidad, si bien teóricamente es clara, en la práctica se torna borrosa puesto que una ayuda fáctica puede, en la medida que el autor conozca de ella, constituir un fortalecimiento moral o psicológico que genera una complicidad intelectual¹⁷. Esto tiene importancia cuando el autor no emplea o no acepta la ayuda que se le ofrece (complicidad frustrada) pero entiende dicho acto como un fortalecimiento de su voluntad criminal. En estos casos la ayuda material que se promete brindar (complicidad fáctica) termina fortaleciendo la resolución criminal (complicidad psíquica), perdiendo así su característica inicial.

2.1. Un problema especial de la complicidad psíquica se advierte cuando se examina los casos de "*reforzamiento de la resolución a cometer un delito*". Aquí el sujeto se encuentra ya decidido a cometer el hecho (*omnímodo facturus*), de tal modo que la intervención del cómplice sólo acrecienta, solidifica o asegura la inclinación del autor a cometerlo. En la solución de esta problemática pueden encontrarse tres criterios.

Uno de ellos excluye la posibilidad de sanción en razón a que la causalidad de tales influencias apenas si se podrían probar alguna vez, de manera que su punición comprendería en realidad hipótesis de tentativa de complicidad, lo cual atentaría contra el principio in dubio pro reo (Samson). Asimismo, se sostiene que la complicidad psíquica a través del esfuerzo de la resolución no podría sancionarse desde que la complicidad es siempre una influencia en el hecho y no en el autor, cuestión que no cumple el aludido grupo de casos (Hruschka).

La segunda posición, asumida generalmente por la jurisprudencia alemana, se caracteriza por extender y ampliar de manera profusa la punibilidad de la complicidad psíquica en la modalidad de reforzamiento de la resolución a cometer el hecho, siendo los supuestos comprendidos por ella sumamente discutibles, que bien podrían mantenerse en la zona de impunidad.

El tercer criterio, por su parte, manteniendo una línea intermedia plantea su **(685)** castigo sólo bajo límites muy estrictos¹⁸. De este modo, a diferencia de la jurisprudencia alemana dominante se termina por excluir

¹⁴ Conf. MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/2; p. 452; JESCHECK, HANS: Tratado; p. 962; JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; 22/36; p. 813; MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal; 15/76; p. 406; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 879; HUERTA TOCILDO-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Derecho Penal; p. 543.

¹⁵ Así ANTÓN ONEGA, JOSÉ: Derecho Penal; p. 473.

¹⁶ ROXIN, CLAUS: *¿Qué es la Complicidad?*; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 411.

¹⁷ MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/2; p. 452.

¹⁸ ROXIN, CLAUS: *¿Qué es la Complicidad?*; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 412.

el castigo del simple solidarizarse con el autor o las muestras de aprobación a su proceder o las simples demostraciones de simpatía con su hecho. Inversamente, se sanciona al que proporciona un motivo adicional al autor o disipa sus dudas, promete a un testigo callar frente a una declaración falsa o a la mujer que, como amante, promete un ulterior matrimonio al hombre decidido a matar a su esposa¹⁹.

Asimismo, deberá sancionarse como cómplice al que contribuye o facilita una más intensa afección del bien jurídico, por ejemplo, al que alienta al autor a golpear más fuerte a la víctima y al que promete una ayuda posterior al hecho con el objeto que el autor no sea descubierto o sancionado.

Pese a lo apuntado sigue siendo discutible si debe ser sancionado como cómplice el que presencia la comisión de un delito o el que acompaña sin más al autor, no desplegando aporte alguno sobre el hecho. La respuesta definitiva al problema planteado tiene que obtenerse del análisis del caso concreto y del contexto situacional. Sin embargo, debemos estar de acuerdo con ROXIN cuando sostiene que la sensación tranquilizante para el autor, proporcionada por quien está allí (en el lugar de los hechos) inactivo no entraría a considerarse como una actividad a favor del hecho por lo que no puede considerarse como una forma de complicidad. Un acto de estar presente pasivamente no es ninguna complicidad punible, al faltar una posición de garantía. Como tampoco lo es si el autor se siente motivado a continuar sus actividades delictivas por la idea de que el que está presente no lo va a delatar y no se va interponer en su camino²⁰. Distinto, sin embargo, es el caso, y por tanto será punible, aquel que aparece en el escenario criminal y está dispuesto a intervenir en el hecho si fuera necesario, al existir un acuerdo previo con el autor.

3.- Si bien la mayoría de casos de complicidad suelen ser cometidos por conducta positiva; nada impide que exista, también, complicidad por omisión, siempre que subsista una posición y deber de garantía²¹. Este parecer mayoritario (686) en la doctrina y jurisprudencia alemana no deja de generar opiniones encontradas en la ciencia penal española. En tanto la jurisprudencia y una parte de la doctrina admiten la complicidad omisiva siempre que concurra un deber de garantía²², otro sector doctrinario la admite sin exigir éste requisito adicional como es el deber de garante²³. No faltan autores que la niegan y excluyen de modo rotundo como forma de complicidad²⁴.

En el Perú creemos que la admisión de la complicidad omisiva está supeditada a la preexistencia de un deber de garantía, tal como lo reconoce la doctrina y jurisprudencia alemana y española dominante, sin que sea suficiente la sola facilitación mediante un no hacer para la realización del hecho punible²⁵. De este modo, será cómplice por omisión el funcionario de aduanas que tolera a su personal la realización de actos de contrabando o la defraudación de la renta de aduanas (arts. 1 y 4 de la Ley 26461). Sin embargo, no tiene esa calidad, por lo que debe quedar impune, la amante del hombre casado que no impide que éste dé muerte a su mujer, dado que falta aquí un deber de garantía²⁶. Resulta discutible la calificación por

¹⁹ ROXIN, CLAUS: Op. Cit.; p. 413.

²⁰ Idem; Ibid; p. 416.

²¹ Así, JESCHECK, HANS: Tratado; p. 967; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal 52/9; p. 454; WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 169.

²² Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 892; MIR PUIG, SANTIAGO; Derecho Penal; p. 406; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: La Inducción y la Complicidad como formas de participación punible en el C.P.; p. 232.

²³ Así COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN; Derecho Penal; p. 689; BACIGALUPO, ENRIQUE; Derecho Penal; p. 387.

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, JUAN; Manual; p. 296.

²⁵ Así VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Lecciones; p. 234.

²⁶ En contra JESCHECK, HANS: Tratado; p. 968.

complicidad omisiva en homicidio simple en base al criterio de la injerencia, cuando A, B y C golpean a la víctima X, y luego el primero se limita a observar como B y C le dan muerte²⁷. En estos casos la autoría cede su lugar a la complicidad por omisión cuando el que actúa, o despliega su energía criminal, deja de dominar el curso del hecho²⁸.

2. La Causalidad e Imputación Objetiva de la Complicidad

1.- Cuando el legislador regula la complicidad, simplemente señala que **(687)** ésta consiste en prestar auxilio o asistencia (art. 25 del C.P.), sin realizar una mayor precisión entre la complicidad y el delito cometido, por lo que su relación encuentra sometida a una viva discusión dogmática y práctica. La pregunta que desarrolla aquí es: si existe causalidad e imputación objetiva (o ninguna de ella en la conducta del cómplice respecto al hecho principal.

2.- Una primera posición, seguida de manera mayoritaria por la jurisprudencia alemana, la doctrina minoritaria de ese país²⁹ y por la ciencia penal española, de manera casi unánime, sostiene que la conducta del cómplice no tiene que aparecer necesariamente en una relación condicional con el resultado tí co³⁰; basta, por el contrario, que haya promovido su ejecución. Para esta tesis es suficiente que la actividad del cómplice promueva o facilite la acción del autor principal, sin que sea necesario constatar si efectivamente ayudó o incrementa riesgo en la lesión del bien jurídico. La punibilidad de la complicidad no dependería así de la relación causal que es un presupuesto en el ámbito de la autoría³¹. El cooperador no sería un contribuyente causal al hecho del autor principal, pues a diferencia del autor, aquél no actúa sobre los mecanismos causales y, por tanto, no causa el delito, sino que se limita a realizar una aportación de motive razones para que el autor principal, que sí causa el delito, ejecute el hecho³² cómplice favorece eficazmente la realización del hecho por el autor, pero no causa del mismo³³. Se llega a sostener que el cómplice no puede causar el de sino en un sentido ideal y figurado³⁴; por tanto, la causalidad deviene en irreal.

La crítica que se formula a esta posición se encuentra en que imposibilita delimitación entre complicidad tentada, complicidad en un hecho consumado y complicidad **(688)** en una tentativa, acarreado como consecuencia una borrosa delimitación de las fronteras de punibilidad en contra del autor³⁵. De este modo se terminaría por sancionar (incorrectamente) a quien proporciona a una embarazada los instrumentos abortivos que ésta quiere utilizar pero que finalmente no usa, o al que provee de herramientas para un hurto con fractura que luego no se perpetra por encontrar el autor la puerta abierta. Asimismo, se apunta como

²⁷ Véase MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/10; p. 454.

²⁸ Conf. JESCHECK, HANS: Tratado; p. 968.

²⁹ Así WESSELS, JOHANNES: Derecho Penal; p. 169.

³⁰ Véase GIMBERNAT, ENRIQUE; Autor y Cómplice en Derecho Penal; p. 169; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO; Comentarios; p. 890; HUERTA TOCILDO-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: Derecho Penal; p. 541; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN: Derecho Penal; p. 688; GÓMEZ BEN JOSÉ; Teoría Jurídica del Delito; p. 536. Sostienen, sin embargo, la causalidad: RODRÍGUEZ DEVESA JOSÉ; Derecho Penal Español; p. 816; BACIGALUPO, ENRIQUE: Derecho Penal; p. 387.

³¹ WESSELS, JOHANNES: Derecho Penal; p. 169.b.

³² Así DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: La Inducción y Complicidad como forma de participación criminal punible en el C.P.; p. 220; COBO DEL ROSAL - VIVES ANTÓN: Derecho Penal; p. 688.

³³ GÓMEZ BENITES, JOSÉ: Teoría Jurídica del Delito; p. 536.

³⁴ COBO DEL ROSAL – VIVES ANTÓN: Derecho Penal; p. 688.

³⁵ Conf. MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/22; p. 458; JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; 22/34; p. 811.

crítica a esta postura que si la complicidad favorece a la acción del autor principal también se podría decir que ayuda a la aparición del resultado, y a la inversa³⁶. En realidad todas las contribuciones físicas o psíquicas que auxilian la acción del autor favorecen y, mediatamente, causan el resultado desde el punto de vista de la teoría de la equivalencia de condiciones³⁷.

3.- Una posición intermedia, entre la tesis que niega la causalidad de la complicidad respecto al hecho principal y la tesis que la admite sin restricciones, concibe a la complicidad a veces bien como un delito de peligro abstracto (Herzberg), como un delito de peligro concreto (Schaffstein) o como un delito de peligro parcialmente abstracto y a la vez concreto (Vogler). De esta manera cualquier contribución peligrosa equivaldría a una ayuda propia de la complicidad. Próxima a esta tesis es la posición de STRATENWERTH³⁸, quien precisa que basta que "el cómplice aumente las posibilidades de éxito de la acción adecuada al supuesto típico, por ejemplo, facilitándole con un consejo técnico, acelerándola con el aporte de herramientas apropiadas".

La crítica que se formula a esta posición es semejante a la del criterio anterior, pues si la complicidad es un delito de peligro se tiene que terminar sancionando la tentativa de complicidad como complicidad consumada³⁹. Asimismo, no es posible llevar a cabo, sin arbitrariedad, la determinación de qué comportamiento es peligroso en abstracto respecto al resultado, pues -como dice JAKOBS-, incluso quien destruye los útiles del ladrón ejecuta una conducta apropiada en general para favorecer delitos, pues el ladrón, ante la falta de útiles, puede dedicarse al robo⁴⁰. (689)

4.- Finalmente, la doctrina mayoritaria alemana viene exigiendo, con razón, la causalidad del aporte del cómplice respecto al hecho principal⁴¹. La causalidad de la complicidad no sólo se manifiesta cuando la acción del partícipe constituye un aporte material (entrega de veneno o un arma); sino, también, cuando representa un apoyo o reforzamiento psicológico (complicidad psíquica) a manera de un influjo psíquico o motivacional. La causalidad del apoyo psicológico no puede ser puesto en duda, según la fórmula de la condición ajustada a las leyes de la experiencia científica, pero con la observación que en el caso de la complicidad psíquica se trata a veces de un relación no sólo causal, sino también de sentido, más que de puros nexos mecánicos.

La causalidad de la complicidad no requiere que el aporte sea una *conditio sine qua non* para el resultado, en el sentido de que éste no se hubiere producido sin aquella (cooperación necesaria), sino que basta que la contribución haya influido en el resultado en forma concreta (complicidad simple)⁴². Como un planteamiento particular dentro de la concepción que acepta la causalidad en la complicidad aparece la posición de algún autor importante, como JESCHECK quien opera con un peculiar concepto de causalidad como es la "*causalidad fortalecedora*" mediante la facilitación de la acción delictiva. Sin embargo, la asunción de este criterio no reduce el alcance de la causalidad o se vuelve próximo respecto a quienes

³⁶ STRATENWERTH, GÜNTHER: Derecho Penal; Núm. 890; p. 270.

³⁷ MEZGUER, EDMUNDO; Tratado; T. II; p. 284.

³⁸ STRATENWERTH, GÜNTHER; Derecho Penal; Núm. 899; p. 270.

³⁹ Conf. JESCHECK, HANS: Tratado, p. 965.

⁴⁰ JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; 22/35; p. 812.

⁴¹ Así WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 191; JESCHECK, HANS: Tratado; p. 965; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/18; p. 456; JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; 22/35; p. 811.

⁴² Conf. ROXIN, CLAUS: *¿Qué es la Complicidad?*; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 404.

niegan el efecto causal⁴³. La llamada "causalidad fortalecedora", no obstante, ha sido objeto de crítica en la medida que no proporciona ventaja alguna en cuanto a claridad⁴⁴ y utilidad práctica.

4.1. El fundamento de la admisión de la causalidad e imputación objetiva en la complicidad es variado. MAURACH sostiene que el cómplice no actúa típicamente a falta de dominio del hecho, pero sí con la infracción a la norma y de ello se deduce que también para el cómplice debe ser imputable la lesión al bien jurídico realizada por el autor principal⁴⁵. ROXIN deriva la exigencia de la causalidad (690) de que esta es el presupuesto fundamental de imputación para todo delito de comisión consumado (y con ello también para la complicidad⁴⁶).

Sin embargo, la causalidad no es suficiente para fundar la complicidad, pues falta en la complicidad omisiva, en donde es imposible plantear una relación causal. Aquí es necesario reparar en la imputación objetiva, en el sentido que una contribución hacia el hecho solamente puede ser una complicidad cuando ha elevado el riesgo para la víctima y con ello la posibilidad de éxito del autor. Para ROXIN el empleo del principio de incremento del riesgo en la complicidad puede conducirse al fundamento penal de la participación: solamente quien mejora las oportunidades del autor y eleva el riesgo de la víctima, emprende un ataque independiente al bien jurídico, tal como es necesario para cualquier forma de participación⁴⁷.

Asimismo, el criterio del incremento del riesgo que fundamenta la complicidad, según ROXIN, puede dividirse en cuatro elementos como es: el posibilitar (vg. entrega de un veneno que no será detectado en el organismo), facilitar (vg. consejos, entrega de una arma), intensificar (vg. consejo de golpear más fuerte o dar más) o asegurar (vg. vigilancia u otras labores de protección)⁴⁸. Aún cuando nosotros veamos con escepticismo el distinguir con claridad las acciones que posibilitan y facilitan el hecho principal, pues a nuestro criterio ambas se equipan, lo indispensable es exigir que la contribución del cómplice haya elevado las oportunidades de comisión del hecho, siendo útil a la ejecución. Se debe precisar que la mera solidaridad con el hecho como su aprobación o aquiescencia no es complicidad por no ser causal⁴⁹.

4.2.- Respecto a los alcances de la complicidad existe una constelación de casos problemáticos que encuentran una solución disímil y muy encontrada, ya sea en la doctrina o jurisprudencia penal. Por ejemplo, en los casos en donde A entrega a B una ganzúa para que abra la puerta de una casa y hurte. B penetra de otro modo a la vivienda porque la ganzúa se rompe o por que su inexperiencia con dichos instrumentos hace que su esfuerzo sea vano. A responderá como cómplice (691) en tentativa de hurto agravado, pues el autor utilizó sin éxito el medio proporcionado logrando ingresar de otra manera⁵⁰, salvo que se quiera ver en la entrega de la ganzúa una complicidad psíquica en cuanto refuerza criminal. Si B recibe la ganzúa pero no lo utiliza, ya sea por que no lleva consigo o porque encuentra un mejor modo de comisión, según el principio del incremento del riesgo, que se traduce en la mejora de las posibilidades de autor, la contribución debe perdurar hasta el estadio de la consumación⁵¹; por lo que A debe quedar

⁴³ En contra MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal; 15/80; p. 407.

⁴⁴ Véase JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal; 22/35; p. 813.

⁴⁵ MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/20; p. 457.

⁴⁶ ROXIN, CLAUS: *¿Qué es la Complicidad?*; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 404.

⁴⁷ ROXIN, CLAUS: Op. Cit., p. 420.

⁴⁸ Idem; Ibid; p. 421.

⁴⁹ Por todos JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal; 22/36; p. 813.

⁵⁰ Conf. WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 171. En cor GOSSEL-ZIPF; Derecho Penal; 52/27; p. 459, quien estima complicidad en 1; del hecho y no complicidad en la tentativa.

⁵¹ Véase al respecto ROXIN, CLAUS: *¿,Qué es la Complicidad?*; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 423.

impune.

No creemos acertado el criterio de Maurach de distinguir entre los casos en donde el autor no porta el instrumento (impune) del supuesto et la ganzúa (punible)⁵². Aquí lo importante es la utilización o no del El que impide al propietario el descubrimiento de un hurto que viene perpetrándose y quien sostiene o desvía dolosamente a un policía detener a un ladrón en delito flagrante comete complicidad punible⁵³. Si el cómplice facilita una intensificación de la resolución criminal res diferencia vg. será cómplice en homicidio cuando se alienta o posibilita al autor a cometer un homicidio; y éste viene sólo lesionando⁵⁴. No es punible, contra la opinión de MAURACH⁵⁵, el caso en donde un colega del carterista que -sin que éste lo note- se coloca cerca de él para facilitarle caso sea necesario, causando una aglomeración artificial, pues implicaría una simple disposición de complicidad⁵⁶ que no se manifiesta en hecho alguno.

Como apunta JESCHECK "toda ayuda, incluso la mas pequeña, que objetivamente **(692)** favorezca el hecho es suficiente, en tanto que una cooperación importante de la que no se sirve el autor queda en complicidad intentada⁵⁷. La promesa de ayudar después de cometer un delito, se produzca o no luego, representa también un caso común de complicidad.

4.3.- Dentro de los límites de la punibilidad o impunidad de la complicidad se encuentra el *aporte* o auxilio consistente en acciones cotidianas, llamado también como los "usuales negocios de intercambio de la vida cotidiana". La contribución, que se discute si configura o no complicidad, consiste en una acción frecuente o una prestación que es común en el tráfico diario y que tomada de forma aislada carece de relevancia jurídica penal, pero que en el caso concreto facilita la comisión de un delito.

Ejemplos: un taxista lleva al autor de un robo al lugar de los hechos, y esta al tanto del delito que se pretende cometer al escuchar una conversación. El vendedor de un destornillador sabe que el comprador lo ha adquirido con el objeto de cometer un hurto con fractura; el panadero vende panecillos sabiendo que el comprador envenenará el producto y los servirá a sus invitados.

En base a que la acción de dar un servicio de taxi, vender un destornillador en una ferretería o vender pan son conductas cotidianas; un sector de la doctrina alemana viene sosteniendo la impunidad de dichos comportamientos al considerar que el obrar delictivo no llega a constituir y a tener el sentido conjunto de una acción propia de la participación⁵⁸. Frente a este parecer se erige un criterio que admite la complicidad cuando la contribución tenga "una relación delictiva de sentido"; esto ocurrirá especialmente cuando la contribución tiene valor para el autor solamente bajo el presupuesto del delito planeado y el aportador sabe esto. Al respecto es sumamente oportuna la observación de ROXIN cuando plantea "que no hay acciones cotidianas *per se*, si no que el carácter de una acción se determina por la finalidad para la que sirve". Aquí estaremos frente a una "relación delictiva de sentido"⁵⁹.

El ilustre profesor alemán distingue, correctamente, entre la contribución delictiva que ha ocurrido bajo un conocimiento seguro (dolo directo) de los planes **(693)** delictivos del autor, que configurará probablemente

⁵² Véase MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/28; p. 458.

⁵³ ROXIN, CLAUS: *¿Qué es la Complicidad?*; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 423.

⁵⁴ Conf. JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal; 22/37; p. 814.

⁵⁵ MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal: 52/8; p. 454.

⁵⁶ ROXIN, CLAUS: *¿Qué es la Complicidad?*; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 424.

⁵⁷ JESCHECK, HANS: Tratado; p. 966.

⁵⁸ Así JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal; 24/17; p. 844.

⁵⁹ ROXIN, CLAUS: *¿Qué es la Complicidad?*; en Dogmática Penal y Política Criminal; p. 426 en especial p. 430.

complicidad, del caso en el que el aportante sólo cuenta (dolo eventual) con una conducta delictiva del autor⁶⁰, situación que por lo general desencadenará la impunidad. De este modo llevar un pasajero, vender un destornillador o panecillos es punible cuando sirve se halla conectada a una relación delictiva de sentido con el hecho.

3. *El instante de la prestación de ayuda*

1.- La precisión del tiempo en donde un aporte o ayuda puede ser tomada no como complicidad es un problema en el que existe, por un lado, un consenso parcial en la doctrina y pareceres discrepantes, por el otro.

Asimismo, es sumamente discutible, pero a la vez esencial, este aspecto cuando el problema planteado se traslada al instante en que debe producirse contribución, lo cual marca la diferencia entre la complicidad primaria (art. 1 párrafo 1) y la complicidad secundaria (art. 25 párrafo 2).

La doctrina, de manera mayoritaria considera, con razón, que el momento del aporte de la cooperación necesaria, debe producirse antes de la ejecución del hecho, pues si se contribuye con un aporte esencial en la fase ejecutiva no se es cómplice sino coautor⁶¹. De este modo la realización de un acto ejecutivo esencial y necesario, repitámoslo, impide la configuración de la complicidad primaria que cedería su paso a la coautoría⁶². Un sector minoritario, incorrectamente, sostiene posibilidad de cooperación necesaria en la fase ejecutiva, aún cuando sea de mane excepcional⁶³, siempre que no llegue a constituir parte esencial del plan. Esta posición hace imposible, y borra de un plumazo, la distinción entre coautoría y complicidad primaria, indispensable desde la perspectiva de *lege lata* y que de no efectúa se daría lugar a una clamorosa falta de atención a las palabras de la ley.

Por su parte, la complicidad simple o secundaria puede darse en cualquier fase del delito, incluso en la ejecución, siempre que no implique la comisión (694) de actos ejecutivos esenciales por parte del cómplice⁶⁴.

2.- La complicidad como una categoría general, independientemente de la importancia de la contribución, se puede prestar antes o durante el hecho, tanto en la fase preparatoria (complicidad primaria y secundaria) como en la fase ejecutiva (complicidad secundaria). Incluso, se llega a sostener la posibilidad de complicidad antes que el autor esté establecido (decidido) o de que éste haya adoptado la resolución delictiva⁶⁵. Sin embargo, la punibilidad de la complicidad recién aparecerá cuando el autor realice los actos ejecutivos o llegue a la consumación. La complicidad en los actos preparatorios que no redundan en un principio de ejecución del delito por parte del autor principal es, por tanto, impune.

3.- La doctrina discute arduamente acerca de la opción de admitir o no complicidad en el período comprendido entre la consumación y la terminación del delito, tema supeditado a la peculiar redacción legal de los tipos penales. En Alemania un sector de la doctrina acepta la complicidad en el lapso de la

⁶⁰ ROXIN, CLAUS: Op. Cit.; p. 427.

⁶¹ Así BACIGALUPO, ENRIQUE: Derecho Penal; p. 388; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA JACOBO; Autoría y Participación; p. 152; VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Lecciones; p. 23 HURTADO POZO, JOSÉ: Manual; p. 542.

⁶² HURTADO POZO, JOSÉ: Op. Cit.; p. 542.

⁶³ Así MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal; p. 406 nota 66.

⁶⁴ HURTADO POZO, JOSÉ: Manual: p. 544.

⁶⁵ JAKOBS, GÜNTHER; Derecho Penal; 22/38; p. 815; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/12; p. 455 seguido en el Perú por HURTADO POZO, JOSÉ: Op. Cit.; p. 544.

consumación y agotamiento del delito⁶⁶ v. gr. es cómplice quien presta ayuda a los autores cuando empiezan su huida con el botín, mientras que otro sector lo niega rotundamente⁶⁷. En España⁶⁸ y en el Perú⁶⁹ si bien no se plantea con frecuencia el problema en la doctrina; la cuestión se resuelve a favor de aceptar la complicidad sólo hasta la consumación, excluyendo cualquier otra extensión o aporte posterior a ella. Este parecer nos parece correcto, pues de otro modo se infringiría el principio de legalidad; incurriéndose en una odiosa analogía, pues el tipo penal al determinar **(695)** el ámbito del injusto delimita también el ámbito de actuación penalmente relevante tanto para los autores como los partícipes.

4.- Lo apuntado en el párrafo precedente no implica la imposibilidad complicidad en los delitos permanentes, siempre que la contribución se produce hasta el momento del último de los actos principales⁷⁰ o en el período del delito aún no transcurrido⁷¹ (consumado). Quien interviene parcialmente en un del complejo o fraccionado en varios actos no responde por los actos ya realiza< por el autor, sino desde el momento de su intervención. Quien presta ayude asaltante después del ejercicio de violencia sobre las víctima es cómplice de hurto pero no de robo.

Cuando antes de la consumación alguien ofrece o promete al autor desaparecer las huellas del delito, receptar o esconder los bienes producto del ilícito sustraerlo de la acción de la justicia, independiente de que el auxilio se concreta luego, nos encontraremos ante un caso de complicidad. Con razón se apunta que el cómplice, aquí, no es reprimido por el acto que ha cometido después de ejecutada la infracción sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo⁷².

Nuestra legislación se distingue del Derecho argentino en cuyo articulo del C.P. se exige respecto a la promesa de auxilio que éste se preste en forma efectiva con posterioridad a la ejecución⁷³.

B. Elemento Subjetivo

En este apartado debe analizarse el dolo del cómplice y los casos de el sobre la necesidad o el carácter esencial de la prestación o el aporte.

1.- La complicidad primaria o secundaria es siempre dolosa, bastando el c eventual. No se admite la complicidad culposa⁷⁴, por contravenir el tenor de nuestra ley. En caso ocurra sería autoría accesoria imprudente. La complicidad es la **(696)** colaboración dolosa en la ejecución de un hecho doloso por un autor determinado.

Al igual que en la inducción no es que exista un doble dolo sino que éste es bifronte o tiene una doble

⁶⁶ Así JESCHECK, HANS: Tratado; p. 963 nota 33; WESSELS, JOHANNES: Derecho Penal; p. 170.

⁶⁷ Véase JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal; 22/40; p. 816; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/13; p. 455.

⁶⁸ Así MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal; 15/78; p. 406; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO; *La Inducción y Complicidad como formas de participación criminal punible en el ".P.*; p. 223; BACIGALUPO, RNRIQUE; Derecho Penal; p. 388; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 890; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO; Autoría y Participación; p. 152.

⁶⁹ HURTADO POZO, JOSÉ: Manual; p. 544; VILLAVICENCIO TERREROS, FELIPE: Lecciones; p. 234.

⁷⁰ MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 22/13; p. 445.

⁷¹ JAKOBS, GÜNTHER: Derecho Penal: 22/40: p. 816.

⁷² HURTADO POZO, JOSÉ: Manual; p. 545.

⁷³ Véase ZAFFARONI, RAÚL; Tratado; T IV; p. 401.

⁷⁴ En contra en España RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. MIR PUIG, SANTIAGO: Derecho Penal; 15/82; p. 408.

dirección, por lo que se ha de referir tanto a la acción de prestar auxilio o asistencia como a la ejecución o consumación del hecho principal. El cómplice debe conocer y querer dar su contribución, como debe dirigirla a la realización de un delito determinado. La doctrina, en forma casi unánime, viene requiriendo que el dolo del cómplice se dirija de manera manifiesta a favorecer la consumación del hecho principal⁷⁵. De este modo no sería punible por complicidad quien sólo quiere que el hecho llegue hasta la tentativa o de antemano sabe que no podría alcanzar la consumación⁷⁶ v. gr. X dentro de un supuesto delito de tráfico ilícito de drogas quiere hacer llegar las estupefacientes a la policía, por lo que no existiría dolo de traficar. X deberá quedar impune⁷⁷.

1. Especial preocupación dogmática despierta la cuestión del error en la complicidad primaria o secundaria. La pregunta que se formula es cómo se debe castigar al cómplice que entrega un arma al autor, contribución indispensable ex ante para la perpetración de un homicidio, creyendo, erróneamente, que éste no tiene ninguna en su poder. Y en sentido inverso cuál debe ser la sanción, o no, del cómplice que entrega un instrumento a emplearse en la ejecución, creyendo, erróneamente, que el autor ya tiene una. cuando en realidad el delito no se hubiese cometido sin ese aporte.

En la primera hipótesis se estaría frente a una tentativa de complicidad primaria en concurso con complicidad consumada⁷⁸. En el caso opuesto, cuando el cómplice objetivamente aporta una condición indispensable, creyendo que es una contribución inesencial o sustituible es evidente que no puede plantearse la complicidad primaria. Sin embargo se discute si la calificación correcta y el tratamiento jurídico adecuado sería complicidad frustrada y, por tanto impune⁷⁹ o bien podría (697) ser autoría accesoria imprudente por el error evitable o en todo caso se mantendría; intacta la calificación de complicidad simple consumada⁸⁰.

Creemos correcto tratar esta última hipótesis como complicidad secundan; consumada: pues el cómplice no yerra sobre el aporte o ayuda que brinda, el cual conoce perfectamente; sino sólo sobre la importancia y necesidad de la misma Aquí nos enfrentamos a un error vencible que se manifiesta cuando una persona desconoce la naturaleza e importancia del aporte que presta al hecho, lo cual no significa que no se sepa de la ayuda que brinda al hecho principal. En estos casos dada la existencia objetiva y subjetiva de la contribución, aún cuando no se sepa la naturaleza y entidad de la misma, se mantiene intacta la calificación de complicidad secundaria.

3. Por otro lado, si el cómplice incurre en error o es inducido a éste por e autor, debe responder en razón al principio de responsabilidad subjetiva, sólo en la medida de su dolo y no por el hecho que comete realmente el autor⁸¹. Por ejemplo, cuando X presta un arma de fuego a Y para que cometa un robo, m responderá por homicidio si Y termina matando finalmente a su víctima.

⁷⁵ Véase WELZEL, HANS: Derecho Penal Alemán; p. 171; WESSELS, JOHANNES: Derecho Penal; p. 170; JESCHECK, HANS; Tratado; p. 966; MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/31; p. 460; STRATENWERTH, GÜNTHER; Derecho Penal; Núm. 902; p. 270.

⁷⁶ JESCHECK, HANS: Tratado; p. 966.

⁷⁷ Véase el ejemplo en MAURACH-GOSSEL-ZIPF: Derecho Penal; 52/32; p. 460.

⁷⁸ Conf. GIMBERNAT, ENRIQUE: *Autor y Cómplice en Derecho Penal*; p. 162; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios*; p. 880.

⁷⁹ Así GIMBERNAT, ENRIQUE: *Op. Cit.*; p. 172.

⁸⁰ Véase RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios*; p. 880.

⁸¹ Conf. HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual*; p. 547.

III. La acción del autor principal.

1.- La complicidad, al igual que la instigación, requiere que el autor principal comience a ejecutar! injusto penal. Ello en virtud al principio de la accesoriedad cuantitativa, o externa, de la participación que demanda tener en cuenta la acción del cómplice, en la medida que el delito cometido por el autor principal se consume o, por lo menos, quede en tentativa. El solo auxilio o la mera asistencia de cómplice sin una ejecución ulterior por parte del autor genera la impunidad de aquél. El desistimiento voluntario del ejecutor material, si se considera que excluye la tipicidad, beneficia también al cómplice del delito.

2.- El cómplice responde en la medida y sólo hasta donde el hecho principal concuerde con su dolo. No responde por el exceso del autor no querido, ni aceptado por el cómplice. En el caso de un error cuantitativo por parte el autor no existe responsabilidad del cómplice por el exceso cometido al no ser abarcado por su dolo Por su lado, el exceso cualitativo funda siempre la impunidad del cómplice sin que sea necesario distinguir entre la complicidad en un delito menor o mayor. (698)

IV. Complicidad primaria y secundaria.

1.- En la línea del C.P. de 1924, e inspirándose en la codificación penal española histórica, el C.P. de 1991 distingue dos formas de complicidad: la llamada cooperación necesaria o complicidad primaria y la complicidad simple o secundaria. Aún cuando no parezca ni correcto, ni oportuno mantener una distinción de esta índole, el texto legal obliga al intérprete a ofrecer una distinción conceptual que permita al juez separar ambas categorías, máxime si entre ellas media como consecuencia una diferencia en cuanto a la penalidad.

2.- Ambas formas de complicidad comportan una participación en un hecho delictivo ajeno mediante acciones que se caracterizan por no tener un dominio del hecho⁸². La distinción entre una y otra clase de complicidad debe producirse sobre la base de criterios fundamentalmente objetivos⁸³ e imparciales, que tengan en cuenta la naturaleza⁸⁴ o el valor⁸⁵ del aporte o la importancia objetiva y/o eficiencia de la cooperación⁸⁶. No entran, por tanto, en la delimitación de las clases de complicidad patrones subjetivos o de naturaleza personal, como si un aporte irrelevante desde el plano de un observador imparcial, pueda ser tomado como una contribución esencial según la personalidad del ejecutor principal de un hecho.

3.- La referencia legal a "la prestación de auxilio sin el cual no se hubiere perpetrado el delito" (art. 25 primer párrafo), propio de la complicidad primaria, plantea la necesidad o la naturaleza imprescindible de la contribución, la cual puede ser contemplada desde un plano concreto o abstracto según ya una clásica distinción⁸⁷. Proporcionar una escalera para perpetrar un hurto agravado por escalamiento (189 inc. 3) será un acto imprescindible según el primer criterio no según un punto de vista abstracto porque el delito se hubiese podido cometido de otra manera. La perspectiva concreta ofrece la dificultad que siempre cualquier (699) aporte efectivamente producido sería necesario, pues de otro modo el delito no se hubiera llegado a cometer. En realidad la apelación a este expediente no resuelve ningún problema, sino que agrava otro existente, ya que no se logra determinar con exactitud cuando un aporte es mera asistencia y cuando hay una prestación de auxilio sin el cual el delito no se hubiera cometido. No obstante, esta posición es la

⁸² Creemos corréelo el parecer de RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios*; p. 872 respecto a que ambas formas de complicidad pueden implicar la realización de actos no ejecutivos.

⁸³ HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual*; p. 549.

⁸⁴ SOLER, SEBASTIÁN; *Derecho Penal Argentino*; T II; p. 279 y 289.

⁸⁵ NUÑEZ, RICARDO; *Derecho Penal Argentino*; T II; p. 282.

⁸⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios*; p. 872.

⁸⁷ Véase GIMBERNAT, ENRIQUE: *Autor y Cómplice en Derecho Penal*; p. 131.

dominante en el Tribunal Supremo español y un sector importante de la doctrina española⁸⁸.

El criterio abstracto tiene como punto crítico el inverso a la perspectiva concreta, pues ningún aporte tendría el carácter de necesario o imprescindible dado que como apuntó CARRARA en el siglo pasado "el delito tiene muchos modos diversos y posible de ejecución"⁸⁹; de tal manera que por esta vía la cooperación y el aporte nunca será necesario pues el autor a podido cometer el delito de ésta como de otra manera. Así un homicidio con un arma de fuego entregada por el cómplice pudo producirse empleando un puñal, un veneno o por el empleo de la sola fuerza; el hurto con escalamiento puede efectuarse no sólo por la entrega de la escalera, sino mediante una cuerda o rompiendo otras defensas predispuestas. Frente a estas dificultades lo mejor es seguir una posición que conjugue ambos aspectos que más que una perspectiva concreta resulte, según GIMBERNAT, ser un criterio menos abstracto⁹⁰. Cercana, o próxima, a esta línea se han elaborado diversas posiciones que tratan de distinguir los elementos que solucionen el crucial problema de la complicidad primaria y complicidad secundaria, aquí algunos de ellos:

Tesis de la intercambiabilidad de las contribuciones.

4.- RODRÍGUEZ DEVESA, luego de criticar tanto la perspectiva concreta y abstracta pura, sostiene que para determinar quien es cómplice primario es necesario "circunscribirse a los participantes efectivos en la comisión del delito debiéndose preguntar si sus conductas son intercambiables o no. Aplicando esta regla se entiende que el médico que extienda la receta para obtener el veneno que se sabe ha de utilizarse para matar, será cooperador necesario por cuanto su acción no puede (700) ser suplida por los demás miembros del grupo. Sin embargo quien recoja la receta será sólo cómplice, dado que esta conducta puede ser realizada por cualquiera. Respecto a quien vigila mientras los demás roban habrá que reparar en las circunstancias. Si son solamente dos, uno roba y el otro vigila, el auxilio de éste será necesario si son varios y sus actividades en el robo son permutables, será un simple cómplice; si intervienen varios, pero por razón de la especialidad del papel que tienen atribuido no puede sustituir al que vigila, éste habrá de ser considerado de nuevo como un auxilio necesario⁹¹.

Esta tesis cuando se detiene en la naturaleza intercambiable de la conducta como criterio delimitador de las formas de complicidad no repara que cualquier aporte, necesario o no, puede ser intercambiable entre los que intervienen o por terceros, dependiendo, en gran medida de la energía criminal empleada por el autor o los otros cómplices. Una persona, autor o cómplice, decidida absolutamente a cometer un delito puede fácilmente sustituir con su actuar el aporte o la conducta de los otros partícipes, por lo que éstos aparecerían como simples cómplices. Asimismo, esta posición deja de lado el aspecto central de la complicidad primaria: el valor e importancia del aporte, trocándola por la sustituibilidad de la conducta. Se desconoce, por tanto, que incluso un aporte irrelevante o de escasa importancia puede ser insustituible como el caso de la complicidad psíquica. Al respecto, es evidente el fracaso de esta posición.

Otro punto débil de esta teoría reside en el grupo de casos en donde son varios los intervinientes en el delito, situación que facilita el intercambio de las conductas, pues aquí un agente puede sustituir a otro si ningún esfuerzo, tornándose extraño y raro los supuestos de complicidad primaria dado que si uno puede sustituir a otro ningún aporte será necesario.

⁸⁸ Así RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios*; p. 872 nota 6.

⁸⁹ Así RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios*; p. 872 nota 6.

⁹⁰ GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Autor y Cómplice en Derecho Penal*; p. 133. Así también RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ; *Derecho Penal Español*; p. 817; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: *Derecho Penal*; p. 68X.

⁹¹ RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ: *Op. Cit.*; p. 817.

Tesis del proceso motivacional

5.- COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, luego de prescindir de criterios demasiado abstractos o demasiado concretos, señalan que en la determinación de la complicidad "se debe partir de las posibilidades reales del autor en el momento del hecho y se inquiere, no si el autor hubiera podido efectuarlo aún de otro modo, sin la colaboración del partícipe, sino, como exige el texto de la ley, si lo hubiera efectuado". "Se trata -he aquí la tesis principal de estos autores- de un juicio **(701)** sobre el proceso motivacional del autor y no. como a veces se interpreta, de un mera evaluación de sus posibilidades objetivas⁹².

DEL ROSAL BLASCO, quien asume también esta posición, precisa que "si con el auxilio del partícipe se ha logrado que el autor resolviera definitivamente la comisión del hecho principal, su comportamiento será cooperación necesaria. Por el contrario si la aportación -material o psíquica- del partícipe no ha tenido una influencia definitiva en la resolución del autor, pero ha contribuido de alguna manera, será cómplice"⁹³. La crítica extensiva y por demás evidente a esta postura es el de partir de un criterio aparentemente objetivo pero que termina reconociendo la diferencia entre las clases de complicidad en razón a un criterio subjetivo. Ello es patente cuando se alude a la influencia del *aporte en el proceso motivacional del autor*. Siguiendo este parecer no sólo se aparta el intérprete de tenor de la ley sino que la infringe y desconoce su contenido, el cual establece dicha diferencia sobre patrones objetivos, procedimiento que invalida la mencionada construcción teórica.

Anclar la diferencia de la complicidad primaria y secundaria en patrones internos, netamente subjetivos, significa pasar por encima no sólo del claro tenor de la ley sino convertir en indemostrable la importancia de la contribución que ahora radicaría en la forma cómo el autor considera dicho aporte, el cual dependerá finalmente del temperamento, personalidad y vinculación personal de lo intervinientes en un delito, entre otros factores. Así. una contribución insignificante de manera objetiva, puede ser tomada como esencial y determinante por un autor débil de carácter o que capta las circunstancias de manera equivocada.

Con esta postura la importancia de la contribución del cómplice pasaría un segundo plano, decidiendo en su lugar la influencia del aporte en la psique de autor, quien sería a la postre el que determinará, según su mayor o menor sensibilidad, si una contribución encaja en una complicidad primaria o secundaria. Otro aspecto crítico de la posición en comentario es focalizar su análisis en la influencia del aporte en la resolución delictiva del autor, cuestión que si bien puede explicar correctamente los supuestos de complicidad psíquica, fracasa, o por lo meno resulta insuficiente, en las hipótesis de complicidad material en donde el aporte si presta al hecho principal más que a la resolución psicológica del autor. **(702)**

La tesis del "proceso motivacional", parece que goza de mayor idoneidad y aptitud para explicar la instigación que la propia complicidad. Pues enfatiza en un elemento que es inherente a la investigación y que se vincula con el mencionado proceso motivacional como es el influjo psíquico. En todo caso mal se haría en restringir el proceso motivacional como la base de la distinción entre la complicidad primaria y secundaria, dado que lo correcto sería extenderlo también a la instigación, y en general a toda forma de participación criminal. Por último, si se acepta este planteamiento tendría que rechazarse los casos de complicidad oculta en los que justamente falta un contacto psicológico entre el autor y el cómplice.

Tesis de los bienes escasos y los bienes abundantes

6.- Uno de los mejores esfuerzos que buscan distinguir la cooperación necesaria de la complicidad pura es el realizado por el profesor de la Universidad de Madrid ENRIQUE GIMBERNAT. Este autor parte en su análisis de la *teoría de los bienes escasos y la teoría de los bienes abundantes* respecto del aporte de los partícipes. Si un partícipe aporta con un bien escaso al hecho del autor será cooperador necesario, mientras

⁹² COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: Derecho Penal: p. 689.

⁹³ DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO: La Inducción y la Complicidad como formas d participación punible en el C.P.: p. 229.

si su aporte consiste en un bien abundante debe ser reputado como mero cómplice. Según GIMBERNAT para determinar la escasez de un bien "es necesario apelar a un juicio general o provisional y a un juicio particular o definitivo. El juicio provisional se convertirá en definitivo cuando el examen de los factores generales es completado por el de los particulares. Desde el punto de vista general será escaso: una pistola, una medicina cuya receta es prohibida, la máquina para falsificar billetes, etc. Por otro lado, será abundante un bolígrafo, una medicina, una cuerda, un martillo etc. Este juicio general provisional se convertirá en definitivo cuando en un segundo juicio, se contempla la cuestión de la escasez teniendo en cuenta los factores especiales que concurren en la persona que recibe la cosa"⁹⁴.

En el desarrollo de su tesis GIMBERNAT parte de tres principios:

1. Cualquier solución viable tiene que prescindir de la cuestión de que es lo que habría sucedido sin la actividad del sujeto. **(703)**
2. Esta filera de duda que la ley se refiere a la actividad de especial importancia.
3. El lenguaje de la ley coincide con el lenguaje corriente, pues en la conversación de cada día hablamos de prestaciones o cosas sin las cuales no podríamos hacer esto y lo otro.

La propuesta de GIMBERNAT es bastante seductora, sobre todo, en la resolución de algunos problemas prácticos; sin embargo, no deja de ofrecer flancos débiles.

En efecto, la teoría de los bienes escasos sólo es útil para algunos casos de cooperación necesaria que consisten en contribuciones de entregar una cosa, como el propio GIMBERNAT reconoce de manera implícita a lo largo de su obra, sin embargo no es tan adecuado, ni tan útil en la explicación de la cooperación necesaria psicológica y la complicidad simple que consisten en un mero hacer. Asimismo, los puntos débiles de su concepción aparecen nuevamente cuando el autor apela a otros principios que explican y desarrollan su posición, como:

1. La inequívoca criminalidad de la conducta.
2. La conducta debe haber sido causal para el resultado.
3. La conducta debe remover un obstáculo serio⁹⁵.

Como se puede apreciar, la construcción del profesor de Madrid no es uniforme, ni válida, para todos los supuestos de cooperación necesaria, puesto que tiene que matizarse o adaptarse según la contribución signifique la entrega de una cosa o la realización de una conducta, cuestión que la convierte en una regla relativa y tal vez arbitraria y, por las variantes que admite, sospechosa de no poseer generalidad ni rigor.

No quedan allí las objeciones. Cuando GIMBERNAT utiliza dos clases de juicio, el general y el particular, en la determinación del concepto de escasez, incurre en una grave contradicción, dado que no otorga igual validez e importancia a cada uno de ellos. En la relimitación de la escasez, siempre decidirá, y en última instancia será definitivo, *el juicio particular*, desplazando al juicio general a un plano secundario y a una función meramente auxiliar. De nada sirve si el veneno o un arma de fuego son objetivamente escasos, pues lo que decidirá en último lugar será si el sujeto tuvo ya uno de dichos instrumentos. Como apunta RODRÍGUEZ **(704)** MOURULLO en plano crítico ¿Para qué sirve entonces el primer juicio general? ¿Acaso no es más sencillo hablar de criterio que atiende a la concreta necesidad del autor⁹⁶.

Si bien el planteamiento es muy seductor y ayuda a resolver algunos casos complicados la teoría de los

⁹⁴ GIMBERNAT, ENRIQUE; Autor y Cómplice en Derecho Penal; p. 155. Aceptan también esta tesis BUSTOS, JUAN: Manual; p. 294; QUINTERO OLIVARES, GONZALO; Derecho Penal, p. 560.

⁹⁵ GIMBERNAT, ENRIQUE; Autor y Cómplice en Derecho Penal; p. 167 y 174.

⁹⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 875 nota 11.

bienes escasos parte de un principio, aunque no se enfatice mucho en él, poco preciso, ambiguo y de difícil delimitación como es el saber previamente qué bienes son escasos y qué bienes son abundantes. Si no se ha determinado previamente este punto no se puede avanzar en el esclarecimiento de la cooperación necesaria o la complicidad simple. Ahora, decir que un bien es escaso o es abundante no puede obtenerse partiendo de un punto de vista abstracto o de una regla general, como si el bien es producido en gran o en menor escala o si se trata de una cosa sujeta a restricciones comerciales o de circulación, sino que ha de repararse en el medio social, y el mundo circunstante del autor o la situación concreta del autor. Pero, incluso esto no basta dado que el bien puede que sea abundante, pero por las especiales circunstancias resulte escaso, o que el sujeto considere escaso el bien cuando resulta ser abundante. Dentro del mundo del hampa, sin que se olvide que en ella hay niveles, un bien objetivamente escaso puede resultar abundante, o una cosa, que circula escasamente en el mercado negro, puede que se encuentre profusamente; en el tráfico comercial o a la inversa. ¿Cuál debe ser, entonces, la calificación correcta?. Sencillamente, no lo sabemos.

Como puede verse la escasez, o abundancia de un bien no lo fija ni el cómplice, ni el autor ni su circunstancia, sino que se halla vinculada a una multitud de factores exógenos que hacen imposible levantar una distinción jurídica como la propuesta por GIMBERNAT. La escasez, de un bien depende de las fluctuaciones en la economía, de los aranceles fijados por el gobierno en la circulación de un bien, de la mayor o menor habilidad que tenga una persona para conseguirlo o de las siempre variables cuotas de producción o de circulación de un bien. *¡Un problema penal tendría que ser resuelto por los economistas!*

A lo dicho se agrega un aspecto crítico fundamental: la teoría de los bienes escasos no puede explicar, ni menos solucionar los casos de complicidad omisiva. Pues, no se sabe a ciencia cierta si las omisiones son bienes (¿lo son?) escasos o bienes abundantes. (705)

Tesis del si y el cómo de la ejecución

I.- Un esfuerzo también reconocido en la doctrina española, en la búsqueda de distinguir ambas formas de complicidad, es el debido al profesor de la Universidad Autónoma de Madrid GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO. Este autor plantea que frente a la alternativa abstracta o concreta en la determinación del valor o no de un aporte existe una tercera vía, que él denomina: la necesidad de la contribución referida "al si y al cómo de la ejecución". Sostiene que la cooperación necesaria implica inevitablemente la formulación de un juicio hipotético y resulta vano -contra la opinión de GIMBERNAT- cualquier intento de evitarlo. La tarea del intérprete sería el señalar la naturaleza, el objeto y los límites de tal juicio. La necesidad del aporte se contempla en un juicio a posteriori que varía sobre las posibilidades del autor principal en un momento histórico concreto.

Si el autor hubiera tenido tanto que renunciar a la ejecución -sostiene RODRÍGUEZ MOURULLO- o, al menos, aplazarla en espera de conseguir una colaboración equivalente, el auxilio es necesario. Lo que decidirá todos los casos serían las posibilidades que el autor tenía en el momento concreto para lograr la ejecución en sí, prescindiendo de la colaboración ajena. El juicio hipotético que se formula a posteriori no se refiere al mundo sin confines y al tiempo sin límites o a las inescrutables posibilidades que el futuro podía depararle, sino al recortado mundo del autor en un momento concreto e histórico⁹⁷.

La postura de RODRÍGUEZ MOURULLO tiene el mérito de tratar de construir la distinción de las formas de complicidad respetando el tenor de la ley, reconociendo la necesidad de un juicio hipotético. Sin embargo, a poco que se avance se observa un notorio equívoco derivado de catalogar este juicio como un juicio expost, es decir posterior al hecho. No se advierte que asumiendo esta posición se tiene que concluir que si el delito se realizó, lográndose consumir, es porque la contribución fue necesaria; como aplicación lógica de la teoría de la equivalencia de condiciones. En realidad si existe un juicio hipotético este sólo puede ser ex-

⁹⁷ RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Op. Cit.; p. 873.

ante⁹⁸ y no ex-post. RODRÍGUEZ MOURULLO confunde el tiempo en que se realiza ese juicio por el juez, lógicamente se realizará después del hecho, con la necesidad que este se coloque en el contexto espacio temporal en el que han de verse dichas posibilidades: antes o de manera concomitante a la ejecución del mismo, nunca de manera posterior. (706)

Tesis ecléctica

8.- Una postura ecléctica, sustentada por el profesor de la Universidad de Barcelona SANTIAGO MIR PUIG, plantea articular dos tesis en apariencia irreconciliables, que explican independientemente, cada una por su lado, la distinción entre cooperación necesaria y complicidad. Una tesis sería la teoría que repara sólo en la necesidad de la cooperación para la producción del resultado, sin requerir esa necesidad en una determinada modalidad de acción (ANTÓN ONECA, RODRÍGUEZ MOURULLO); la otra posición es la planteada por la teoría de los bienes escasos que precisa el grado de complicidad según la situación concreta en que se encuentra el autor (GIMBERNAT ORDEIG). Según MIR, el primer criterio facilita la determinación de los aspectos del hecho de los que debe ser condición la cooperación, respondiendo a la cuestión ¿Para qué debe ser necesaria la cooperación?; la segunda posición ofrece un criterio para decidir cuando la misma debe considerarse condición del hecho respondiendo a la pregunta ¿qué se entiende por necesidad de la cooperación?⁹⁹ Mientras una posición acierta al distinguir entre el "si" y el "cómo" del hecho; entendiéndose el si del hecho en virtud a la realización de los elementos típicos; la otra posición tendría el mérito de situar el punto de partida de la cooperación ex-ante porque nunca podrá saberse con seguridad si el autor hubiera o no cometer el delito sin la cooperación¹⁰⁰.

Como puede verse, la tesis ecléctica de MIR no hace sino juntar, sistematizando, dos tesis que buscan explicar con pretensión de coherencia, cada una por su lado, la distinción entre las formas de complicidad. Evidentemente, no constituye un planteamiento nuevo dado que se genera sobre la base de otras posturas ya existentes. De allí que le sean aplicables las mismas críticas señaladas oportunamente a cada planteamiento (*ut supra*); especialmente las dirigidas a la teoría de los bienes escasos.

Tesis de la importancia de la contribución según el caso concreto

9.- Una postura ciertamente minoritaria, que no posee mayor eco en el ámbito jurisprudencial y doctrinal, luego de destacar que la diferencia entre las formas de complicidad reside en la importancia del aporte, enfatiza que esta importancia no se deduce de la naturaleza de la contribución, sino que deberá apreciarla (707) el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso particular¹⁰¹. La distinción entre las formas de complicidad dependerá del arbitrio judicial no siempre uniforme, sino variable y constante.

A quienes reservan a la magistratura una libertad de criterio capaz de distinguir entre complicidad primaria y secundaria debe recordárseles que el juez no puede decidir a su libre arbitrio y consideración quien presta una ayuda necesaria y quien colabora con un mero auxilio cuando la ley hace descansar la distinción en patrones rigurosamente objetivos. No es correcto, desde una perspectiva jurídica, bajo el pretexto de enfrentarse a un problema de difícil solución, imponer o conceder al juez un poder de delimitación que el legislador y la ley declaran obedece a una naturaleza estrictamente imparcial y objetiva. Como apunta RODRÍGUEZ MOURULLO, la necesidad que en la delimitación de la complicidad se atienda al caso concreto no quiere decir que los tribunales estén facultados para explicar el criterio que estimen más oportuno en

⁹⁸ Así GIMBERNAT, ENRIQUE; *Autor y Cómplice en Derecho Penal*; p. 145; MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal*; 15/73: p. 405; ZAFFARONI, EUGENIO: *Tratado*, T. IV, p. 398.

⁹⁹ MIR PUIG, SANTIAGO: *Op. Cit.*; 21/73; p. 405.

¹⁰⁰ *Ibíd.*; *Idem*; p. 405.

¹⁰¹ En el Perú así HURTADO POZO, JOSÉ: *Manual*; p. 552.

cada caso¹⁰². Si la ley peruana, como otras semejantes, distingue entre cooperación necesaria y complicidad en razón de la importancia del aporte, se prueba de manera indubitable que el legislador no quiso librar a la discrecionalidad del juez dicha distinción; pues de ser así le hubiese bastado describir una cláusula abierta de complicidad, sin mención alguna a la cooperación necesaria.

10. Pese a la dificultad de lograr una diferencia, y teniendo en cuenta la expresa regulación legal, no podemos eximirnos de realizar algunas observaciones acerca de la cooperación necesaria.

En principio se habrá de indicar la imposibilidad lógica y jurídica de prescindir de un juicio o procedimiento hipotético en la determinación de la complicidad primaria¹⁰³, máxime si dicho requisito deriva del expreso tenor legal que obliga a considerar cooperador necesario a todo aquel aporte que de suprimirse generaría la inejecución del delito. La ley penal prescribe la manera como el operador normativo debe determinar si existe complicidad primaria o no: apelando a un juicio en donde si se suprime el aporte se suprime también la perpetración del ilícito. Cualquier otra vía por la que se obtenga dicho resultado, aún cuando sea correcta, por apartarse e mandato legal debe considerarse, desde la perspectiva jurídico-penal, carente de (708) valor. La estimación crítica de esta postura legal, que censura el empleo del procedimiento hipotético, y que es asumida por un sector de la doctrina¹⁰⁴ sólo debe tener el rango de una apreciación de *lege ferenda*; y allí deberá moverse. No es ocioso notar que el legislador histórico peruano y español han asumido aquí una formulación propia de la teoría de la equivalencia de condiciones.

La consideración del aporte y la influencia decisiva en el hecho debe de partir de un examen exhaustivo e imparcial de las circunstancias, teniendo en cuenta la perspectiva ex-ante; en donde, por las peculiaridades y características de cada situación no puede proponerse una regla fija, general e inmutable. Sólo hay que indicar que la contribución esencial no puede producirse en la fase ejecutiva del delito sino en la preparatoria, dado que de otro modo estaríamos frente a la figura de coautoría. El legislador penal con la redacción del primer párrafo del art. 25 obliga a plantear como diferencia fundamental entre la cooperación necesaria y la coautoría, el momento del aporte: en aquélla la fase preparatoria y en esta la fase ejecutiva o la consumación.

Sostenemos lo dicho sobre la base de que también en la autoría directa o en la coautoría si se suspende el dominio o el aporte de uno de los coautores el delito deja también de cometerse. En este sentido, no están muy extraviados quienes sostienen que la cooperación necesaria bien puede ser tomado como un caso de coautoría¹⁰⁵, pues en ambas el aporte resulta esencial.

V. Crítica a la regulación de la cooperación necesaria.

1. La figura de la cooperación necesaria (art. 25 párrafo primero del C.P. peruano, art. 28. b del C.P. español) se remonta a la vieja doctrina de la causa necesaria o del cómplice principal de los juristas italianos de la baja edad media¹⁰⁶. Esta posición precisa que el cómplice que coopera con una contribución

¹⁰² RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 878.

¹⁰³ RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: Comentarios; p. 873.

¹⁰⁴ De esta manera GIMBERNAT, ENRIQUE: *Autor y Cómplice en Derecho Penal*; p. 139 y 148.

¹⁰⁵ Así GÓMEZ BENITES, JOSÉ: *Teoría Jurídica del Delito*; p. 135 y 139; MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARAN: *Derecho Penal*; p. 389.

¹⁰⁶ CEREZO MIR, JOSÉ: *Derecho Penal (Lecciones)*; p. 183 quien señala "Nuestro legislador histórico se inspiró en dos viejas doctrinas que se remontan a los juristas italianos de la Baja Edad Media y que tuvieron gran difusión por todo Europa en los siglos XVII; XVIII y XIX: en la concepción del inductor como autor moral, que era equiparado al autor material (*quod quis per alium fecit, per se ipsum facere videtur*) y en la teoría de la causa necesaria o del cómplice

(709) sin el cual el hecho no se hubiera ejecutado debe poseer una pena equiparable al autor: por su parte el cómplice no necesario merecerá una sanción más benigna. Al margen de la dificultad que encierra delimitar su contenido respecto a la complicidad simple, creemos conveniente, como lo expresamos anteriormente, postular su eliminación de nuestro ordenamiento jurídico penal, pues un aporte más o menos significativo o importante no redundaría en la medida de la antijuridicidad que dé lugar a una distinta calificación o tratamiento jurídico¹⁰⁷, salvo que se trate de un dominio funcional del hecho que, como se sabe, determina la aparición de la coautoría.

2. La ley parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones, según la cual todas las causas que han contribuido a la configuración del resultado son igual de esenciales, diferenciando entre causas (aportes) indispensables o más importantes de las causas no indispensables, o menos importantes. Se enfatiza en la cuestión que los aportes o las contribuciones al hecho por parte de los cómplices es graduable y susceptible de ser jerarquizado. No todos -según se desprende de la ley- que contribuyen o cooperan en un delito deben tener igual responsabilidad. Los que realizan o "auxilian" una contribución (indispensable) sin el cual el hecho no se hubiera producido tienen la pena reservada al autor, mientras que aquéllos que efectúan una simple "asistencia" o colaboran de otra forma se les disminuirá prudencialmente la pena.

La ley de manera lamentable hace descansar la fijación de la responsabilidad penal, y en este caso su graduación, en un planteamiento *puramente causal* del aporte respectivo. Al ser una disposición de larga data histórica el legislador no repara que con el desarrollo y avance de la dogmática penal la causalidad no es más, frente a la preponderancia que tenía antes, *uno y sólo uno* de los criterios a tener en cuenta en la determinación de la responsabilidad penal como su eventual graduación. El legislador obliga a absolutizar en un solo criterio cuando no es más que uno de los tantos existentes. El precepto que regula la cooperación necesaria (710) representa la conservación de puntos de vista que en el actual desarrollo dogmático resultan anacrónicos, atávicos y poco útiles. Es más la norma coloca al intérprete en un callejón sin salida, pues obliga a remitirse a un curso causal hipotético que, como apunta de manera enfática un sector destacadísimo de la dogmática, es irrealizable e imposible de verificación empírica. Nadie puede saber a ciencia cierta si con una determinada contribución el hecho se hubiera llegado a producir, pues en su configuración intervienen un sin número de factores de los cuales no se puede prescindir. Por ello tiene razón CEREZO MIR cuando remarca que "*en realidad, la distinción del cooperador necesario y el cómplice es una tarea insoluble*"¹⁰⁸.

3. En España, en cuyo C.P. puede registrarse el antecedente de nuestra regulación de la cooperación necesaria, la doctrina penal, desde el pionero planteamiento de CEREZO MIR se encuentra generando un "clima de opinión" en contra de la figura del cooperador necesario. Así, por ejemplo, se precisa, refiriéndose al C.P. de 1995 que "Aquí, nuestro legislador ha sido poco innovador y progresista, no ha mirado al futuro, ni tan siquiera ha tenido en cuenta el presente de la ciencia penal española y de la cultura jurídica de nuestro entorno europeo. Aquí, nuestro legislador se ha quedado anclado en el pasado, ha conservado la rancia tradición de la codificación española y su ideario científico primitivo, propio de una

principal. Con arreglo a esta última doctrina, el cómplice principal es decir, aquel que coopera a la ejecución de un delito con un acto sin el cual no se hubiere efectuado (*quod causan non dedit delicto*), debía ser equiparado al autor material; de él se distinguía el cómplice menos principal o secundario (*quod causan non dedit*) que era, castigado con una pena interior".

¹⁰⁷ En sentido semejante HUERTA TOCILDO-OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO: *Derecho penal*: p. 546; CEREZO MIR, JOSÉ: *Derecho Penal (Lecciones)*: p. 183.

¹⁰⁸ CEREZO MIR, JOSÉ: *Derecho Penal (Lecciones)*, p. 214 quien añade «En la moderna ciencia del Derecho Penal se ha puesto claramente de manifiesto que no es posible medir la eficacia causal de las diversas condiciones y que, aunque ello fuera posible, no sería decisiva para medir la gravedad de lo injusto o la culpabilidad».

dogmática de otro tiempo ya muy lejano y totalmente desfasada y (casi) abandonada¹⁰⁹.

También se apunta que "El mantenimiento de la figura del cooperador necesario sigue constituyendo un resquicio histórico, constituyendo (sic) una figura a caballo entre la coautoría y la complicidad¹¹⁰. QUINTERO OLIVARES luego de enfatizar en que la llamada "cooperación necesaria es un concepto particular del derecho español decimonónico que aún pervive, postula que "evidentemente, la tesis de la supresión no ha sido asumida por el legislador de 1995, pese a lo cual estimamos que dicha supresión conlleva innegables ventajas interpretativas y nulo (711) riesgo de injusta impunidad o privilegio, por lo cual no debe de modo alguno desdeñarse¹¹¹.

A ello hay que agregar que una regulación como la contenida en el art. 25 inc. 1 del C.P. no hace más que conceder un mayor arbitrio que el que ya tiene la autoridad judicial, quien según su particular criterio y valoración de los hechos puede calificar idénticos comportamientos ya sea como complicidad primaria, en algunos casos, o complicidad secundaria, en otros. Se termina, de esta manera, por romper la *garantía de objetividad y el tratamiento igualitario* que debe prestar las regulaciones de la parte general como derivado del principio de legalidad.

4. A nuestro criterio una futura y necesaria modificación legislativa en el Título de la Autoría y Participación, entre otros puntos, deberá introducir los siguientes cambios:

Unificar el tratamiento de la complicidad, sin efectuar una ulterior distinción legislativa, tal como sucede en el Derecho Penal alemán. La complicidad necesaria (art. 25 primer párrafo) deberá desaparecer.

La mayor o menor importancia de la contribución o el aporte deberá examinarse dentro de las reglas de determinación judicial de la pena.

Como opción puede establecerse la atenuación facultativa de la pena de la complicidad respecto a los casos de autoría.

VI. Tentativa de complicidad.

1.- La complicidad es punible sólo desde el momento en que el autor comienza a ejecutar el delito mediante una acción exterior. El castigo del cómplice se encuentra supeditado a la realización de una conducta por lo menos típica y antijurídica del autor del delito (accesoriedad cualitativa), que, como mínimo, llegue a la fase de tentativa, cuando el hecho no logra consumarse (accesoriedad cuantitativa). En el Perú como en España es impune los actos no ejecutivos de complicidad frustrada o intentadas¹¹².

2.- Si el castigo del cómplice depende (en virtud al principio de la accesoriedad de la participación) de la realización de un injusto tentado o consumado por parte (712) del autor, al faltar este requisito, la conducta del cómplice deviene en impune ya sea por ser la conducta del autor típica pero no antijurídica o por no haberse concretado en actos ejecutivos sino que sólo se quedó en actos preparatorios.

VII. La penalidad de la complicidad.

El artículo 25 del C.P. reconoce tratamientos distintos, en cuanto a las consecuencias jurídicas, a la complicidad primaria y a la complicidad secundaria. A la primera equipara su penalidad al de la autoría, precisando que el cooperador necesario será reprimido con la pena prevista para el autor; mientras que a la

¹⁰⁹ PÉREZ ALONSO, ESTEBAN: La Coautoría y la Complicidad (necesaria) en Derecho Penal; Granada; Comares; 1998; p. 409.

¹¹⁰ HERNÁNDEZ PLASCENCIA, ULISES; *La Autoría Mediata en Derecho Penal*: Granada; Comares; 1996; p. 62.

¹¹¹ QUINTERO OLIVARES, GONZALO; Comentarios al Nuevo Código Penal, p. 309.

¹¹² GIMBERNAT, ENRIQUE: Autor y Cómplice en Derecho Penal, p. 166.

segunda se le disminuirá prudencialmente la pena.

El legislador penal de 1991, como su predecesor, teniendo en cuenta la significación esencial de la contribución en el delito, ha determinado que la pena del cómplice primario se equipare a la del autor, mientras cualquier otro aporte que no tenga esa característica o naturaleza será reputado como complicidad secundaria, disminuyendo prudencialmente la pena. Como puede verse, en nuestra legislación la penalidad para la complicidad depende de la importancia del aporte en la ejecución del delito y no de otros factores externos o de naturaleza subjetiva del agente.

Creemos que este procedimiento legal de equiparar la pena del cómplice primario con la del autor no es el mejor, ni el criterio más correcto dado que bien puede seguirse la vía de la atenuación facultativa de la pena atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Incluso, creemos que este camino era el más conveniente, si se observa como una diferencia material entre la participación criminal y la autoría, la menor penalidad de aquella respecto a ésta, dado su manifiesta accesoriedad y dependencia.