

## CODELINCUENCIA EN LA REFORMA AL CÓDIGO PENAL

1. En obsequio a la brevedad, restringiré mis comentarios sólo a la idea central que ha presidido la reciente reforma del sistema de regulación de la codelincuencia en el Código Penal. Esta idea ha sido, en mi entender, la de tornar inequívoca su estructura como la propia de un concurso de personas, o, si se quiere, de un sistema de participación accesoria, y no como la de un sistema de unidad de autor o de autor único.

2. No creo que haya demasiada simplificación en distinguir los mencionados sistemas como las dos regulaciones básicas posibles de esta materia.

En el sistema de unidad de autor, acogido por alguna doctrina de antaño y hogaño, y recibido con variada fortuna por algunas legislaciones, *todos los concurrentes responden en forma exclusiva por su propio injusto y por su propia culpa*. Frente a las cuestiones del injusto, de la culpabilidad y de la pena del autor, carece en principio de importancia si el mismo resultado fundamenta también la responsabilidad de otras personas, y de qué especie es ésta. La responsabilidad autónoma de cada uno ocupa el lugar de la corresponsabilidad por el injusto y la culpabilidad ajenos. Este principio básico de la unidad de autor puede designarse como *principio de la responsabilidad autónoma de los concurrentes*.

Sistemáticamente, la unidad de autor tiene por premisa un tipo penal que aprehende a todo sujeto cuya parte desempeñada en el hecho, aun sin corresponder al tenor literal del tipo, ha contribuido de cualquier modo jurídicopenalmente significativo, es decir, jurídicopenalmente atribuible, a la producción de un resultado jurídicopenalmente prohibido (en los delitos de resultado) o ha desplegado una actividad jurídicopenalmente prohibida (en los delitos de actividad). Trátase, pues, ante todo, del alcance del tipo respecto de la intervención de varios. La disyuntiva consiste en elaborar un sistema de autores y partícipes (sistema del concurso o de la participación accesoria) o partir de una o varias figuras de autores exclusivamente (sistema de unidad de autor o de autor único).

El principio de unidad de autor o de autoría única significa, en el plano conceptual-dogmático, tanto la renuncia a la contraposición de autores y partícipes, cuanto la valoración de todos los intervinientes como autores. Autor no es sólo el que ejecuta el hecho por sí o valiéndose de otro, y quien instiga, sino también quien vigila, quien proporciona el "dato", quien conduce el automóvil al lugar del hecho, quien brinda el consejo y quien transporta el botín.

Ahora bien, ¿deben los intervinientes que no son autores en el sentido tradicional, recibir la misma pena de éstos o una disminuida? La individualización legal de la pena debe prescindir de las meras diferencias categoriales entre las formas de intervenir en el hecho, según hace el sistema consagrado, y hacerlas asumir, en la conmisuración penal, otra forma, otra función y otro contenido. Así, como en el Código danés, puede aumentarse la pena por cometerse el hecho por varios, o puede disminuirse para quien ha querido contribuir a él de manera menos esencial o meramente fortalecer una decisión ya adoptada. Es la del sistema de unidad de autor, pues, una individualización penal de aspiraciones totalizadoras.

En el tradicional modelo del concurso —dice Diethelm Kienapfel, profesor en Linz, y uno de los más consecuentes y tenaces corifeos contemporáneos del sistema unitario, y a quien seguimos de cerca en esta caracterización— domina sin contrapeso el autor inmediato del hecho, que es quien "da el tono" y que aparece, así, como la figura central del acontecer delictivo. A él se subordinan conceptual, valorativa y estructuralmente los partícipes. De su hecho se dice que es el "hecho principal", al que se refiere la acción de participación en sentido estricto o del cual —agrega Kienapfel— deriva, extrae o toma de prestado su contenido delictivo. Esa accesoriidad queda radiada, por cierto, del sistema de unidad de autor, en sus formas de accesoriidad tanto cualitativa como cuantitativa. Así, en el caso del inimputable que mata por precio sin que el sobornante conozca su condición, la concepción del concurso o de la participación accesoria niega la autoría mediata por no hallarse ella completa subjetivamente en razón del dolo de instigación, al paso que el sistema de unidad de autor la afirma por serle indiferente que el resultado producido reconozca o niegue, niegue en este caso, la responsabilidad de otro en razón de inimputabilidad. Y así también, si el instigado se desiste del delito luego de haberle dado principio de ejecución, eso no releva de la condición de autor (mediato) de tentativa al instigador, desentendiéndose de que otro haya contribuido con una porción del

hecho que también podría calificarse jurídicamente de tentativa o de consumación.

Frente a este sistema, expuesto aquí, por poco conocido, con latitud algo desproporcionada, se alza el llamado sistema tradicional del concurso o de la participación accesorio, que ha servido de blanco a las tendencias unitarias o unificadoras, y que, por mejor conocido, exponemos más sumariamente.

Esta concepción tradicional vislumbra en la codelincuencia un *concurso plurium ad delictum*, esto es, una obra colectiva en que el autor del hecho es, efectivamente, si no por necesidad la figura principal, como con alguna desaprensión afirma Kienapfel, sí la figura formalmente central en torno de la que se agrupan las de los partícipes, vale decir, en términos generales, la del instigador y la del auxiliador, y que las cohesiona en un solo haz, en un solo ramillete. Al autor, que en este sentido, según la feliz expresión de Kienapfel, "da el tono", aparecen subordinados los partícipes, tanto conceptual como valorativa y estructuralmente.

Esta concepción apareja, desde luego, una duplicidad de planos: el plano del autor, por una parte, y el plano del instigador y el cómplice, por otra, que son los partícipes propiamente dichos. Pero también comporta otra cosa. Ya terminológicamente, el que instiga o el que auxilia, instiga o auxilia a algo. Ese "algo" al que las conductas de los partícipes aparecen referidas, es el hecho del autor. Tal referencia o relación es tradicionalmente concebida como una relación de subordinación, o, más bien, de accesoriedad.

La accesoriedad es accesoriedad al acto típico y antijurídico del autor, como mejor se dirá adelante (*accesoriedad cualitativa*). Y lo es en términos de que el partícipe no puede ser punido si el autor no ha llegado en la ejecución del hecho al menos al grado de tentativa (*accesoriedad cuantitativa*). Desde este punto de vista, poco interesa, pues, que antes de iniciarse la acción de ejecución por el autor, el instigador o el cómplice hayan "consumado" su propia acción de instigar o auxiliar. Ellos sólo serán punidos si se da ese principio de ejecución, y, además, sólo en grado de tentativa si el autor no ha ido más allá, aunque aquéllos hayan "completado" por su parte la correspondiente acción participativa. Ambas formas de accesoriedad son a veces formuladas *expressis verbis* por las legislaciones, y otras veces se llega a ellas por vía de interpretación, a partir de la naturaleza de *concurso plurium ad delictum*, que cree reconocerse en el concurso de sujetos a un delito.

3. El contrapunto de las dos concepciones parecería poder dividirse en México a través de una reseña sumarisíma de la evolución legislativa en la materia a partir del primer Código Penal Federal, llamado "de Martínez de Castro", de 1871, que rigió por espacio de 57 años.

a) En el expresado Código se distinguen varias categorías de concurrentes: autores, cómplices y encubridores; estos dos últimos sufren penas inferiores a las de los primeros; se imputan las circunstancias modificatorias de responsabilidad relativas al hecho a todos los que las conocían al momento de verificarse éste, y se rompe la accesoriidad respecto de las personales. b) El llamado Código de Almaraz, de 1929, a pesar de sus arrestos positivistas, prescinde del postulado ferriano de desentenderse legislativamente de las diversas formas de intervenir en el hecho que no revelen un índice de mayor o menor peligrosidad, y se limita a hacer suyas, con algunos desplazamientos topográficos y ciertos retoques menores de redacción debidos a los fallidos reformadores de 1913, las normas reactivas del Código anterior. c) La evolución experimentada en esta materia por el Código vigente es algo más complicada: 1) a la fecha de publicarse no hay diferenciación entre categorías de concurrentes ("son responsables todos los que toman parte", empieza diciendo el artículo 13); no hay diversidad en la abstracta conminación penal a su respecto; se imputan a todas las circunstancias fácticas, y en contra de todas las personales que les eran conocidas; en fin, se faculta al juez para considerar las formas de intervención en el hecho al fijar el quantum de la sanción; 2) en 1946 el artículo 13 pasó a prever muy defectuosamente formas diversas de intervenir en el hecho, derogando, sin embargo, el precepto que desde 1931 autorizaba al juez para considerar esas formas en la fijación de la pena, y 3) en la reforma vigente desde abril de 1984 se distinguieron, ciertamente que con mayor destreza técnica, diversas formas de concurrir, pero tampoco se diferenció su abstracta conminación penal.

Así pues, la conceptualización categorial había distado de imponerse siempre en esta evolución, y cuando se imponía, no se veía acompañada de la renuncia a parificar la penalidad de todas las categorías. Además, quedaba ausente de la conmisuración penal, y así ocurrió por espacio de medio siglo, el factor de gravitación que podía representar aquella diversificación categorial. Había más de un motivo, pues, para sostener que el sistema de unidad de autor presidía la regulación del concurso de personas en la legislación penal mexicana.

4. Y llegamos así a la reforma de 10 de enero de este año.

Las innovaciones en materia de autores y partícipes son las siguientes:

a) El Código deja de hablar de personas responsables de los delitos y pasa a hablar de autores y partícipes. Las personas responsables de los delitos, conforme al rótulo del capítulo III del título I del libro I, son ahora en el texto del artículo 13, explícitamente, los autores y partícipes, y así se les vuelve a llamar en el penúltimo párrafo de este artículo. Autores, ha de entenderse, son los que realizan o llevan a cabo el hecho de los modos que se señalan en las fracciones II, III y IV; partícipes, los que intervienen de las maneras indicadas en las fracciones V, VI y VII. Una reforma ulterior, creemos, podrá ser explícita en cuanto a quiénes son autores y quiénes partícipes; en cuanto a disolver en algunas de estas seis fracciones las conductas referidas en la fracción I, que ha subsistido, y en cuanto a desplazar la regla de la fracción VIII, no concerniente a una forma de intervenir en el hecho, al lugar que corresponda.

b) El Código abandona la tácita parificación de autores y partícipes para los efectos de la punibilidad. Los cómplices de las fracciones VI y VII (y las personas incluidas en la regla de la fracción VIII, diré entre paréntesis), según lo dispone un último párrafo agregado por la reforma al artículo 13, quedan sujetos a la punibilidad dispuesta por el artículo 64 bis, a saber: "hasta las tres cuartas partes de la correspondiente al delito de que se trate y, en su caso, de acuerdo con la modalidad respectiva". El hecho de que el instigador de la fracción V, indiscutiblemente un partícipe y no un autor, siga equiparado al autor en la pena, no obscurece la clara cesura que la reforma ha querido marcar entre autores y partícipes: es antigua la tendencia, de que se ha hecho eco la reforma, de parificar *ad poenam*, por el poder y el dinamismo causal que exhibe, la acción del instigador a la del autor, equiparación que no empece a la diferencia ontológica que cabe reconocer entre las conductas de autoría y las de participación.

c) La distinción entre autores y partícipes se refleja, en seguida, en la gravitación acordada a las diversas formas de intervenir en el hecho, en el marco de la medición judicial de la pena. Esta gravitación, que de modo débil se había hecho cargo en un segundo párrafo de su artículo 13 el Código vigente, al momento de dictarse en 1931, había dejado de figurar desde 1946, como he dicho, en ese texto, sin hacérsela ulteriormente revivir, a imitación del modelo argentino, en nuestro artículo 52, casi literalmente copiado de aquel cuerpo de leyes. Y nótese que no son ya sólo las formas de inter-

venir, es decir, las diferentes especies de autoría o participación, las que tras la reforma pasan a gravitar, sino, además, el grado de la respectiva intervención, con lo que se satisfacen modernas demandas de política criminal a que tan adictos son los sostenedores del sistema de unidad de autor, para las cuales la mera diversidad conceptual de las formas de concurrir al hecho volvía la espalda a una individualización material y no puramente formal de la pena.

Tras haber puesto de resalto la distinción operada por la reforma entre autores y partícipes, y los efectos que puede tener, entre otros, en la penalidad, no puede sorprender que ella sea recogida por los códigos reformados de procedimientos penales, que incluyen las distintas formas de intervenir entre los extremos que ha de acreditar el Ministerio Público y examinar el juzgador en el ámbito de los elementos del tipo (artículo 168 del Código federal y 122 del Código del Distrito). De los alcances de esta inclusión en esos Códigos y de los problemas prácticos que puede suscitar no cabe que me ocupe en estos comentarios, que sólo recaen en la reforma del Código Penal.

5. En materia de autores y partícipes, la reforma ha dejado en claro, si no instaurado, una regulación del *concursum delinquentium* que no es estructuralmente reflejo del sistema de unidad de autor o de autor único, sino de un sistema de concurso o de participación accesoria. A este sistema, como sabemos, es consustancial el principio de accesoriedad.

También hemos recordado que antes de esta reforma había motivos para sostener, y de hecho alguna doctrina mexicana lo ha sostenido, que la ley penal patria se atenía en materia de codelincuencia a un sistema de unidad de autor. Tal sistema, justo es reconocerlo, ha encontrado en los últimos cien años acogida en algunas legislaciones, como la italiana y la austriaca; contó en el pasado con la adhesión de penalistas tan sobresalientes como Franz von Liszt; ha sido objeto en los días en que vivimos de reelaboración por sobresalientes juristas, y ha podido con algún éxito sortear severas objeciones, que resultaría tedioso reproducir aquí, sobre su carácter atentatorio del Estado de derecho. No ha logrado, sin embargo, escapar incólume al reparo de su dudosa compatibilidad con el respeto debido al principio de determinación en la descripción de los comportamientos punibles. Y ello porque, al no requerir cualidad especial alguna en aquel otro concurrente de existencia indispensable para que pueda hablarse de la delincuencia de varios, las actividades de los diversos participantes aparecen combinadas y realizan en con-

junto la totalidad de los elementos típicos del respectivo delito (Peñaranda, 326).

En el sistema de participación accesorias, en cambio, donde para punir a los distintos sujetos se requiere una cualidad diferencial en la conducta, el comportamiento que es objeto de referencia ha de ser capaz de convertir a quien lo realiza en autor de un delito en el caso de actuación de una sola persona. Así pues, el principio de accesoriedad contribuye decisivamente, a despecho de los reparos que a su respecto manifiestan juristas como Kienapfel y otros, a definir el ámbito de lo punible y a garantizar que la extensión de la punibilidad de los partícipes no disuelva en manera alguna los contornos del tipo correspondiente.

Es mérito de la reforma, al delinear claramente la diferencia entre autores como sujetos principales y partícipes como sujetos accesorios, haber afirmado la función de garantía que incumbe al principio de accesoriedad, aparte la de establecer los requisitos mínimos que ha de reunir el hecho principal para que proceda el castigo del partícipe en ese hecho. Esta función, que el intérprete del derecho penal mexicano puede inferir de la total sistemática del delito y de determinadas incriminaciones del libro II del Código como accesoriedad limitada, materia en que no hay tiempo de detenerse, entre otras razones, por demasiado conocida de este selecto auditorio, va acompañada, en la estructura del *concursum delinquentium* como un sistema de participación accesorias, según hemos recordado, de la de precisar el instante desde que se torna punible la conducta de participación, esto es, al llegar el ejecutor al grado de tentativa. También es dable inferir esa conclusión del sistema de la teoría del delito, tarea que no emprenderemos aquí, aunque más no sea porque no faltan los escépticos que no divisan el carácter diferencial de tal función, por creer reconocerla también en el sistema de unidad de autor.

Sea como fuere, y alejándonos un tanto de las tres aludidas funciones de la accesoriedad, debemos mirarla en seguida desde otro ángulo. Este ángulo proyecta al problema del modo en que se distribuyen los elementos del tipo de delito entre los autores principales y los partícipes, al problema de qué elementos debe mostrar el partícipe y cuáles el autor principal (Samson). Puesto que el autor debe haber satisfecho en su persona, cuando es el caso, y en su acción, todos los requisitos comprendidos en el tipo del delito, sin lo cual la sanción del partícipe atentaría en contra del principio *nullum crimen sine lege*, y esta acción del autor ha de ser, además, antijurídica, la eliminación de la pena del partícipe por ausencia de tales requi-

sitos en el autor conduce a hablar de un aspecto *negativo* de la accesoriedad. Ésta no puede, en caso alguno, como en tiempos de Birkmeyer, poner todo el contenido del hecho ejecutado sobre los hombros del partícipe. A su vez, ya que la presencia en la persona del autor y en su acción de tales requisitos autoriza jurídicamente la punición del partícipe aun cuando él no haya realizado el hecho por sí mismo, es permitido hablar de un aspecto *positivo* de la accesoriedad. Esto, insistimos, no puede, sin embargo, llevar a la conclusión de que el partícipe debe responder del delito del autor una vez que conozca que éste ha hecho realidad todos los presupuestos del mismo. Y es que estamos aquí frente a la cuestión de la accesoriedad en sus efectos sobre los elementos personales especiales del delito. De los no personales, llámeseles reales u objetivos, no necesitamos, me parece, ocuparnos. Ellos cuentan con una regla relativamente clara en el segundo párrafo del artículo 54, no afectado por la reforma, y sobre la cual acaso no debemos regresar.

6. Lo que sigue de esta exposición concierne, pues, al tratamiento que, admitido ahora el principio de accesoriedad en la regulación jurídica de la codelinuencia, deben recibir aquellos elementos personales especiales que en el vigente primer párrafo del recordado artículo 54, tampoco afectado por la reforma, se enuncian por la ley como "calidades, relaciones personales y circunstancias subjetivas del autor de un delito".

A falta de alguna otra referencia expresa a la culpabilidad, el intérprete abrigaba pocas dudas de que ese enunciado comprendía, desde luego, a la culpabilidad. Ahora se ve inclinado a sustraerla de él, en virtud del párrafo que es penúltimo, desde el 10 de enero pasado, del artículo 13. Reza así este breve párrafo: "Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad".

Este precepto ha terminado de despejar cualquier duda que subsistiera acerca de si en el sistema del Código la culpabilidad estaba sustraída a los efectos de la accesoriedad. Por vía interpretativa era ya dable entonces, como hemos recordado, alcanzar esa conclusión: si sobre todo desde la reforma de diciembre de 1983 la culpabilidad no era en el Código Penal mexicano un juicio sobre el hecho, sino sobre su agente, ¿cómo no relevar al partícipe inculpable, en virtud de inimputabilidad, de error invencible de prohibición o de volición subyugada incoerciblemente por factores externos, a la pena asociada por la ley a su acto típico y antijurídico? Y si la inoperancia de la accesoriedad hacía posible la exculpación plena del partícipe, ¿cómo



no habría de ser posible apartar de la accesoriedad, *in bonam* o *in malam partem*, las magnitudes de culpabilidad del autor de las del partícipe? Eso, que se creía tener por resuelto a la luz del primer párrafo del artículo 54, se ha visto ahora ratificado en gracia al nuevo párrafo agregado por la reforma como penúltimo al artículo 13, tanto respecto del juicio de culpabilidad inherente a cualquier delito como a los componentes de culpabilidad (por ejemplo, la emoción violenta) que suelen entrar en la formulación de ciertos tipos.

En este respecto, el precepto adicionado salva las antinomias posibles de prever el artículo 54 la aplicabilidad de un aumento o disminución de la pena en la dirección exclusiva del autor a los demás sujetos, y no a la inversa. Parece útil, en fin, advertir que el precepto adicionado concierne sólo a la culpabilidad, muy bien perfilada en su sistema por la reforma a través de las causas de exclusión del delito previstas en las fracciones V (en parte), VII, VIII y IX del actual artículo 15, y destacada, desde luego, del dolo y la culpa por los artículos 168 y 122 de los respectivos códigos procesales.

La reforma, con buen acuerdo, no ha entendido que la inclusión del párrafo penúltimo del artículo 13 debía implicar la derogación del artículo 54, regulador de la impropia llamada comunicabilidad de las circunstancias. Es, por lo pronto, en el marco de tal artículo, a partir de donde debe negarse la accesoriedad de elementos, por ejemplo, como los subjetivos del tipo. Es en el marco del mismo precepto, altamente defectuoso e incompleto, desde donde debe intentar el intérprete la solución para los problemas que suscita la llamada comunicabilidad de las "calidades, relaciones personales y circunstancias subjetivas", que no son la culpabilidad ni los elementos del tipo ya aludidos, pero una discusión sobre el contenido de ese precepto complementario no sería un debate sobre la reforma hecha, sino sobre la que habría de hacerse, siempre insinuada en el horizonte que abre el futuro. Y eso no nos corresponde hacerlo, ni ahora ni aquí.

Álvaro BUNSTER