

AUTORES Y COOPERADORES

ARTÍCULO

LUIS E. CHIESA*

Introducción	1163
I. Autoría	1165
A. Autoría y dominio del hecho	1165
B. Autoría directa individual, autoría directa conjunta y otros supuestos de coautoría	1166
C. Autoría mediata	1168
II. Participación e inducción	1169
A. Accesoriedad de la participación	1169
B. Inducción	1170
III. Cooperación necesaria y cooperación no necesaria	1171
A. Consideraciones preliminares	1171
B. El problema de la esencialidad de la cooperación	1172
C. La solución del TSPR en <i>Sustache</i> – La teoría del dominio del hecho como criterio para distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria	1173
D. Cooperación necesaria como conducta que aumenta significativamente la probabilidad de que el delito sea consumado exitosamente	1176
E. La relevancia de la escasez del bien o servicio suministrado	1178
F. Una propuesta para determinar la necesidad de la cooperación	1180
G. ¿Cooperación necesaria mediante omisión?	1183
Conclusión	1187

INTRODUCCIÓN

INDUDABLEMENTE, *PUEBLO V. SUSTACHE*¹ ES LA DECISIÓN MÁS IMPORTANTE emitida en materia penal por el Tribunal Supremo de Puerto Rico desde que entró en vigor el Código Penal de 2004 (en adelante, CP 2004). Es-timo, además, que *Sustache* es la más erudita y mejor fundamentada opinión que nuestro más alto foro ha emitido sobre aspectos esenciales de la teoría del delito. Basta con echar un vistazo a las más de doscientas notas al pie de página para

* Catedrático Asociado, Pace Law School.

1 2009 TSPR 119, 176 DPR ____ (2009).

percatarse de que la decisión fue producto de un sosegado, meticulado y agudo examen de las leyes, jurisprudencia y fuentes secundarias pertinentes.

El augurio era prometedor desde el principio, ya que la Opinión abre con una atinada cita del padre de la teoría final de la acción penal, el gran penalista alemán Hans Welzel.² Igualmente, cita, como debe hacerse siempre, a los referentes obligados con relación a cada uno de los temas que se desarrollan en la opinión. En vista de la importancia de esta Opinión, y de que recién acaba de cumplirse un lustro desde que el Nuevo Código Penal entró en vigencia, entiendo que éste es el momento y el foro adecuado para elucidar tanto el andamiaje conceptual adoptado en Puerto Rico para regular problemas de autoría y participación a la luz del Código Penal de 2004 como algunos de los asuntos abordados por el Tribunal Supremo en *Sustache*. El análisis procederá en tres partes.

La Parte I examinará la teoría general de la autoría y las distintas formas de autoría preceptuadas en el Artículo 43 del Código Penal. Se discutirá la teoría del dominio del hecho como punto de referencia para distinguir la autoría de la participación. Además, se estudiarán las tres modalidades distintas de autoría, a saber: autoría directa, autoría mediata y coautoría. Por otro lado, en la Parte II se analizará la participación como una modalidad de responsabilidad penal, accesoria a la autoría y la inducción como una modalidad de la participación, punible como si fuera autoría. Y, finalmente, en la Parte III se explicará que el reto principal de la regulación de la autoría y participación en el CP 2004 es la necesidad de elaborar un criterio que ayude al juzgador a distinguir entre cooperación necesaria, punible como si fuera autoría de conformidad con el Artículo 43(d) y cooperación innecesaria, punible con menor severidad que la autoría conforme al Artículo 44. Luego del análisis teórico, se examina el criterio sugerido por el Tribunal Supremo en *Sustache* para distinguir entre cooperadores necesarios y no-necesarios.

Después de evaluar la solución propuesta por el Tribunal Supremo, este artículo concluye que *Sustache* no logra articular un criterio coherente que ayude a distinguir entre cooperaciones necesarias, punibles como autoría y complicidades innecesarias, punibles como cooperación. Si bien es cierto que en *Sustache* se sugiere el *dominio del hecho* como un criterio que permite distinguir entre complicidad necesaria e innecesaria, no es menos cierto que dicho criterio no logra lo que el Tribunal desea, puesto que tiene dominio del hecho quien contribuye con un acto *necesario* para la comisión del delito. Consiguientemente, no puede determinarse quién tiene dominio del hecho en casos que envuelven múltiples interventores sin antes aclarar cómo ha de discriminarse entre contribuciones necesarias y no necesarias para la consecución del fin delictivo. No puede, por tanto, invocarse el dominio del hecho como estándar para delimitar la complicidad necesaria y no necesaria sin caer en un razonamiento circular.

² HANS WELZEL, DERECHO PENAL ALEMÁN 237 (J. Bustos Ramírez y S. Yañez Pérez, trads., 11a ed. 1997).

En el resto de la Parte III propongo una serie de criterios que, a mi juicio, ayudarán al juzgador a distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria. Más específicamente, sugiero que se distinga entre cinco distintos tipos de contribuciones que puede prestar el cooperador y propongo criterios que pueden utilizarse para determinar en cada uno de los cinco grupos de casos si la contribución ha de considerarse necesaria o no. Como parte de este análisis se aborda el problema de la cooperación mediante omisión, asunto que, como se sabe, generó gran controversia en el caso de *Sustache*.

I. AUTORÍA

A. Autoría y dominio del hecho

Suele decirse que el autor es quien tiene *dominio del hecho* delictivo.³ Un sujeto tiene dominio del hecho cuando puede dictar el *sí* y el *cómo* del acontecer delictivo. Puede afirmarse dominio del hecho tanto en casos de autoría directa, autoría mediata y coautoría. El dominio del hecho en casos de autoría directa es obvio, especialmente cuando se trata de autoría directa individual; el que personal y directamente realiza el delito tiene indudablemente control sobre le acontecer delictivo. En casos de autoría mediata también existe dominio del hecho, ya que quien tiene la potestad para determinar el *sí* y el *cómo* del delito es quien utiliza a otro como instrumento para cometer el delito.⁴ Si, por el contrario, quien se vale de otro para cometer un delito no retiene control absoluto sobre el sujeto, no cabe sostener que tiene dominio del hecho. En este tipo de caso, como se verá más adelante, se está ante un supuesto de participación mediante inducción. Finalmente, en casos de coautoría puede decirse que cada uno de los interventores retiene en sus manos el dominio del hecho, pues las contribuciones de cada uno resultan esenciales para la consecución del objetivo delictivo.⁵ Por tanto, el control sobre el hecho se comparte, ya que si uno de los interventores no contribuye según lo acordado, no podrá consumarse el delito. Sin embargo, se entiende que no son autores los que contribuyen a la comisión del hecho delictivo en circunstancias en que no tienen dominio del mismo. El que ayuda a cometer el delito en estas circunstancias colabora en un hecho delictivo ajeno. Se trata, pues, de un partícipe y no de un autor, ya que el verdadero autor sería el que retiene en sus manos el poder para determinar el *sí* y el *cómo* del acontecer delictivo.

³ HANS HEINRICH JESCHECK & THOMAS WEIGEND, TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL 701 (Olmedo Cardenete, trad., 5a ed. 2002).

⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE & MERCEDES GARCÍA ARÁN, DERECHO PENAL PARTE GENERAL 433-34 (7a ed., 2007).

⁵ SANTIAGO MIR PUIG, DERECHO PENAL PARTE GENERAL 372 (7a ed., 2004).

B. Autoría directa individual, autoría directa conjunta y otros supuestos de coautoría

De conformidad con el Art. 43(a) del CP 2004, se consideran autores “los que toman parte directa en la comisión del delito”.⁶ Se trata de lo que se conoce en la literatura como *autoría directa*. Es autor directo quien personal y directamente realiza el hecho delictivo.⁷ Por tanto, se considera autor directo del delito de homicidio a quien mata a otro mediante un disparo y autor directo del delito de violación a quien sostiene relaciones sexuales sin el consentimiento de la víctima.

De ordinario, se entiende que el autor directo actúa sólo. Sin embargo, nada impide que concurra una autoría directa conjunta mediante la cual dos o más personas contribuyen directa y personalmente a la comisión del delito. Basta pensar, por ejemplo, en un supuesto de robo en el que una persona toma el dinero mientras la otra apunta a la víctima con un revólver. En este caso cada persona directamente realiza un acto típico, ya que uno de los interventores realiza el elemento típico de sustraer el dinero sin consentimiento de la víctima mientras que el otro realiza la conducta típica de coaccionar a la víctima mediante el uso de fuerza o violencia. Suele decirse que este tipo de supuesto presenta un caso de *coautoría* en el que cada uno de los interventores contribuye de modo esencial a la consumación del hecho delictivo.⁸ Para que concurra un supuesto de coautoría es necesario, además, que exista un acuerdo mutuo entre los distintos interventores mediante el cual los interventores se comprometen a realizar el hecho delictivo conjuntamente.

Como puede verse, en el Art. 43(a) se preceptúa no sólo la autoría directa individual, sino también la autoría directa conjunta. Esta última forma de la autoría supone una modalidad de *coautoría*. No obstante, no toda coautoría supone que cada uno de los interventores contribuya *directamente* a la comisión del delito mediante la realización de uno de los actos descritos en el tipo delictivo. Es decir, un interventor puede ser considerado coautor aunque no realice uno de los actos descritos en el tipo delictivo, siempre y cuando su contribución constituya un eslabón importante del acontecer delictivo.⁹ A manera de ejemplo, piénsese en el que ayuda a sus compañeros a robar un banco desconectando un complicado sistema de alarmas. A pesar de que la desconexión del sistema de alarma no constituye un acto prohibido mediante el tipo de robo, el que realiza dicho acto para facilitar que sus compañeros consumen un robo debe considerarse coautor, pues contribuyó de manera esencial a la consumación del delito. Debe señalarse, no obstante, que en vista de que el Art. 43(a) solamente considera

6 33 LPRA § 4671(a) (2001 & Supl. 2008).

7 MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, *supra* nota 4, en la pág. 432.

8 *Id.* en la pág. 435.

9 *Id.*

autores a los que toman parte *directa* en la comisión del delito, las contribuciones esenciales constitutivas de coautoría que indirectamente contribuyen a la comisión del delito no caen dentro del cúmulo de conductas punibles bajo esta disposición.

El problema antes mencionado podría solucionarse ampliando el alcance de lo que constituye una contribución *directa* al hecho delictivo, de modo que incluya no sólo las contribuciones consistentes en la realización de un elemento del tipo, sino también aquellas que consisten en la realización de una conducta que a pesar de no ser típica, facilita significativamente la comisión del delito. Pero, esta solución me parece problemática, ya que lo que se quiere decir cuando se considera a alguien como autor *directo* es precisamente que dicha persona llevó a cabo una conducta que satisfizo los elementos del tipo delictivo. El que mata a otro de un disparo es autor directo del delito de homicidio *precisamente porque realizó personalmente un comportamiento prohibido en el tipo delictivo (matar)*. El que sostiene relaciones sexuales no consentidas con otra persona es autor directo del delito de violación precisamente porque realizó un acto típico prohibido. Por el contrario, el que le paga mil dólares a otro para que mate a su esposa *no* es autor directo del delito de homicidio precisamente porque su conducta no supone la realización personal de uno de los elementos del tipo de homicidio. El autor directo en este caso es el que mata con sus propias manos a la víctima. El que sufre el dinero, como se verá más adelante, es un inductor cuya responsabilidad es parasítica de la responsabilidad del autor directo. Similarmente, el que desconecta la alarma para ayudar a su compañero a robar el banco *no* es autor directo del delito de robo precisamente porque su conducta no constituye directa y personalmente la realización de uno de los elementos del tipo de robo ([1] sustracción de bienes, [2] mediante fuerza o violencia). En ese caso, el verdadero autor directo es quien sustrae los bienes mediante fuerza o violencia. Por tanto, la responsabilidad del que desconecta la alarma no es punible como autoría directa, sino como un caso de coautoría, si existía un acuerdo previo o como un caso de cooperación, si no existía dicho acuerdo.

En vista de lo anterior, entiendo que no debe ampliarse el alcance de la *autoría directa* preceptuada en el Art. 43(a) de modo que queden incluidas todas las formas de la coautoría. Estimo, por tanto, que puede y debe distinguirse conceptualmente entre dos formas distintas de coautoría. Una forma de coautoría concurre cuando dos o más personas personal y directamente contribuyen al hecho delictivo mediante la realización de actos típicos. Este tipo de coautoría puede considerarse como un supuesto de *autoría directa conjunta* y, por tanto, es perfectamente subsumible dentro del Art. 43(a). No obstante, existen supuestos de coautoría en los que los interventores contribuyen a la comisión del delito en vista de un acuerdo previo mediante actos que son esenciales para la consumación del hecho delictivo *a pesar de que no son actos típicos* (el que desactiva la alarma del banco, por ejemplo). Este tipo de coautoría no es subsumible dentro del Art. 43(a). Esto, claro está, no implica que esta modalidad de coautoría queda impune en Puerto Rico, puesto que puede argumentarse que este tipo de coautoría es punible de conformidad con lo preceptuado en el Art. 43(d) del CP 2004.

De acuerdo con el referido inciso, se consideran autores quienes “cooperan con actos anteriores, simultáneos o posteriores a la comisión del delito, sin cuya participación no hubiera podido realizarse el hecho delictivo”.¹⁰ Resulta fácil incluir bajo este precepto los supuestos de coautoría que no pueden subsumirse bajo el Art. 43(a), ya que puede sostenerse que los que en virtud de un acuerdo previo contribuyen mediante actos esenciales para la consumación del delito ayudan “mediante actos[. . .]sin cuya participación no hubiera podido realizarse el delito”.¹¹

Es importante señalar que la coautoría solamente concurre cuando existe un acuerdo previo mediante el cual los interventores se “inscriben conscientemente en [un] plan conjunto”¹² cuya meta es la consumación de un hecho delictivo. Se trata de un requisito esencial de la coautoría que surge implícitamente de la doctrina.¹³ El acuerdo previo es esencial, puesto que se entiende que solamente puede imputarse a cada uno de los interventores los actos del resto de los interventores cuando éstos han acordado previamente cometer el delito.¹⁴ De ahí que sólo cabe afirmar una coautoría punible bajo el Art. 43(d) cuando existe un acuerdo previo de distribución de funciones que hace posible imputar los actos de uno de los interventores a los demás y viceversa. Por el contrario, no se está ante un supuesto de coautoría cuando un sujeto “coopera mediante actos [. . .]sin cuya participación no hubiera podido realizarse el delito” cuando la cooperación no es en virtud de un acuerdo previo. Lo correcto en este tipo de caso, como se verá más adelante, es afirmar la concurrencia de una *cooperación* necesaria en el hecho delictivo de otro.¹⁵

C. Autoría mediata

Según el Art. 43(c) del CP 2004, se consideran autores a “[l]os que se valen de una persona inimputable para cometer el delito”.¹⁶ Esta modalidad de comisión del hecho delictivo representa un supuesto de *autoría mediata*.¹⁷ Se dice que el autor mediato es quien utiliza a otro *como instrumento* para cometer el delito.¹⁸ El caso paradigmático es el de una persona que utiliza a un incapaz mental o a un menor de edad para llevar a cabo un hecho delictivo. En estos casos pue-

¹⁰ 33 LPRA § 4671(d) (2001 & Supl. 2008).

¹¹ En la Parte III de este artículo explicaré cómo entiendo que debe determinarse si la contribución es *necesaria para la contribución del delito*.

¹² MIR PUIG, *supra* nota 5, en la pág. 393.

¹³ Véase JESCHECK & WEIGEND, *supra* nota 3, en la pág. 730.

¹⁴ A esto se le llama el *principio de imputación recíproca*. *Id.* en la pág. 727.

¹⁵ Véase *supra* Parte III.

¹⁶ 33 LPRA § 4671(c) (2001 & Supl. 2008).

¹⁷ Véase JESCHECK & WEIGEND, *supra* nota 3, en la págs. 713 y ss.

¹⁸ *Id.*

de sostenerse que hay un *autor* detrás del ejecutor. Es el sujeto *detrás del ejecutor* quien retiene en sus manos el poder para determinar el curso del acontecer delictivo.

El Art. 43(b) puede recoger ciertas instancias de autoría mediata, ya que dispone que se consideran autores “los que fuerzan...cometer el delito”.¹⁹ Si se hace a otro cometer el delito mediante el empleo de *fuerza física irresistible* que excluye la concurrencia de una acción penalmente relevante, estimo que se está utilizando al sujeto forzado como instrumento para la comisión del delito. También podría argumentarse que se está ante un supuesto de autoría mediata cuando se *provoca* a otro a cometer el delito mediante la utilización de medios hipnóticos.

II. PARTICIPACIÓN E INDUCCIÓN

A. Accesoriedad de la participación

Como ya se señaló, es partícipe quien contribuye intencionalmente a un hecho antijurídico ajeno. La responsabilidad del partícipe se deriva de la responsabilidad del autor. Es decir, sólo cabe hablar de participación cuando existe un autor de un hecho antijurídico. Por ende, no puede haber partícipe si no hay autor. De ahí que se sostenga que la responsabilidad del partícipe es *accesoria* a la del autor. Ello significa que “la responsabilidad del partícipe viene subordinada al hecho cometido por el autor (accesoriedad de la participación)”, pues “si no existe un hecho [. . .] típico y antijurídico cometido por alguien en calidad de autor, no puede hablarse de participación, ya que no hay por qué castigar a alguien que se limita a participar en un hecho penalmente irrelevante o lícito para su autor”.²⁰ Existen dos formas de la participación, a saber: inducción y cooperación. La cooperación, a su vez, puede ser tanto necesaria como no necesaria.

Es importante señalar que en vista de que la ayuda proporcionada por el cooperador no necesario se considera de poca monta, en muchos países, y ahora en Puerto Rico, se le castiga menos severamente que a los autores. Esto tiene sentido, pues el que contribuye con un acto que no es necesario para la comisión del delito no es tan peligroso como el autor o no merece la misma pena que éste. El que proporciona el fósforo con el que se prende en fuego una estructura (cooperador no necesario) no es tan merecedor de pena ni peligroso como el que prende en fuego la estructura (autor).

No obstante, tanto al inductor como al cooperador necesario se le suele castigar *como si fuera autor*. Desde el punto de vista del merecimiento de pena o de la necesidad de castigar conforme a consideraciones de prevención general o especial, no hay razones de peso que justifiquen castigar menos severamente al

¹⁹ 33 LPRÁ § 4671(b) (2001 & Supl. 2008).

²⁰ MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, *supra* nota 4, en las págs. 437-38.

inductor o al cooperador necesario que al verdadero autor. El que le paga a un asesino a sueldo para que mate a su esposa (inductor) es tan peligroso o merecedor de pena que quien hala el gatillo (autor). Similarmente, el que contribuye al hecho delictivo mediante un acto sin el cual no hubiera podido cometerse el delito (cooperador necesario) es tan peligroso o merecedor de pena que quien comete el delito con sus propias manos. Consiguientemente, el marco punitivo aplicable en casos de inducción y cooperación necesaria es el mismo que el que aplica en casos de una verdadera autoría (directa, mediata o coautoría).

Esto no significa, sin embargo, que los inductores o cooperadores necesarios son autores *strictu sensu*. En vista de que su contribución consiste en ayudar a la comisión de un hecho delictivo ajeno, tanto el inductor como el cooperador necesario han de considerarse partícipes y no autores del delito *independientemente de que por razones de merecimiento de pena o prevención general o especial se les imponga la misma pena que al autor*. No se trata de un mero juego semántico, pues no debe perderse de vista que la inducción y la cooperación necesaria solamente pueden castigarse cuando existe un hecho antijurídico ajeno que puede fundamentar la punibilidad del inductor o el cooperador. El que paga mil dólares al asesino a sueldo para matar a su esposa no puede castigarse como inductor del delito de asesinato si el asesino a sueldo no mata a su esposa, ya que la inducción, como todo tipo de participación, es punible sólo de forma accesoria a la verdadera autoría. Lo mismo ocurre con la cooperación necesaria. De ahí la importancia de concebir a estas modalidades de intervención en el hecho delictivo como formas de participación a pesar de que se castigan igual de severamente que la autoría.

B. Inducción

La inducción es un tipo de participación que consiste en provocar intencionalmente a otro a cometer un delito.²¹ La participación mediante inducción es punible en Puerto Rico en virtud del Art. 43(b) del CP 2004. A pesar de que en dicho inciso se dispone que *se consideran autores quienes provocan, instigan o inducen* a otra persona a cometer el delito, el inductor es en realidad un partícipe que no debe considerarse autor del delito, pues no tiene dominio del hecho delictivo. En estos casos quien retiene el dominio del hecho es la persona inducida, ya que, de lo contrario, como acertadamente señala Muñoz Conde, “el inductor sería verdadero autor mediato” del delito.²²

Para que la inducción sea punible es necesario que se satisfagan tres requisitos. Primero, el inductor debe *causar* la voluntad de cometer el delito en el sujeto inducido. Por tanto, no cabe hablar de inducción cuando el sujeto a inducirse había decidido cometer el delito previo a ser contactado por el supuesto induc-

²¹ JESCHECK & WEIGEND, *supra* nota 3, en la pág. 739.

²² MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, *supra* nota 4, en la pág. 441.

tor.²³ Segundo, la inducción ha de ser directa.²⁴ La inducción es directa cuando hay una relación personal e inmediata entre el inductor y la persona inducida. No se admite, por tanto, la llamada *inducción en cadena* mediante la cual A induce a B para que éste induzca a C a cometer un delito. Finalmente, la inducción debe ser eficaz, lo que implica que ésta sólo es punible si el sujeto inducido comete el delito o, como mínimo, comienza su ejecución.²⁵ El requisito de que la inducción sea eficaz pone de relieve la accesoriedad de la inducción y, por ende, el hecho de que se trata de una forma de *participación* en el delito, en lugar de una forma de autoría. No puede ser de otro modo, ya que los verdaderos autores responden por el hecho delictivo sin que sea necesario constatar que otros hayan incurrido en conducta antijurídica. Por el contrario, los partícipes solamente responden penalmente si se les puede vincular de alguna manera a la conducta antijurídica de otro. Eso precisamente es lo que se hace mediante la figura de la inducción – vincular al inductor a la conducta antijurídica del verdadero autor del delito. Por eso sostengo que, independientemente del lenguaje empleado en el Art. 43 del CP 2004, los inductores no son autores. Sin embargo, y este creo que es el efecto del Art. 43(b), se les castiga *como si fueran autores*, en vista de que su conducta se considera lo suficientemente reprochable como para merecer la misma pena del autor.

III. COOPERACIÓN NECESARIA Y COOPERACIÓN NO NECESARIA

A. Consideraciones preliminares

De conformidad con el Art. 43(d) del CP 2004, son penalmente responsables “los que cooperan con actos anteriores, simultáneos o posteriores a la comisión del delito, sin cuya participación no hubiera podido realizarse el hecho delictivo”.²⁶ Mediante esta disposición, como se señaló en la sección I(A), *supra*, del presente escrito, se castigan casos de coautoría en que los interventores no contribuyen *directamente* a la comisión del delito mediante la realización de actos ejecutivos. Sin embargo, mediante el Art. 43(d) también se castiga lo que se conoce en España como *cooperación necesaria*. La cooperación necesaria constituye una forma de *participación* en el hecho delictivo. Por tanto, al igual que ocurre con el resto de las formas de participación, la responsabilidad del cooperador necesario es derivativa de la responsabilidad del verdadero autor del delito. Sin embargo, debe señalarse que, en cuanto a la pena, como señala Mir Puig, “el cooperador necesario [es] igualado al autor aunque realmente no lo sea”.²⁷

²³ *Id.*

²⁴ *Id.* en la pág. 442.

²⁵ *Id.*

²⁶ 33 LPRA § 4671(d) (2001 & Supl. 2008).

²⁷ MIR PUIG, *supra* nota 5, en la pág. 408.

B. El problema de la esencialidad de la cooperación

En términos generales, es cooperador necesario quien contribuye a la comisión del delito mediante un acto *esencial* para su consumación. Si, por el contrario, el sujeto contribuye al delito mediante un acto no esencial, la conducta es punible como cooperación no necesaria. El CP 2004 define en el Art. 44 al cooperador no necesario de forma negativa, pues dispone que son cooperadores (no necesarios) “los que, *sin ser autores* . . . cooperan de cualquier otro modo en la comisión del delito”.²⁸ Es cooperador no necesario, por tanto, “aquél cuya contribución no pueda calificarse ni de autoría, ni de inducción, ni de cooperación necesaria”.²⁹

El problema principal en este contexto es determinar cuándo se está ante un acto esencial para la consumación del delito que debe catalogarse de cooperación necesaria y cuando se está ante un acto no esencial para la consumación del delito que debe calificarse de cooperación no necesaria. El problema es de particular importancia, ya que en virtud del Art. 45 del CP 2004, al cooperador no necesario se le impondrá una pena igual a la mitad de la señalada para los autores, inductores y cooperadores necesarios, hasta un máximo de diez años. La diferencia en la pena que se puede imponer al cooperador necesario y al no necesario en ciertos casos puede ser monumental. En casos de asesinato, por ejemplo, al cooperador necesario se le puede imponer una pena máxima de 99 años de reclusión, mientras que al cooperador no necesario se le puede imponer una pena máxima de 10 años de prisión. En vista del impacto significativo que tiene sobre la pena la distinción entre cooperación necesaria y no necesaria, resulta imprescindible desarrollar un criterio que pueda invocarse para distinguir coherentemente entre estos dos tipos de intervención en el hecho delictivo.

A primera vista, podría pensarse que el Art. 43(d) provee un criterio que sirve para delimitar la cooperación necesaria de la no necesaria, ya que ahí se dispone que es cooperador necesario quien contribuye al delito mediante un acto “sin [el cual] no hubiera podido realizarse el hecho delictivo”.³⁰ Esto implicaría, a su vez, que es cooperador no necesario quien contribuye mediante un acto *sin el cual hubiera podido realizarse el delito*. El problema con esta solución es que sólo logra traspasar el problema a otro nivel, pues aunque los *actos necesarios* para la consumación del delito quedan definidos como aquellos *sin los cuales no hubiese podido cometerse el delito*, todavía queda sin contestar la pregunta verdaderamente importante: ¿Cómo ha de determinarse si un acto es *esencial, necesario* o, si se quiere, *de naturaleza tal que sin él no hubiese podido cometerse el delito*?³¹ No importa cómo se formule la pregunta, el *quid* de la cuestión sigue siendo el

²⁸ 33 LPRA § 4672 (2001 & Supl. 2008).

²⁹ MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, *supra* nota 4, en la pág. 444.

³⁰ 33 LPRA § 4671(d) (2001 & Supl. 2008).

³¹ En adelante utilizaré los términos *esencial* y *necesario* indistintamente.

mismo: ¿Cuándo debe catalogarse una ayuda como *esencial* a la comisión del delito? Desafortunadamente, el lenguaje del CP 2004 no ayuda a contestar la pregunta.

C. La solución del TSPR en Sustache – La teoría del dominio del hecho como criterio para distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria

En *Sustache*, el Tribunal Supremo apeló a la ya discutida *teoría del dominio del hecho* para distinguir entre cooperadores necesarios y no necesarios. Más específicamente, el foro Supremo sugirió que el cooperador necesario tiene *dominio funcional del hecho*, mientras que el cooperador no necesario carece del *dominio funcional del hecho*.³² El Tribunal señaló, además, que el caso típico en el que varias personas comparten el dominio funcional del hecho concurre cuando hay “un plan delictivo común en el que varios sujetos se dividen las actividades”.³³ Según el Tribunal, para que concorra dominio funcional del hecho se requiere también “que la contribución del [interventor] sea esencial” para la comisión del delito, lo que supone que éste tenga “la capacidad para impedirlo,” si así lo deseara.³⁴ Esto, a su vez, llevó a nuestro más alto foro a concluir que se debe distinguir entre el cooperador necesario, que debe ser castigado como autor, y el cooperador no necesario, que debe ser castigado menos severamente en atención a la dispensabilidad de su contribución. Por ende, el Tribunal señaló que el cooperador debe castigarse como autor (o sea, que debe considerarse cooperador necesario) cuando su “colaboración [. . .] es indispensable para la comisión de un delito”.³⁵ Empero, el cooperador debe considerarse no necesario cuando su ayuda no es indispensable para la consumación del hecho delictivo.³⁶

A pesar de que la tesis elaborada por el Tribunal Supremo parece plausible a primera vista, entiendo que apelar a la teoría del dominio del hecho para distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria es problemático por dos razones. Primero, como ya se mencionó, el dominio del hecho es una teoría cuyo propósito es distinguir entre autores y partícipes y no entre los partícipes que han de ser castigados como si fueran autores (i.e. inductores y cooperadores necesarios) y los que deben castigarse menos severamente (cooperadores no necesarios). Un buen ejemplo de ello es el caso del inductor. De conformidad con la teoría del dominio del hecho, el inductor no es autor del delito, pues la decisión final acerca del *sí*, el *cómo* y el *cuando* del delito queda en manos del sujeto inducido. Es decir, el sujeto inducido es quien en última instancia decide tanto si se va a cometer el delito y la manera específica de comisión del mismo. Por tanto, el in-

³² Pueblo v. Sustache, 2009 TSPR 119, 176 DPR ___ (2009), en la pág. 63.

³³ *Id.*

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.*

³⁶ *Id.*

ductor no puede considerarse autor de conformidad con la teoría del dominio del hecho, ya que el hecho lo domina el sujeto inducido mas no el inductor.³⁷ Además, si el alegado inductor tiene dominio total sobre el sujeto inducido, ya no se está ante un supuesto de inducción, sino ante un supuesto de verdadera autoría (mediata).³⁸ Sin embargo, el hecho de que el inductor se pueda considerar autor conforme a la teoría del dominio del hecho, no incide en lo más mínimo sobre el tipo de castigo que se le debe imponer, ya que, como ilustran los códigos penales de múltiples jurisdicciones tanto anglosajonas como continentales, la inducción suele castigarse tan severamente como la autoría. La razón para ello radica en que se entiende que la conducta del inductor es lo suficientemente reprochable como para merecer una pena similar a la del autor.

Una vez se entiende que el propósito de la teoría del dominio del hecho es distinguir entre autores y partícipes mas no distinguir entre partícipes que se castigan como autores y partícipes que se castigan menos severamente que los autores, se puede ver por qué resulta conceptualmente problemático apelar a esta teoría para distinguir entre el cooperador necesario y el no necesario. La cooperación tanto en su modalidad de necesaria como no necesaria constituye una *forma de participación* precisamente porque se entiende que el cooperador (necesario o no) carece de dominio del hecho. En los casos de cooperación, el verdadero autor es el sujeto a quien ayuda el cooperador. Es dicho sujeto y no el cooperador quien retiene en sus manos la decisión final acerca del *sí* y el *cómo* del acontecer delictivo. Por tanto, resulta conceptualmente confuso apelar a la teoría del dominio del hecho para distinguir entre cooperadores necesarios y no necesarios, puesto que el punto de partida ha de ser que el cooperador constituye un partícipe que *carece de dominio del hecho*. De lo contrario, el cooperador necesario dejaría de ser un verdadero cooperador o partícipe y pasaría a ser autor.

Curiosamente, el Tribunal Supremo en ocasiones parece sugerir que el cooperador necesario es en realidad un co-autor que tiene “dominio (funcional) del hecho”.³⁹ A estos efectos, el foro Supremo indicó que “la distinción entre el *coautor* del Artículo 43 (d) y el cooperador del Artículo 44 del Código Penal”⁴⁰ radica en que el *coautor* ayuda mediante un acto que es indispensable para la comisión del delito, mientras que el cooperador contribuye mediante un acto que no es indispensable para la consumación del delito.⁴¹ Estimo que, desde un punto de vista conceptual, es mejor concebir al cooperador necesario como un partícipe. Además, me parece que equiparar al cooperador necesario con el

³⁷ MUÑOZ CONDE & GARCÍA ARÁN, *supra* nota 4, en las págs. 442-43.

³⁸ *Id.*

³⁹ En otras ocasiones, sin embargo, el Tribunal Supremo hace referencia al *cooperador necesario* en lugar de al *coautor*.

⁴⁰ *Sustache*, 2009 TSPR 119, en la pág. 64.

⁴¹ *Id.*

coautor, como a veces sugiere el Tribunal Supremo, no ayuda a distinguir entre el coautor (cooperador necesario o como quiera llamársele) y el cooperador no necesario. Esto me lleva a discutir la segunda razón por la cual considero que es problemático invocar la teoría del dominio del hecho como criterio para distinguir entre los cooperadores que deben ser castigados como autores y los cooperadores no necesarios.

Como acertadamente señala el foro Supremo, en casos de coautoría los interventores comparten el *dominio funcional del hecho* ya que se considera que la cooperación de cada uno es esencial para el hecho delictivo.⁴² La esencialidad de la contribución constituye el elemento objetivo de la coautoría porque sólo cuando puede decirse que la contribución del interventor es *esencial* se puede sostener que comparte el *dominio del hecho* con los demás interventores. Por tanto, como también señala el Tribunal Supremo, un sujeto solamente se considera coautor si su contribución es *indispensable* para la comisión del delito. Por el contrario, si su contribución es dispensable, su ayuda debe calificarse de cooperación no necesaria. El problema con distinguir a la cooperación no necesaria (Art. 44) de cooperación necesaria (Art. 43(d)), apelando a la coautoría y al dominio funcional del hecho radica, pues, en que:

- (1) una persona tiene dominio funcional del hecho sólo si su contribución fue esencial o indispensable para la comisión del delito (elemento objetivo de la coautoría)
- (2) la sugerencia de que la contribución del actor debe ser *esencial* o *indispensable* para la comisión del delito equivale a que su contribución debe ser *necesaria* para la comisión del delito
- (3) el Tribunal Supremo no adoptó en *Sustache* un criterio que ayude a distinguir entre contribuciones necesarias y no necesarias.

Por las razones esbozadas anteriormente, me parece que el Tribunal Supremo no logró articular en *Sustache* un criterio que ayude al juzgador a distinguir entre cooperación necesaria y no necesaria. A pesar de que el Tribunal sugirió que un cooperador debe considerarse *necesario* cuando su contribución puede catalogarse de *indispensable*, lo cierto es que lo *indispensable* es sinónimo de lo *necesario* y, por tanto, invocar este criterio no resuelve el problema. Por otra parte, tampoco puede distinguirse entre cooperador necesario y no necesario sosteniendo que el cooperador necesario es realmente un *coautor* que tiene *dominio funcional del hecho*, ya que sólo tiene dominio funcional del hecho quien contribuye mediante un acto *esencial* a la comisión del delito. En vista de que lo *esencial* es sinónimo de lo *necesario*, la invocación de las reglas de la coautoría o la teoría del dominio del hecho no ayuda a determinar si un cooperador ha contribuido con un acto *necesario* o *no necesario* para la comisión del delito. Queda claro que se requiere un punto de partida distinto al sugerido en *Sustache*.

42 *Id.*

D. Cooperación necesaria como conducta que aumenta significativamente la probabilidad de que el delito sea consumado exitosamente

Una manera de determinar si un acto es necesario para la comisión de un delito es cuestionando si el autor hubiese podido obtener lo que obtuvo del cooperador de otra forma. Si se contesta esta pregunta afirmativamente, podría sostenerse que la cooperación no fue necesaria, pues la contribución del cooperador no debe calificarse de *necesaria* si lo suplido por el cooperador se hubiese podido obtener de otro modo. No obstante, si se contesta la pregunta en la negativa, podría argumentarse que la cooperación fue necesaria, ya que parece sensato concluir que la contribución del cooperador es necesaria si lo obtenido no se hubiese podido conseguir de otro modo. El siguiente ejemplo puede ilustrar este planteamiento:

Juan le pide a Samanta cien mil dólares para comprar una máquina de falsificación de billetes en el mercado negro. Juan es desempleado y, por tanto, no tiene capacidad para generar ingresos suficientes para comprar la máquina. Samanta le presta el dinero a Juan. Juan compró la máquina con el dinero que le prestó Samanta y procedió a falsificar billetes. ¿Fue la conducta de Samanta necesaria para la consumación del delito?

Según lo señalado anteriormente, una manera de determinar si la contribución de Samanta (prestarle cien mil dólares a Juan) fue *necesaria* para la consumación del delito de falsificación de dinero es preguntándose si Juan hubiese podido obtener lo que obtuvo de Samanta (los cien mil dólares) de otro modo. Si la contestación a esta pregunta es *no*, entonces debe concluirse que la cooperación de Samanta era necesaria para la consumación del delito. Sin embargo, si la contestación es *sí*, debe sostenerse que la cooperación de Samanta no era necesaria para la consumación del delito. En este caso, parecería a primera vista que Juan *no* hubiese podido obtener lo que obtuvo de Samanta de otro modo, ya que estaba desempleado y no tenía capacidad de generar ingresos. Por tanto, podría concluirse que la ayuda proporcionada por Samanta era *necesaria* para la consumación del delito.

El caso se complica, sin embargo, si se le añade el siguiente hecho a la situación hipotética: Juan es hípico y juega varias papeletas todas las semanas con el deseo de ganarse cientos de miles (o millones) de dólares en el Poolpote. A la luz de estos nuevos hechos, ¿puede todavía afirmarse que la ayuda de Samanta resultó *necesaria* para la consumación del hecho delictivo? Ahora la contestación a la pregunta acerca de si Juan pudiese haber obtenido lo que obtuvo de Samanta (los cien mil dólares) de otro modo se torna elusiva, pues alguien podría argumentar que Juan *sí* hubiese podido obtener el dinero de otro modo – en este caso, ganándose el Poolpote. ¿Significa esto que la ayuda de Samanta no debe considerarse *necesaria* para la consumación del delito en vista de la afición hípica de Juan? Me parece que no. La razón de ello es evidente. A pesar de que

es *posible* que Juan hubiese podido obtener el dinero de otro modo – en este caso atinando el Poolpote – resulta altamente improbable que ello ocurriera. La pregunta hipotética formulada al principio de esta sección requiere, por tanto, precisión. No debe inquirirse acerca de *si el sujeto hubiese podido obtener lo que obtuvo del cooperador de otro modo, sino si la contribución del cooperador aumentó significativamente la probabilidad de que el delito fuera consumado exitosamente*. Si la contestación es que la contribución del cooperador *aumentó significativamente la probabilidad de que el delito fuera consumado exitosamente*, debe concluirse que la ayuda proporcionada por el cooperador era *necesaria*. Sino, si se concluye que la contribución del cooperador no aumentó significativamente la probabilidad de que se consumara el delito, debe concluirse que la ayuda proporcionada no fue *necesaria*.

Una vez se formula la pregunta hipotética de este modo, puede apreciarse por qué el préstamo de cien mil dólares era *necesario* para que Juan cometiera el delito. Si bien es cierto que Juan hubiese podido obtener esa suma de dinero atinando el Poolpote, no es menos cierto que es altamente improbable que Juan hubiese podido conseguir el dinero de ese (o cualquier otro) modo. Consiguientemente, debe concluirse que el préstamo de cien mil dólares constituye cooperación necesaria, puesto que de no recibirlo, resulta muy improbable que se hubiese podido cometer el delito. Se trata, por tanto, de un acto que facilita significativamente la comisión del delito. En otras palabras, se trata de una ayuda *esencial* para la comisión del hecho delictivo.

De conformidad con esta aproximación, los argumentos a favor de concluir que determinada ayuda constituye cooperación necesaria se tornan más poderosos a medida que la asistencia del cooperador aumenta significativamente la probabilidad de que el autor logre consumir exitosamente el delito. En el caso de Juan, por ejemplo, los cien mil dólares aumenta significativamente la probabilidad de que éste logre consumir el delito exitosamente, pues elimina un obstáculo que hacía improbable la consumación del hecho delictivo, a saber: la falta de recursos económicos para adquirir la máquina de falsificar billetes. Sin embargo, los argumentos a favor de concluir que determinada ayuda supone cooperación necesaria se tornan más débiles a medida que la asistencia no aumenta significativamente la probabilidad de que el autor consume exitosamente el delito. De conformidad con este criterio, no es cooperador necesario el que facilita una extorsión prestándole a otro un teléfono celular para hacer una llamada a la víctima de la extorsión. Tampoco es cooperador necesario el taxista en Manhattan que lleva a otro al restaurante en el que se dispone a darle muerte a su pareja. La ayuda proporcionada en ambos casos – prestar un teléfono celular y transportar a alguien en taxi – constituye meramente la eliminación de obstáculos que se podían superar fácilmente, ya que en el primer caso el obstáculo podía superarse utilizando un teléfono público, mientras que en el segundo caso el obstáculo podía superarse utilizando otro de los miles de taxis disponibles en Manhattan. Por tanto, no puede sostenerse que las prestaciones en estos dos casos aumentaron significativamente la probabilidad de que se consumaran exitosamente los delitos planificados en cada caso.

E. La relevancia de la escasez del bien o servicio suministrado

Una manera de determinar si la ayuda proporcionada por el cooperador aumenta sustancialmente la probabilidad de que el delito se consume con éxito es examinando la escasez del bien o servicio prestado por el cooperador. De ordinario, la prestación de un bien escaso aumenta significativamente el riesgo de que se consume el delito, ya que la obtención de un bien o servicio escaso generalmente supone la exclusión de un obstáculo serio para la consumación del hecho delictivo. Así, por ejemplo, la obtención de cien mil dólares (bien escaso) supone un obstáculo mayor a la comisión de un delito que la obtención de un teléfono celular (bien abundante). De ahí que Enrique Gimbernat Ordeig haya propuesto *la teoría de los bienes escasos* como criterio para determinar la esencialidad de la ayuda proporcionada por el cooperador.⁴³ Según Gimbernat, debe considerarse cooperación necesaria la ayuda consistente en la prestación de un bien o servicio escaso.⁴⁴ Por el contrario, debe considerarse cooperación no necesaria la ayuda que supone la prestación de un bien o servicio abundante.⁴⁵

Gimbernat señala, además, que la determinación de escasez debe hacerse atendiendo las circunstancias concretas del autor sin ignorar el momento y lugar en que ocurre la prestación.⁴⁶ Se trata de un señalamiento valioso, pues lo que es abundante en determinado tiempo y lugar puede resultar escaso en otro ámbito espacio-temporal. Un teléfono celular es ciertamente abundante en San Juan, Puerto Rico, mas no lo es en un pequeño poblado de la China rural. Por tanto, proporcionar un teléfono celular en el primer caso supone facilitar un bien abundante y, respectivamente, ha de calificarse de cooperación no necesaria. Pero, proporcionar un teléfono celular en el segundo caso constituye facilitar un bien escaso y debido a ello debe considerarse cooperación necesaria. La justificación calificativa es sencilla: mientras que la prestación de un teléfono celular en San Juan no elimina un obstáculo que hacía improbable la comisión del delito (extorsión mediante una llamada telefónica a alguien fuera del país), la prestación del mismo bien en China sí supone eliminar un obstáculo que hacía improbable la comisión del delito.

A pesar de que la teoría de los bienes escasos ofrece un criterio que ayuda a determinar cuándo la asistencia del cooperador se considera cooperación necesaria por aumentar la probabilidad de que se consume con éxito el delito, lo cierto es que en muchos casos, la teoría no es de gran ayuda. El siguiente ejemplo ilustra el problema:

43 ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *AUTOR Y CÓMPLICE EN DERECHO PENAL* 127-78 (2006).

44 *Id.* en la pág. 130.

45 *Id.*

46 *Id.* en la pág. 133.

Sabiendo que Carina se disponía a envenenar a Pamela disolviéndole cianuro en su café, un enemigo de Pamela – Cristian – le provee un revólver a Carina “por si prefieres matarla de un balazo”. Carina agradece a Cristian diciéndole que “originalmente pensó matarla de un balazo, pero no tiene acceso a armas de fuego . . . El cianuro, por el contrario, fue fácil de conseguir por la Internet”.⁴⁷ Así, Carina mató a Pamela de un balazo.

Se trata de un caso difícil debido a que los hechos que generaron el caso demuestran que es muy probable que Carina hubiese matado a Pamela con o sin la ayuda de Cristian. Por tanto, puede argumentarse que la ayuda provista por Cristian no constituye *cooperación necesaria* de conformidad con el texto del Art. 43(d), pues es difícil catalogar su acto (suplir el revólver) como uno *sin el cual no hubiera podido realizarse el hecho delictivo*. Sin embargo, la teoría de los bienes escasos sugiere que el acto debe considerarse *necesario* para la comisión del delito, ya que el revólver constituía un bien escaso para Carina. A mi juicio, la cooperación de Cristian ha de calificarse de cooperación no necesaria. En vista de los hechos particulares de este caso, la muerte de Pamela a manos de Carina resultaba probable *ex ante* independientemente de la ayuda de Cristian. Aunque pudiera argumentarse que un arma de fuego es sustancialmente más efectiva para producir la muerte que muchos otros tipos de artefactos (cuchillos, bates, sartenes, etc.), no puede sostenerse que un arma de fuego es más efectivo al causar la muerte que el cianuro.⁴⁸ Consecuentemente, resulta difícil sostener que su prestación aumentó significativamente la probabilidad de que Carina matara a Pamela.

A mi entender, este ejemplo demuestra que a pesar de que la teoría de los bienes escasos es un buen punto de partida para determinar si un acto de cooperación debe considerarse *necesario* o *no necesario*, existen supuestos en los que es preferible apelar a otro criterio para determinar si la cooperación fue necesaria o no. Tal como señala el ejemplo discutido en el párrafo anterior, existen casos en los que se puede sostener que ofrecer el bien escaso no aumentó de manera relevante la probabilidad de que se consumara el delito. Cuando ello ocurre

⁴⁷ Sorprendentemente, el cianuro es muy fácil de conseguir por Internet. Véase, e.g., <http://www.cnn.com/2003/US/South/01/10/otsc.gupta.cyanide/>.

⁴⁸ El cianuro es de los venenos más efectivos en producir la muerte. En una dosis adecuada, la muerte se produce en dos o tres minutos. La efectividad de producir la muerte mediante un arma de fuego es hartamente conocida. Sin embargo, resulta importante señalar que la utilización de un arma de fuego para matar a otro es mucho más conspicua que la utilización de un veneno inodoro e incoloro. Por tanto, es más probable que la utilización de un arma de fuego genere una reacción defensiva de parte de la víctima que el uso de cianuro disuelto en un café. En vista de que la reacción defensiva de la víctima reduce la probabilidad de que el homicidio sea consumado, pudiera argumentarse que el uso de cianuro es *más* efectivo que el uso de un arma para matar a otro. En todo caso, parece sensato sostener que un arma de fuego y una dosis suficiente de cianuro son comparables en términos de efectividad letal.

parece sensato concluir que la ayuda provista por el cooperador fue no necesaria, aunque el bien o servicio facilitado haya sido escaso.⁴⁹

F. Una propuesta para determinar la necesidad de la cooperación

Por las razones esbozadas en la sección anterior, entiendo que la escasez del bien o servicio suplido por el cooperador es un factor importante, *mas no determinante*, en el análisis de si cierto acto de cooperación ha de calificarse como necesario o no necesario. A mi juicio, no existe una fórmula mágica que pueda invocarse para resolver tan complejo problema. Sin embargo, entiendo que deben distinguirse entre cinco distintos tipos de casos, a saber:

- (1) cuando la contribución del cooperador consiste en facilitarle al autor un medio para cometer el delito que es distinto al que el autor se disponía a utilizar antes de ser ayudado por el cooperador
- (2) cuando la contribución del cooperador consiste en un acto que le permite al autor cometer el delito de una manera más privada
- (3) cuando la ayuda del cooperador consiste en brindarle apoyo moral al autor
- (4) cuando el cooperador le suple un bien o servicio al autor en circunstancias que no pueden enmarcarse en las situaciones previstas en los incisos (1), (2) ó (3)
- (5) cuando la ayuda del cooperador consiste en omitir tomar medidas que hubiesen sido obstáculos para el autor en la comisión del delito

⁴⁹ Entiendo que esto es compatible con lo sugerido por el Tribunal Supremo en *Sustache*. La teoría de los bienes escasos fue discutida en *Sustache* como una posible solución al problema de distinguir entre cooperadores necesarios y no-necesarios. A pesar de que el Tribunal no rechazó de plano la teoría de los bienes escasos, lo cierto es que se enfocó más en la teoría del dominio del hecho como mecanismo para distinguir entre cooperación necesaria y no-necesaria. *Sustache*, 2009 TSPR 119, en las págs. 60-61.

A mi juicio, el hecho de que el Tribunal Supremo no rechazara de plano la teoría de los bienes escasos sugiere que la escasez del bien suplido por el cooperador pudiera ser un criterio relevante al determinar si su cooperación debe calificarse de necesaria. Sin embargo, el hecho de que el foro supremo se enfocara principalmente en otros criterios para delimitar la cooperación necesaria de la no-necesaria sugiere que la escasez del bien no debe considerarse determinante al realizar dicho análisis. Esta precisamente es la posición defendida en este artículo. Valga señalar, sin embargo, que, contrario a lo que el Tribunal Supremo parece sugerir, entiendo que la teoría del dominio del hecho no es de ayuda al distinguir entre cooperación necesaria y no-necesaria. Sobre este particular, véase *supra* Parte III.C.

Finalmente, podría argumentarse que las expresiones que hiciera el foro supremo en *Sustache* sobre la distinción entre cooperación necesaria y no-necesaria constituyen *dictum*, ya que el Ministerio Público le imputó a *Sustache* cooperación no-necesaria (Art. 44) en el asesinato de la víctima y ninguna de las partes argumentó que su cooperación debía de calificarse de *necesaria*. Por ende, el asunto acerca de si la cooperación del imputado fue necesaria o no necesaria para la consumación del delito no estaba en controversia en *Sustache*.

En el resto de esta subsección elucidaré brevemente las primeras cuatro categorías de casos, pues en todos esos supuestos la contribución del cooperador consiste en una acción. El quinto caso se discutirá en la próxima sección, pues presenta problemas peculiares en vista de que la contribución del cooperador en estos supuestos consiste en una omisión.

En cuanto al primero de los casos, entiendo que la cooperación consistente en la prestación de un medio para cometer el delito debe considerarse *necesaria* solamente cuando el medio suplido por el cooperador aumenta significativamente la probabilidad de que se consume exitosamente el delito en comparación con el medio que el autor se disponía a utilizar antes de ser abordado por el cooperador.⁵⁰ De lo que se trata en estos supuestos es de comparar la efectividad del medio que originalmente planeaba utilizar el autor para cometer el delito con el medio suplido por el cooperador para ayudar a la consumación del delito. Si se concluye que el medio suplido por el cooperador es sustancialmente más efectivo que el medio que el autor pensaba utilizar antes de ser abordado por el cooperador, resulta razonable calificar de cooperación *necesaria* la ayuda provista por el cooperador, independientemente de si el medio provisto por éste constituye un bien escaso o no. Si, por ejemplo, el plan del autor era envenenar a la víctima disolviendo grandes cantidades de Benadryl en su café, una cooperación consistente en proporcionarle cianuro debe considerarse cooperación *necesaria* si el autor finalmente envenena a la víctima con cianuro. En vista de que el cianuro es mucho más letal que el Benadryl, proporcionarle cianuro al autor aumenta significativamente la probabilidad de que el asesinato se consume exitosamente. Por ende, la ayuda prestada por el cooperador debe calificarse de *necesaria* aunque - como en efecto es el caso - el cianuro sea fácil de conseguir y por ello no pueda considerarse un bien escaso.

Con relación al segundo grupo de casos, entiendo que la cooperación consistente en un acto que le permite al autor cometer el delito de una manera más privada debe considerarse *necesaria* si la ayuda del cooperador disminuye significativamente la probabilidad de que el delito sea detectado o frustrado por la víctima o por terceras personas. Pero, siempre se debe comparar con el plan en que el autor se disponía a seguir antes de ser abordado por el cooperador. Estimo, además, que la escasez del bien o servicio provisto no es determinante en estos casos. Suponga, por ejemplo, que Lara piensa matar a Lorenzo en un edificio de oficinas tarde en la noche para minimizar la probabilidad de que sea detectada por terceros. Imagine, además, que Melquíades coopera a la comisión del delito facilitándole a Lara un silenciador de armas *ya que, aunque es improbable que alguien esté rondando por el edificio a esas horas, uno nunca sabe*.

⁵⁰ Por tanto, si el medio que se disponía a utilizar el autor antes de entrar en contacto con el cooperador es un revólver y el bien suministrado por el cooperador es precisamente un revólver, no se está ante un caso que puede enmarcarse dentro de este primer grupo de supuestos, ya que el medio suplido por el cooperador no es distinto al que el autor pensaba utilizar desde un principio. Se trataría, por tanto, de un caso que debe analizarse a la luz del cuarto grupo de casos.

¿Constituye la ayuda proporcionada por Melquíades cooperación necesaria o no necesaria? Según el criterio elaborado en esta sección, entiendo que la ayuda de Melquíades debe considerarse cooperación no necesaria. No puede decirse que en este caso facilitar el silenciador disminuyó significativamente la probabilidad de detección del delito debido a que el plan del autor era cometer el delito en un área desolada y a una hora en que resultaba improbable que alguien estuviera lo suficientemente cerca como para escuchar los disparos. La conclusión no cambia en lo absoluto por el mero hecho de que el silenciador de armas constituya un bien escaso.

El tercer grupo de casos se refiere a situaciones en que la ayuda proporcionada por el cooperador consiste en apoyar moralmente el curso de acción delictivo que se propone llevar a cabo el autor. Se trata de supuestos en que el sujeto, de alguna manera, le comunica al autor que aprueba de su conducta delictiva. El famoso caso de *Wilcox v. Jeffery*⁵¹ ilustra el problema. El acusado en *Wilcox* compró un boleto para asistir a un concierto de jazz a sabiendas de que el espectáculo era ilegal debido a que el músico no había obtenido los permisos requeridos por el gobierno de Gran Bretaña para celebrar conciertos con fines de lucro.⁵² Quedó demostrado, además, que el acusado, al igual que muchos otros, aplaudió al intérprete durante distintos momentos del concierto.⁵³ Al acusado se le imputó complicidad en el concierto ilegal celebrado por el músico. Como puede verse, la ayuda proporcionada al autor por el acusado consistió únicamente en apoyar moralmente el curso de acción delictivo del autor mediante la compra del boleto para el concierto, su asistencia al concierto y sus aplausos durante distintos momentos del espectáculo.

Lo primero que merece observación de este tipo de caso es que la teoría de los bienes escasos no es de aplicación, ya que la conducta del cooperador no consiste en proporcionarle un bien o un servicio al autor, sino en brindarle apoyo moral a éste. A mi juicio, esto no resulta particularmente problemático ya que el que coopera brindando apoyo moral al autor siempre ha de ser considerado como cooperador no necesario, debido a que si el autor estaba decidido a cometer el delito antes de entrar en contacto con el cooperador no puede sostenerse que *sin la ayuda del cooperador no se hubiese podido cometer el delito*. Pero, si el autor no estaba decidido a cometer el delito antes de entrar en contacto con el cooperador y luego se decide a cometer el delito gracias al apoyo del cooperador, se estaría ante un caso de inducción.⁵⁴ En fin, quien coopera mediante apoyo moral debe ser considerado inductor si su cooperación causó que el autor decidiera cometer el delito o debe ser considerado cooperador no necesario si su ayuda no causó que el autor decidiera cometer el delito. No parece que-

⁵¹ 1 All E.R. 464 (1951).

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ Acerca de la inducción, véase *supra* Parte II.

dar mucho espacio, por tanto, para calificar al que coopera mediante apoyo moral como cooperador necesario.⁵⁵

El último grupo de casos de cooperación mediante acciones afirmativas constituye una categoría residual que abarca cualquier supuesto de cooperación mediante la prestación de un bien o servicio que no pueda ser resuelto apelando a las reglas elaboradas para los tres grupos de casos discutidos anteriormente. Entiendo que la determinación acerca de si la cooperación en este tipo de supuesto ha de calificarse como necesaria o no necesaria debe depender de la escasez o abundancia del bien. Si el bien provisto por el cooperador en estos casos es abundante, debe concluirse que su cooperación es no necesaria. Sin embargo, si el bien provisto por el cooperador en estos supuestos es escaso, debe considerarse que su cooperación es necesaria. La teoría de los bienes escasos ya fue objeto de discusión en la Parte III(e) de este artículo.

G. *¿Cooperación necesaria mediante omisión?*

En ocasiones el cooperador contribuye al hecho delictivo mediante una omisión. Se trata de casos en que la asistencia del cooperador consiste en no realizar una acción que pudo haber obstaculizado la consumación del hecho delictivo por parte del autor. Los siguientes ejemplos constituyen supuestos de cooperación mediante omisión:

- (1) Una madre observa pasivamente a su hija mientras ésta es agredida por un amigo. La madre no intenta evitar la agresión de su hija a pesar de que pudo haber hecho algo para impedirlo
- (2) Un policía observa a un individuo que se dispone a dispararle a otro y no hace nada para evitarlo, a pesar de que pudo haber hecho algo para impedirlo
- (3) Un guardia de seguridad privado está encargado de asegurarse que un peligroso paciente que reside en un hospital para enfermos mentales no se escape y le cause daño a terceros. Mientras el guardia escoltaba al paciente a un edificio del hospital, el paciente se escapa debido a que el guardia no tomó las medidas necesarias para controlarlo adecuadamente. El paciente procede a agredir a un visitante mientras el guardia observa lo que acontece, sin intentar evitar la agresión

En los tres casos la persona que omite actuar para impedir el delito tiene un deber jurídico de actuar para evitar que hagan daño a la víctima. El deber jurídico en el primer ejemplo surge por estrecho vínculo familiar que existe entre el omitente (madre) y la víctima (hija). En el segundo caso el deber jurídico surge del requisito impuesto por ley de proteger a la ciudadanía de los actos delictivos

⁵⁵ Esencialmente de acuerdo con la propuesta que aquí se defiende, véase Joshua Dressler, *Reforming Complicity Law: Trivial Assistance as a Lesser Offense*, 5 OHIO ST. J. CRIM. L. 427, 441 (2008).

de terceros. El deber jurídico en el tercer caso surge de la obligación asumida por el guardia privado de evitar que el paciente le cause daños a terceros. Si se presume que en cada supuesto el omitente tenía conocimiento de su deber y conocía que su omisión de alguna manera facilitaba la consumación del delito,⁵⁶

⁵⁶ De conformidad con el Artículo 44 del Código Penal de 2004, es cooperador “quien, *con conocimiento*, contribuye de cualquier otro modo a la comisión del delito”. *Id.* No queda claro lo que significa cooperar *con conocimiento* en este contexto. Evidentemente, el cooperador debe conocer *algo* acerca de la naturaleza de su cooperación y de la manera en que su cooperación incide sobre la conducta del autor. Sin embargo, lo importante en este contexto es concretar qué específicamente es lo que debe conocer el cooperador.

A mi juicio, el cooperador debe tener conocimiento de dos cosas. Primero, debe conocer que el autor está llevando a cabo una conducta que crea un riesgo sustancial de producir un hecho delictivo. Segundo, el cooperador debe conocer que su conducta de alguna manera facilita la producción del hecho delictivo. Este es el entendido general que se tiene sobre este asunto en los Estados Unidos. A estos efectos, en el normativo caso de *People v. Wheeler*, la Corte Suprema de Colorado expresó que:

Para que una persona sea culpable de homicidio bajo una teoría de complicidad no es necesario que se pruebe que el sujeto conocía que la conducta del autor causaría la muerte de la víctima. Sin embargo, el cómplice debe conocer que el autor está llevando a cabo una conducta que se desvía sustancialmente del estándar de cuidado que observaría una persona razonable y que como consecuencia de ello existía un riesgo sustancial e injustificado de que se le causara la muerte a la víctima.

772 P.2d 101 (Colo., 1989) (traducción suplida). Debe señalarse, además, que en casos de cooperación por omisión el cooperador también debe conocer las circunstancias que generan el deber jurídico de actuar. Así, por ejemplo, si se trata de un padre que no protege a su hijo de la agresión de otro, el padre debe conocer el hecho de que la persona agredida es su hijo.

En *Sustache* el Tribunal Supremo explicó que el conocimiento con el que debe actuar el actor es el mismo conocimiento que convierte a su acción en una *dolosa*. *Sustache*, 2009 TSPR 119, en la pág. 66 (“[l]os estudiosos del Derecho Penal coinciden en que ‘la única participación punible es la participación dolosa en el hecho doloso del autor’. *En el caso del cooperador, hay que precisar la fuente de conocimiento que imparte a su participación la cualidad de dolosa*”). *Id.* en las págs. 66-67 (notas omitidas) (énfasis suplido).

Como bien es sabido, *dolo* es sinónimo de *intención* y la *intención* puede manifestarse mediante:

- (1) el propósito de cometer el hecho delictivo (“purposely” bajo el Código Penal Modelo o “dolo directo de primer grado” según la teoría continental del delito – Art. 23(a) del CP 2004)
- (2) el conocimiento de que la producción del hecho delictivo es una consecuencia natural del acto (“knowingly” bajo el Código Penal Modelo o “dolo directo de segundo grado” según la teoría continental del delito – Art. 23(b) del CP 2004)
- (3) el conocimiento de que la producción del hecho delictivo es una consecuencia probable del acto (“recklessly” bajo el Código Penal Modelo – Art. 23(c) del CP 2004)

Por ende, las expresiones del Tribunal Supremo acerca de que el conocimiento del cooperador es aquel que convierte en su acción en una *dolosa* sugieren que el conocimiento que se requiere del

no existen razones de peso para negarse a calificar a los omitentes en estos casos de *cooperadores*. Esto es compatible con lo que resolvió el Tribunal Supremo en *Pueblo v. Sustache* en una situación similar a la descrita en el segundo ejemplo mencionado.⁵⁷

Como puede verse, admitir la cooperación mediante omisión no supone mayores problemas. El problema principal radica, sin embargo, en determinar si quien coopera mediante omisión debe considerarse cooperador necesario o cooperador no necesario. Desafortunadamente, las cuatro categorías elaboradas en la sección anterior no son de gran utilidad, puesto que éstas suponen que la ayuda prestada por el cooperador consiste en una acción afirmativa. La teoría de los bienes escasos tampoco resuelve el problema, ya que la omisión en este tipo de caso no puede catalogarse como la prestación de un bien o servicio. Para resolver este tipo de caso se requiere, por tanto, una elaboración teórica ulterior.

A mi juicio, es importante distinguir en este tipo de caso entre omisiones que constituyen un quebrantamiento de un deber de protección de los intereses

cooperador puede ser el que fundamenta cualquiera de las tres formas del dolo o la intención que se acaban de discutir. Consiguientemente, podría sostenerse que un cooperador actúa con *conocimiento* a los efectos del Art. 44 si *conoce* que una consecuencia probable de la conducta del autor es que se produzca el hecho delictivo (Art. 23(c)). Esta es la solución que defiendo en este artículo.

Debe señalarse, sin embargo, que luego de expresar que el conocimiento con el que debe actuar el cooperador es el mismo conocimiento que caracteriza a la conducta dolosa o intencional (es decir, el conocimiento que sirve de base a la intención en sus tres modalidades), el Tribunal Supremo sugiere que “el conocimiento de las circunstancias que tiene el cooperador es *lo que define que el hecho punible sea una consecuencia natural de su conducta*”. *Sustache*, 2009 TSPR 119, en la pág. 66. Estas expresiones sugieren que el cooperador debe actuar con el estado mental conocido como *knowingly* y preceptuado en el CP 2004 en el Art. 23(b). El problema es que estas expresiones del foro supremo están en tensión con su señalamiento de que el conocimiento con el que debe actuar el cooperador es el conocimiento que convierte a una conducta en intencional, puesto que este último señalamiento implica que basta el conocimiento que sirve de base para la *recklessness* como forma de la intención (Art. 23(c)).

Como puede verse, el foro supremo hace expresiones discordantes en cuanto a cual debe ser el conocimiento con el que actúa el cooperador. En ocasiones sugiere que basta con el conocimiento que sirve de base a la *recklessness* (Art. 23(c)), pero en ocasiones sugiere que se requiere el conocimiento que sirve de base al *knowingly* (Art. 23(b)). En vista de que considero que la cooperación consiste en intencionalmente ayudar al autor, me parece que el conocimiento con el que debe actuar el cooperador es el que sirve de base a la *recklessness* (Art. 23(c)). Esta, por cierto, es la manera en que el Juez Presidente señor Hernández Denton interpreta la Opinión del Tribunal en su voto de conformidad (expresando que el conocimiento con el que debe actuar el cooperador se satisface con prueba de que el cooperador “había previsto subjetivamente la posibilidad de que mediante su conducta cooperadora se produjera la situación de riesgo que generó el hecho delictivo”). *Sustache*, 2009 TSPR 119, en la pág. 15 (Op. de Conformidad del Juez Presidente señor Hernández Denton). Coincido con la interpretación que hace el Juez Presidente Hernández Denton de la Opinión del Tribunal.

⁵⁷ En síntesis, el Tribunal Supremo resolvió en *Sustache* que para imponer responsabilidad por cooperación mediante omisión debe probarse que: (1) el cooperador tenía un deber jurídico de actuar, (2) que el incumplimiento de dicho deber jurídico de alguna manera facilitó la comisión del delito, y (3) que el cooperador tenía conocimiento del deber jurídico de actuar y de que era probable que su incumplimiento de alguna manera facilitaría la comisión del delito.

de determinado individuo y omisiones que suponen un quebrantamiento de un deber de controlar la conducta de determinado individuo. La distinción entre deberes de proteger y deberes de controlar forma parte del derecho común de daños anglosajón. Se está ante un deber de proteger cuando la obligación del sujeto consiste en evitar que sufra daños determinada persona con quien tiene un vínculo especial. El caso paradigmático es el de la madre con su hijo, pues el deber de la madre consiste en tomar medidas razonables para evitar que su hijo sea lesionado. Otro ejemplo de un deber de proteger es la obligación que tiene un guardaespaldas de prevenir que quien lo contrató sufra daños a manos de terceros. Por otra parte, se está ante un deber de controlar cuando la obligación del sujeto consiste en hacerse cargo de una persona con propensiones peligrosas para evitar que ésta le cause daños a terceros. En palabras del *Restatement (Second) of Torts*, “[q]uien se hace cargo de una persona [sabiendo que] es probable que la persona causará daño físico a terceros si no es controlada, tiene el deber de controlar a la persona para impedir que ésta cause daños a terceros”.⁵⁸ El caso típico es el de quien se encarga de un paciente en una institución mental o quien se encarga de prisioneros en una cárcel. En este tipo de supuesto el deber no consiste en proteger a determinada persona de ser lesionada, sino en prevenir que cierta persona lesione a otro. Por eso suele decirse que el deber no es de *proteger*, sino de *controlar*.

La distinción me parece importante en vista de que el grado de control que tiene el omitente sobre el acontecer delictivo varía sustancialmente en estos dos tipos de supuestos. Más específicamente, entiendo que el grado de control del omitente en casos en que tiene que proteger a la víctima es mínimo. Se trata de situaciones en que el omitente no tiene la responsabilidad de hacerse cargo del autor, de modo que no cabe sostener que el omitente contribuye a originar el peligro a la víctima. La cooperación del omitente en estos casos no consiste, por tanto, en contribuir a originar el peligro, sino en no obstaculizar la conducta delictiva de otro.

Sin embargo, el grado de control que tiene el omitente sobre el curso de acción delictivo del autor en casos en que tiene que controlar al autor es significativamente mayor del que protege a la víctima. Como se señaló anteriormente, el omitente tiene un deber de controlar al autor precisamente porque ha decidido asumir la responsabilidad de prevenir que el autor le cause daño a terceros. Por tanto, el peligro a la víctima en este tipo de casos se origina no sólo en el comportamiento antijurídico del autor, sino también en el quebrantamiento del deber del cooperador de controlar al autor. Consiguientemente, la cooperación del omitente en estos supuestos no consiste meramente en no obstaculizar la conducta antijurídica del autor, sino también en contribuir a originar el peligro a la víctima al permitir que el autor pueda hacerle daño a ésta.

En fin, el omitente que tiene un deber de controlar domina el acontecer delictivo más que el que tiene un deber de proteger, pues es responsable tanto de

58 RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 319 (1965).

no impedir la comisión del delito como de permitir que el autor cometa el delito. Su control sobre la situación delictiva se extiende no sólo al momento de la comisión del hecho, sino también a momentos anteriores a la comisión del delito.

Dado a que el omitente que tiene que proteger a la víctima tiene un grado de control mínimo, se le debe de calificar como cooperador no necesario. Se trata de casos en que resulta probable que el delito se hubiese cometido independientemente de la conducta del omitente, puesto que el peligro a la víctima es creado por el autor y no queda claro que luego de creado el peligro el omitente hubiese podido evitar la consumación del delito. Por tanto, me parece que tanto la madre en el primero de los casos discutidos anteriormente como el policía en el segundo son cooperadores no necesarios de la agresión cometida por el autor, pues tenían un deber de proteger a las víctimas mas no tenían un deber de controlar a los autores.

No obstante, dado a que el omitente que controla al autor tiene mayor dominio sobre el curso del acto delictivo, se le puede considerar cooperador necesario. En estos casos el omitente contribuye a la creación del peligro y, por tanto, puede argumentarse que el autor no hubiese podido consumir el delito si el omitente no hubiese quebrantado su deber de controlar. Es decir, resulta probable que si el cooperador no hubiese dejado escapar al autor, éste no hubiese podido lesionar a la víctima. Consecuentemente, puede argumentarse que la contribución del omitente en este tipo de caso es *esencial o necesaria* para la consumación del delito. Empero, entiendo que el que coopera mediante omisiones consistentes en el quebrantamiento de un deber de controlar solamente se debe considerar cooperador necesario si se satisfacen tres criterios adicionales: (1) debe constatarse que el omitente tenía conocimiento de que el autor se escapó de su control; (2) debe probarse que el omitente era consciente de que el autor se disponía a causarle daño a una víctima en particular, y (3) debe constatarse que el omitente tenía la capacidad para prevenir la consumación del delito y que a pesar de ello no lo hizo. Si están presentes estos requisitos me parece sensato concluir que el omitente *aceptó como suyo* el comportamiento del autor y, por ende, merece ser castigado como si fuera autor (como cooperador necesario). En vista de que me parece que estas condiciones se satisfacen en el tercer ejemplo discutido anteriormente, entiendo que al guardia privado debe considerarse cooperador necesario del delito cometido por el paciente.⁵⁹

CONCLUSIÓN

En este artículo he intentado elucidar brevemente los preceptos del CP 2004 que regulan la autoría y la participación. He intentado, además, proporcionar

⁵⁹ El paciente, claro está, podría no ser hallado responsable debido a incapacidad mental. Sin embargo, en vista de que la incapacidad mental constituye una causa de exculpación que no elimina la antijuricidad de la conducta del autor, el omitente puede ser considerado cooperador del acto antijurídico del paciente aunque éste no pueda ser castigado en vista de su incapacidad mental.

una serie de criterios que espero ayuden al juzgador a distinguir entre cooperaciones necesarias, que deben castigarse con la misma pena que se reserva para el autor, y cooperaciones no necesarias, que deben castigarse menos severamente. Entiendo que éste es el reto principal que supone la nueva regulación de autoría y participación.

Debe señalarse, sin embargo, que seguramente hay casos de cooperación mediante acciones u omisiones que no pueden subsumirse dentro de las cinco categorías elaboradas en este artículo. Cuando ello ocurra, el juzgador debe hacer un esfuerzo por distinguir entre cooperaciones de importancia que suponen la remoción de un obstáculo serio para la comisión del delito (cooperaciones necesarias) y cooperaciones de poca monta que no suponen la remoción de un obstáculo sustancial a la consumación del delito (cooperaciones no necesarias). Para evitar confusión, entiendo que el análisis no debe girar en torno a qué hubiese ocurrido sin la ayuda del cooperador, sino en torno a si la ayuda del cooperador puede considerarse de especial importancia a la luz del plan del autor, en casos de acciones, o en torno al grado de control que tenía el cooperador sobre la conducta del autor, en casos de omisiones. Se trata de una determinación que dependerá en última instancia de la discreción y el sano juicio del juez o jurado.