

CONCLUSION

Del análisis del origen y alcance de las Garantías Constitucionales que conforman el "Orden público económico" se desprende:

- 1.— Que ellas tienen como límite los "Intereses Generales de la Nación", noción que es sinónimo de "Bien común" y que el constituyente, en ciertos pasajes, lo equipara al concepto de "Seguridad Nacional", aún cuando en este aspecto la historia de la ley es más bien oscura;
- 2.— Que le corresponde al legislador determinar cual es el "Bien común" o en otras palabras cuales son los "Intereses Generales de la Nación";
- 3.— Que el No 21 del artículo 19 de la Constitución, es la piedra angular del Orden Público Económico por consagrar el principio de subsidiariedad, el cual, en términos generales subsume todas las demás Garantías Constitucionales. Este principio emana del concepto de libertad individual, del cual, a su vez, emana el concepto de libertad de trabajo, género al cual pertenece la especie "Actividad Económica". En consecuencia, toda limitación que se haga al género se aplica a la especie, de donde se deriva que corresponde a la ley precisar en cada actividad económica, cuál es "El interés General de la Nación" que la encuadra; y
- 4.— Que la autoridad jurisdiccional (es decir los Tribunales de Justicia) es la llamada a pronunciarse sobre si la regulación impuesta por la ley a las Garantías Constitucionales que configuran el "Orden Público Económico" afectan su esencia (No 26 del artículo 19 de la Constitución).

GAUETA JURIDICA XI - 1986 / N.º 68

La Noción de Autor en el Código Penal Chileno.

MIGUEL SOTO

Magister Derecho Penal, U. de Chile

Sumario: (I) Introducción; (II) El origen del artículo 15; (III) La doctrina tradicional; (IV) El artículo 15 y el dominio del hecho; (V) La posición de Yáñez; (VI) La posición de Curry; (VII) La posición de Garrido; (VIII) El concepto de autor y el tipo penal; (IX) El concepto de autor y la interpretación del artículo 15; (X) La noción de autor, en los delitos dolosos de acción en el Código Penal Chileno.

I. INTRODUCCION

En nuestro país, donde —como hemos tenido ocasión de apuntar con anterioridad— el estudio dogmático del derecho penal parece estar en franco retroceso, olvidando el lugar de privilegio que alguna vez ocupó en el ámbito latinoamericano, sorprende gratamente al ingente laborius publicista de Mario Garrido Montt.

Al interés que sin duda suscita el que un autor versado en la dogmática penal, exprese, a despecho de la generalizada —y quizás justificada— falta de motivación, su competente y, lo que es más importante, original opinión, acerca de algunos de los aspectos nucleares de nuestra disciplina; debe sumársele, que dicho autor es un juez de larga y prestigiosa trayectoria.

Lo anterior, pone su trabajo a salvo, de la tan repetida como falaz objeción, de referirse a problemas "puramente teóricos o doctrinarios".

Quienes, con una pertinacia sólo equiparable a su ignorancia, repiten esa crítica pretenden, con el sólo recurso a esa fácil excusa u otras semejantes, restar toda racionalidad y coherencia al pensamiento jurídico y a la decisión judicial, para de esta forma, quitando a la dogmática jurídica su única razón de ser, dejar el paso libre, a la arbitrariedad y al abuso.

Unos tales "críticos", encontrarán, sin duda, en el trabajo que nos ocupa, una contundente

réplica y un serio intento de arribar a soluciones más racionales y por lo tanto relativamente más justas, en problemas que ellos, para su propia conveniencia, quisieran dejar entregados a la irracionalidad y, por ende, a la parcialidad injusta.

El trabajo de don M. Garrido, que motiva estas notas (1), "Etapas de ejecución del delito. Autoría participación" (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1984), se justifica, ya, por la sola consideración, de su seriedad.

Podrán compartirse o no sus —en más de algún caso atrevidas— posiciones y presupuestos dogmáticos; pero, en el futuro, ni aún quienes disienten de ellos, como es en muchos aspectos nuestro caso, podrán pasarlo por alto, si quieren abordar los temas que él toca, con un mínimo de rigurosidad.

Lo anterior, y sin considerar siquiera la relevancia del tema, explica por sí solo nuestro intento de exponer el estado actual de la elaboración dogmática, en torno a la noción de autor, en los delitos dolosos de acción, comunes, en nuestro Código Penal.

Se excluyen, por tanto del presente trabajo, los problemas a que dicha noción da lugar, en el ámbito de los delitos culposos —que a nuestro entender no admiten participación— en el ámbito de los delitos especiales —excluyéndose, entonces también, el problema de la comunicabilidad— incluidos los de comisión por omisión y, en fin, en el de los delitos de omisión propia.

Tal exclusión, sin embargo, no supone pronunciamiento alguno en relación a aquellas posiciones, que, supuesta la vigencia de la teoría del dominio del hecho —a lo menos en cuanto

(1) Con anterioridad, el autor había escrito dos monografías sobre aspectos de la parte especial, sobre los delitos contra el honor —según él, en lo que con el sistema en ella adoptado dice relación, una obra de juventud— y en 1976 sobre las figuras penales del homicidio.

principio rector— como criterio básico, postulan distinguir; en el ámbito de autoría participación, entre tipos en que el autor se define, precisamente, por el dominio de hecho, y otros, en que por expreso imperativo típico, entrarían a jugar para ello criterios diversos. (Sobre ello, vid., por todos, Gómez B., 1984, págs. 114 y sgtes., y bibliografía ahí cit.).

Cierto es, que fuera de los delitos imprudentes—donde, hoy en día, es relativamente pacífico, que no puede haber participación (Cfr. M. Garrido, 1984, págs. 276-80)— los restantes ámbitos típicos excluidos de este trabajo, son precisamente aquellos en que se postula que la autoría debe definirse por criterios típicos dentro del dominio del hecho, destacadamente por la lesión de un deber específico; mas, ello se debe solamente a que es nuestra intención reconducir la discusión, a aquel ámbito, en que todos los que aceptan la antes referida teoría, están contestes en su vigencia.

Tal restricción se justifica, porque no es nuestra intención demostrar la vigencia absoluta y amplia de dicha teoría, para la totalidad de los tipos penales; sino, por el contrario, dejar establecido, que aún en el evento que se acepte la existencia de ámbitos típicos, en que la autoría se define por otros criterios, siempre será el dominio del hecho el criterio básico y fundamental. (No, el único) para definirla, en todos aquellos tipos—lógica y estadísticamente, la mayoría— en que los mismos no supongan la entrada en juego de otros factores—particularmente, la exigencia de que el autor revista determinada calidad—, que la desplacen.

Paralelamente debe tenerse presente que en nuestro medio, y en el hispanoamericano en general, no son las restricciones aludidas las que han sido objeto de discusión, sino que directamente se ha cuestionado, o simplemente rechazado, la vigencia de la teoría del dominio del hecho, como criterio básico para definir la autoría (1).

En suma, lo que este trabajo pretende demostrar, es que aunque se pueda aceptar que en determinados tipos la figura del autor, se define por el legislador con arreglo a criterios tales como: la lesión de un deber específico—en ge-

(1) Cfr., por ejemplo, M. Garrido M., op. cit. págs. 236 y sgtes.; M. Cobo del Rosal, T.S. Vives A., "Derecho Penal", P.G., Valencia, 1984 págs. 620 y sgtes. y bibliografía ahí cit.

neral delitos especiales—, o la necesidad de una actuación de propia mano, no pudiendo ser autores, aunque tengan el dominio del hecho, quienes no reúnan dichas características (2) siempre, en todos los restantes—y eventualmente, también en los excluidos— en supuestos de coautores "intrañeus"—, el criterio del dominio del hecho, será el principio básico—no, el único— para establecer la figura central del tipo, el autor.

Por el contrario, la exclusión inicialmente anotada, nos priva de pronunciarnos, en uno de los problemas más trascendentes y determinantes—quizás el más trascendente— en el ámbito de la autoría mediante, cual es la utilización por el autor cualificado, de un instrumento doloso no cualificado.

En nuestra dogmática, la resolución del problema que nos ocupa obliga, a nuestro juicio, a distinguir en su evolución tres etapas nítidamente diferenciadas, cuyo centro está marcado por el conocido trabajo que Sergio Yáñez P., dedicó al tema.

En dicho trabajo Yáñez busca (3) a nuestro juicio con éxito, aplicar en relación a nuestro Código Penal, las teorías más recientes, y ampliamente dominantes en la dogmática comparada, sobre el problema

Ello, en contraposición a la situación anterior, implicaba intentar por vez primera, dar una explicación razonada y razonable de la regulación de la autoría y participación en nuestro Código Penal.

Los trabajos posteriores a éste, por su parte, tenían necesariamente que partir de él, adquiriendo de esta forma un sesgo diferente el tratamiento del tema; en cuanto no se trataba ya de dar una competente explicación de los distintos supuestos legales, aisladamente considerados, sino de pronunciarse frente a ellos como un todo orgánico, susceptible de ser interpretado de conformidad a una precisa teoría; la teoría del dominio del hecho, en una variante de

(2) Críticamente, Vid. Quintero, 1977, págs. 38 y sgtes. y 102 y sgtes. y bibliografía ahí cit.

(3) Un trabajo similar, en relación a sus Códigos, con resultados diversos, realizaron diecinueve años antes, respectivamente, Badigaturo en la Argentina y Gimbernat en España. Y ya antes, hacia alguna moderada indicación en tal sentido, L. Jiménez de A., "La orientación moderna de las nociones de autor de la infracción y de participación en la infracción", en "El Criminalista", 1950, págs. 147 y sgtes. Vid. págs. 202 y 222.

remontan a los juristas italianos de la Baja Edad Media...; en la concepción del inductor como autor moral que era equiparado al autor material (1)...; y en la teoría de la causa necesaria o del cómplice principal" (1975, págs. 42).

Cita en tal sentido, y en apoyo de su tesis, la posición de Pellegrino Rossi—sobre cuya influencia en la doctrina española de la época, nadie hace cuestión— y el Código bávaro de 1813, que Rossi también cita y que acogían expresamente tales doctrinas.

Con ello, a juicio de Cerezo, el legislador había formulado en dicho artículo: "un concepto jurídico de autor y usó la expresión. "se considera autores" para subrayar la disconformidad entre el concepto legal y el vulgar". (a) (Cerezo, ob. cit. págs. 43). Lo que, por lo demás ya había sido advertido por Pacheco, en su sobradamente conocido comentario, en relación a la referida expresión. (2)

Lo que aquí interesa destacar, es que la referida disconformidad, entre el concepto legal (jurídico) y el vulgar (natural) de autor, se centra en la equiparación del inductor al autor y en la adopción de la teoría de la complicidad necesaria de forma tal, que suprimidos aquellos, nos encontramos nuevamente ante un concepto vulgar (natural) de autor.

Ello por lo demás, y dejando por ahora de lado la referencia a la fuerza, se ve confirmado por la doctrina española tradicional, que consideraba, que sólo eran verdaderos autores los sujetos comprendidos en el No 1 del artículo 14, mismo que interpretaban acorde la teoría objetivo formal. (Cfr., Cerezo, op. y págs., cit.; Gimbernat 1966, págs. 19 y sgtes. y bibliografía ahí cit.).

Así, Antón O. señala: "En nuestra legislación las figuras de delito responden al concepto de autor definido en el No 1 del artículo 14, y los preceptos relativos a las demás especies de codeinencia son causas de extensión de la pena; esto es, hacen punibles conductas que sin dichos preceptos habrían de quedar impunes". (Antón O., "Derecho Penal", P.G., Madrid, 1949, págs. 433-4).

En suma, entonces, para dichas doctrinas, el artículo 14 No 1 correspondería al concepto

(1) Sobre ella, vid. sintéticamente, Maurach, 1966, págs. 51. Para la pervivencia de una tal doctrina, a lo menos implícitamente, hasta fecha reciente, vid. Ruiz A., 1982, págs. 189 y sgtes.

(2) En el mismo sentido, Mir P., opone, ontológico a legal. Vid. Mir P., 1983, págs. 147 y sgtes.

la misma muy cercana a la sustentada por Welzel, particularmente en lo que con la relevancia del elemento subjetivo dice relación. (Cfr., Welzel, 1970, págs. 154 y sgtes.).

Cabe apuntar, finalmente, que a nuestro entender, el planteamiento de Yáñez, junto con sentar las bases para una adecuada solución al problema, sigue siendo—diez años después— el que más cerca está de lograrlo, según tratemos de demostrar aquí.

Las críticas y planteamientos alternativos, que en el tiempo intermedio se han propuesto, bien han partido de un equivocado entendimiento de los propósitos y alcances de dicho trabajo—lo que los ha llevado a ver pronunciamientos del autor en favor de una determinada posición, allí donde no existe—, bien se han formulado a partir y en razón de la adopción de una sistemática diferente—con lo que la discusión a su respecto debe centrarse en esta y no en aquella—, bien, en fin, no son consecuentes con su propio punto de partida dogmático.

II. EL ORIGEN DEL ART. 15 DEL CODIGO PENAL CHILENO

Previo al estudio de los distintos planteamientos de nuestra doctrina, es necesario, a nuestro juicio, hacerse cargo de un primer antecedente, olvidado por esta—con la sola excepción, quizás, de Garrido—, cual es, el estudio del origen histórico de la disposición que en nuestro Código Penal, señala las categorías de sujeto que para efectos del mismo, "se consideran autores", el artículo 15.

Dicho artículo encuentra su antecedente directo en el artículo 12 del Código Penal Español de 1848—actual artículo 14 del Código de dicho país—, mismo que hasta hoy siguen muy de cerca, los números 1, primera parte y 2, del nuestro.

Cabe anotar también, que nuestro artículo 14 se corresponde, textualmente, con el artículo 12 del vigente Código español, lo que, según se verá luego, no carece de importancia.

El antecedente español, señalaba y señalaba: "Se considera autores: 1) Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2) Los que fuerzan o inducen a otro a ejecutarlo. 3) Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiese efectuado".

Según Cerezo: (1975, 1978 y 1982) "el legislador español se inspiró al formular el concepto de autor, en dos viejas doctrinas que se

natural de autor, mientras en los restantes numerales se definiría concepto jurídico de autor.

De los extremos antes indicados, que conformaban el concepto legal (jurídico) de autor en el Código español, sólo pasó al nuestro la equiparación de la pena del inductor, a la del autor.

Equiparación esta, que por lo demás, es habitual en la legislación comparada, y justificada —a lo menos político criminalmente— por la doctrina. (Cfr., Yáñez, 1982; Ruiz A. págs. 214 y sgtes.).

Por el contrario, nuestra comisión redactora, eliminó todas las referencias a la teoría de la causa necesaria que contenía su modelo, y con ello la figura del cooperador necesario: que tantas aflicciones ha producido a la doctrina española. (Cfr., Gimbernat, 1966, págs. 113 y sgtes. y Garrido M., ob. cit., págs. 318 y sgtes. y bibliografía ahí cit.).

Retomando los términos de la oposición propuesta por Cerezo, queda por establecer si las modificaciones y reemplazos introducidos por nuestra comisión, respondían a una o más teorías y buscaban por ende, reemplazar un concepto legal (jurídico) de autor por otro; o si por el contrario dichas modificaciones se hicieron sin tener a la vista doctrina alguna sobre la autoría, a la que ordenar, tanto el artículo en su totalidad, cuanto cada uno de los supuestos.

Obviamente, una respuesta en el segundo de los sentidos anotados, no bastaría, por sí sola, para afirmar que nuestro legislador consagró en dicho artículo, un concepto vulgar (natural) de autor; pero, sí sería suficiente para dar por establecido, que nuestra regulación legal del tema, está construida sobre la base y a partir de un tal concepto: no constituyendo las distintas hipótesis sino derivaciones, más o menos rigurosas, del mismo.

En todo evento, según es sabido, nuestra doctrina, desde antiguo, ha respondido la interrogante propuesta, en el sentido recién anotado, aunque derivando de ello otras consecuencias.

Así por ejemplo, E. Novoa señala: "Es manifiesto que al redactar los tres números de este artículo, consta, tuvieron los miembros de la comisión muy presente las explicaciones y ejemplos propuestos por Pacheco y temerosos de que el texto español no fuera suficientemente claro, lo adicionaron en sus números 1.º y 3.º, sin haber profundizado debidamente la teoría del concurso de personas. El resultado fue

una indicación de tipo empírico y un mayor ensanchamiento aún del concepto de autor" (Novoa, 1966, págs. 206-7).

De lo anterior nuestra doctrina mayoritaria —con la sola excepción de Yáñez— deriva que: "El artículo 15 se caracteriza por la gran extensión dada al concepto de autor... en desmedro de la calidad de cómplice", o, lo que es lo mismo que: "la extensión de la complicidad resulta bastante reducida, por el gran campo de la autoría". (Etcheberry, 1976, II, págs. 67 y 73).

Sin pronunciarnos, por ahora, sobre la exactitud del aserto precedente, lo que sí podemos dar aquí por establecido, es que nuestro legislador histórico, al establecer la regulación del artículo 15, no siguió ninguna de las teorías que a esa época, se habían formulado en torno a la autoría y participación; sino que, por el contrario, y apartándose del concepto legal del modelo español, operó con un criterio meramente intuitivo-empírico.

Consecuentemente, la única limitación que una interpretación objetiva del precepto encontrará, para adscribirlo a una u otra doctrina, es la representada por el texto mismo de la disposición, que, según ha puesto de manifiesto Yáñez, es incompatible con varias de las doctrinas más conocidas.

Paralelamente, sin embargo, dicho texto, formulado sobre la base de una percepción intuitiva del instituto, será naturalmente mucho más fácil de compatibilizar, con aquellas doctrinas que, antes que sobre criterios normativos, pretenden asentarse sobre criterios ontológicos, cual ocurre con la teoría del dominio del hecho, en el caso de los autores finalistas. (Cfr. Maurach, 1966, págs. 54 y sgtes.).

III. LA POSICIÓN DE NUESTRA DOCTRINA TRADICIONAL

a) Consideraciones Generales.

Con tal denominación, según se indicó, nos referimos a aquellas interpretaciones anteriores al tantas veces citado trabajo de Yáñez, que coinciden en señalar, que la regulación de la autoría y la participación en nuestro Código Penal, supone una desmesurada extensión de la primera en perjuicio de la segunda.

Una tal posición que se vislumbra ya en los comentarios de Fuenzalida y Fernández (1), al

(1) Cfr. A. Fuenzalida, "Concordancias y comentarios del Código Penal Chileno", T. I, Lima, 1983, pág. 137; P. J. Fernández, "Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado", 2da. edición, T. I, Santiago, 1899, pág. 128.

canza su cabal desarrollo dogmático, en los trabajos de Etcheberry, Cury y, sobre todo, de Novoa, siendo sin duda, este último, su mejor exponente. (1)

Paralelamente, es ese también el criterio de nuestra jurisprudencia, misma que, siguiendo la interpretación propuesta por la doctrina mayoritaria, sanciona como autores, a una serie de sujetos que, por su participación en el hecho, no pueden ser considerados tales, acorde ninguna de las teorías que al efecto se manejan en nuestro ámbito cultural; con la sola excepción, obviamente, de aquellas que sin hacer distinción alguna en el plano lógico-abstracto, dejan la misma entregada al criterio de los tribunales. (Cfr. en la jurisprudencia cit., ya por R. del Río, "Derecho Penal" T. II, 1935, págs. 252-3 y en la cit., por Etcheberry, D.P.J., T. III y por Yáñez, 1975, págs. 52-3).

Paradigmático en tal sentido, por ello probablemente de habitual cita, es la sanción como autor de un delito de homicidio, de aquel, cuya única intervención en el hecho, consistió en ahuyentar, por dos veces, a un perro, que concurría en auxilio de su amo, comprometido en una riña con un tercero, de la que en definitiva resultó su muerte.

La certeza y corrección de la interpretación propuesta por la doctrina mayoritaria, así como de las consecuencias que de la misma derivan, está evidentemente condicionada por la exactitud de los presupuestos de que ella parte, máxime, cuando el legislador histórico no los condicionó en forma alguna, según se vio; ello obliga a establecer, antes que nada, dicho presupuesto.

Efectivamente, una afirmación como la asumida por la doctrina dominante, sólo puede formularse a partir de una determinada concepción de la autoría y la complicidad, en relación a la cual pueda predicarse que las normas correspondientes de nuestro código suponen un desmesurado aumento de la primera.

Tal concepción, como se deduce de la conclusión transcrita, es la sustentada por la teoría objetivo-formal. (2)

(1) Cfr., E. Novoa, "Algunas consideraciones acerca del concurso de personas en un hecho punible", R.C.P., 1963, págs. 3 y sgtes.; del mismo, "Curso", T. II, págs. 161 y sgtes.

(2) Sobre dicha teoría, vid. Yáñez, 1982; Garrido M., op. cit., págs. 227 y sgtes.; Cury 1984, pág. 233; Gimbernat, 1966, págs. 25 y sgtes.; Maurach, 1966, págs. 53 y sgtes.; Jescheck T. II págs. 886 y sgtes.

c) La posición de Novoa:

Novoa, por su parte, haciéndose eco de las múltiples y justificadas objeciones opuestas a la teoría objetivo-formal —particularmente, en el ámbito de la coautoría y de la autoría media—, distingue, entre la noción de autor propia de los delitos de acción donde no entra en juego el problema de la causalidad y la noción de autor en los delitos de resultado; conformándose sólo en los primeros, con la concepción objetivo-formal.

Respecto de los segundos, en cambio, busca formular una teoría objetivo-material (1); lo que, por su insistencia en mantener la teoría de la equivalencia de las condiciones, sólo logra en escasa medida, arribando, en definitiva, a una concepción preponderantemente subjetivo-objetiva (2). (Cfr. 1966, págs. 169-71 y 196-7; y antes, 1963, págs. 7, 8 y 24).

Importa destacar, sin embargo, que, consciente de las debilidades de la opción elegida, procura Novoa, alejarse el mismo posible, del tipo penal; así en los delitos de acción —y con independencia, por ahora, de los requerimientos subjetivos por él exigidos— define al autor, como aquel "que en el hecho asume el papel de sujeto activo y realiza la conducta expresada en el tipo correspondiente". (1966, pág. 164).

Paralelamente, en cambio, en relación a los delitos de resultado señala: "Toda persona que pone una condición sin la cual el hecho típico no se hubiere realizado, se convierte en sujeto activo del tipo", lo que complementa, con la consideración de que "es posible prestar ayuda a la realización de un delito mediante una conducta que no sea una condición indispensable de él". (1966, págs. 165 y 169, lo en negrita es nuestro).

En consecuencia, lo que en el plano objetivo diferencia al autor del cómplice, es la virtualidad causal de sus aportes, "indispensable" en el primero, prescindible en el segundo, respecto

del cual apunta: "El hecho punible pudo ser cometido sin su concurso, aunque se hubiera hecho más difícil su realización o hubiera aumentado el riesgo para los delincuentes" (op., cit., pág. 170).

Entonces, si a su juicio para ser autor, en los delitos de resultado, "no se puede menos que poner una condición sine qua non del resultado", mientras que, por el contrario, "la relación causal no es requisito de la actuación del auxiliador o cómplice"; puede válidamente Novoa, afirmar que "la actuación del cómplice es de naturaleza diversa de la del autor". (Op., cit., págs. 169-70 y 196).

Sin embargo, y según aparece de manifiesto de lo ya expuesto, para arribar a tal conclusión, el autor en estudio ha debido, implícitamente al menos, abandonar su propio punto de partida, la teoría de la equivalencia de las condiciones. (Vid. Novoa, "Curso...", T. I, 1960, págs. 285 y sgtes. esp. 291-2 y 301-2).

Para afirmar la autoría, y por ende la causalidad, Novoa, no se conforma con la constatación de que en el caso concreto, la actuación del sujeto sea, de conformidad a la teoría de la equivalencia, una de las varias condiciones que dan origen al resultado externo; sino que exige, que dicha actuación sea, en abstracto, una condición indispensable para la concurrencia de dicho resultado.

Entonces, no se trata ya de la causalidad real, sino de una causalidad potencial, que permitirá juzgar los concretos aportes causales de los cómplices, como no indispensables para la producción del evento típico.

Así, niega la concurrencia de dicha relación, respecto de la actuación de quien facilitó el arma con que se cometió un homicidio, cuando dicho homicidio hubiera sido cometido igualmente, por quien disparó, sin la concurrencia del arma; para fundar lo cual afirma: "La actuación del delincuente principal no se desenvuelve en el marco de una física ciega, sino que va animada por un propósito delictual bien definido que puede ser logrado por vías diversas que no escapan a su inteligencia y que no desahorarán". (1966, pág. 170) (3).

En el mismo sentido, más adelante, al ocuparse de la distinción entre cómplice necesario y cómplices no necesarios, apunta: "Los casos de auxilio que en un caso particular parece in-

(3) Frente al mismo ejemplo, Vid. el acertado Juicio de Atón O. op. cit. pág. 441 párrafo 2.

dispensable, podrían muchas veces ser suplidos por un autor bien decidido, con mucha probabilidad". (Op., cit., pág. 196).

Según se ve, el juicio hipotético de causalidad, que permite diferenciar objetivamente los aportes del autor y del cómplice, está indisolublemente ligado a la determinación de la decisión de voluntad del primero de ellos.

Y es, probablemente, en este distanciamiento de la teoría de la equivalencia, donde se encuentra la explicación, de la reticencia de Novoa a pronunciarse, frente a la distinción recién anotada (op. cit., págs. 170 y 195-6; 1964, págs. 23-4) y frente a la determinación de si las disposiciones relativas a la participación, son causas de restricción o de extensión de la pena. (Op. cit., págs. 163 y 25-6, respectivamente). Más aún, en relación a lo último, a su juicio, no es ni siquiera posible, considerar las normas relativas al concurso, como un "dispositivo legal amplificador del tipo".

Paralelamente, en el, en definitiva determinante aspecto subjetivo, Novoa se adscribe a la teoría de la autonomía de voluntad, afirmando la autoría cuando esta concurre y la complicidad cuando no concurre. (1966, págs. 196-7).

Es importante consignar además que, ciertamente, Novoa es el primer autor nacional que decididamente considera, que para sancionar al autor individual no era necesario el artículo 15, pues el mismo está comprendido directamente en los tipos de la parte especial, lo que ha llegado a ser, la opinión mayoritaria en nuestra doctrina (1).

En tal contexto, las hipótesis del artículo 15, que en algún caso concreto, pueden, a su juicio, eventualmente, dar lugar a la sanción de un cómplice como autor, son aquellas comprendidas en el No 1, segunda parte y en el No 3, segunda hipótesis, donde se comprenden acciones "de las cuales no puede siempre sostenerse que hayan determinado la producción del hecho". (1966, pág. 171, lo negrito es nuestro).

Resulta así, que para el autor en referencia, la tan citada extensión de la autoría en perjuicio de la complicidad, tiene un carácter eventual

(1) Insiste nuevamente en ello, recientemente, F. Curi y "El concepto de autor, mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la Ley Penal Chilena", en "Rev. Chilena de Derecho", V. 12, No 1, 1985, págs. 35 y sgtes. esp. 41-2.

E incluso, manteniendo los mismos presupuestos interpretativos, tal eventualidad podría ser excluida, para lo cual, según se verá, bastaría con dar al artículo 15 inciso 1. una interpretación restrictiva, entendiendo que el mismo sólo se refiere a las hipótesis comprendidas en el artículo 15 No 2, segunda parte; o, agregando otros elementos de juicio, si se quiere, también a los restantes supuestos, en los casos de concurrencia de un "intranus" y un "extraneus" a la realización de un delito especial.

d) La posición de Etcheberry.

Etcheberry, parte también, de la consideración de la autoría como un problema de tipo y por ende, de un concepto objetivo-restrictivo de autor, considerado que es tal "el que ejecuta o realiza la acción descrita o provoca el resultado contemplado en el precepto respectivo". (Op. cit., pág. 59).

Según se ve, Etcheberry, formula ya una distinción análoga a la de Novoa, aceptando el concepto objetivo-formal de autor, sólo respecto de los delitos de acción.

Sin embargo, en razón de su rechazo a la teoría de la equivalencia de las condiciones, no acepta, que en los delitos de resultado (2), pueda considerarse autor a todo el que puso una condición para el acaecimiento del mismo; fundando su rechazo, en que ello lleva, como es indiscutible, a un concepto extensivo de autor.

A su juicio, "el sentido de los verbos típicos, si bien a veces es suficientemente amplio como para considerar acto típico a cualquier condición que haya contribuido al resultado, la mayor parte de las veces es más restringido de tal modo que exige una intervención personal más decisiva" (op. cit., pág. 60. Vid. también, del

(2) Entre las distinciones equivalentes que conoce la doctrina, ha llegado a ocupar un lugar de privilegio, la distinción entre delitos de acción y de resultado, particularmente por los múltiples alcances dogmáticos que admite este último término. Paralelamente contribuye a oscurecer aún más la distinción, su reemplazo o equiparación, con la distinción de raíz gremial italiana, entre delito formal y material, misma que, como señala S. Yáñez P., "obliga a precisar conceptos como forma y materia, idea y contenido, potencia y acto, y a relacionarlos con los conceptos de substancia del illetoformismo antropológico". S. Yáñez, "Delitos de mera actividad y delitos de resultado" (en preparación). Vid. también, C. Rodríguez Ramos, "El resultado en la teoría jurídica del delito", en "Cuadernos de Política Criminal", No 1, 1977, págs. 48 y sgtes.; S. Huerta T., "Sobre el contenido, material de la anti-juridicidad", Madrid, 1984 y bibliografía. ahí cit.

mismo, T. I, págs. 133 y sgtes. y "Reflexiones críticas sobre la Relación de Causalidad" R.C.P., 1959, págs. 175 y sgtes.).

Paralelamente —más preocupado por la interpretación de las normas legales, que por formular un concepto teórico de autor—, intenta demostrar que nuestra ley, para la determinación de los autores, da mayor importancia al aspecto subjetivo, el querer el hecho como propio, que al objetivo, el poner una causa; pero sin dejar de exigir este último, aunque sólo sea como cooperación psíquica.

Parece evidente, que todo aquel que participa una noción teórica de autor, preponderante objetivo o formal, como hace Etcheberry y afirma paralelamente que nuestra legislación regula la autoría, en forma preponderantemente subjetivo-extensiva; deberá concluir, necesariamente, que la regulación legal amplía desmesuradamente la autoría en perjuicio de la complicidad.

De otro lado, a Etcheberry no le queda el recurso, que si tenía Novoa, de a partir de su concepción teórica de la autoría, interpretar restrictivamente el artículo 15 inciso 1º.

En rigor y acorde su entendimiento de los distintos supuestos legales, para el autor en estudio, sólo serán autores los sujetos comprendidos en No 1 del artículo 15, que él interpreta como: "realizar por sí mismo, total o parcialmente, la acción descrita por la ley, o causar el resultado allí previsto por acto propio, sin valerse de intermediarios" (op. cit., pág. 68).

Consecuentemente, afirma por ejemplo, que el empleo de la vis compulsiva, "se comprende en la expresión forzar del artículo 15 No 2, que convierte en autor a quien se vale de ella" (página 71, lo negrito es nuestro).

e) La primitiva posición de Cury.

Por su parte Cury, en una primera época, era el autor que más decididamente asumía la interpretación mayoritaria, misma que, según se veía, aún subsiste su exposición; al punto que dividía el tratamiento de los cómplices; entre aquellos sancionados como autores, en el artículo 15 y aquellos sancionados como tales cómplices, en el artículo 16 (1969, págs. 278-9 y 1973, 269-70).

Para él, en principio, sólo y siempre son autores "estricto sensu", aquellos sujetos que realizan una parte de la acción típica; lo que se deduce, contrario sensu, de su afirmación de que la ley, con las normas relativas a la participación, "pretende alcanzar también las conductas de

cierto individuo que, sin haber ejecutado parte alguna de la acción típica, cooperan a su concreción mediante determinados actos que están finalmente orientados a ese objetivo" (1969, pág. 263; 1973, pág. 255; lo negrito es nuestro).

En un primer momento define al autor, en sentido estricto, como aquel "que ha intervenido siquiera sea parcialmente en la ejecución de la conducta típica y posee, además, el dominio subjetivo del acto". (1969, pág. 272, lo negrito es nuestro); paralelamente, busca apoyar un tal concepto, en el tratamiento del tema propuesto por Maurach, con el cual, sin embargo —particularmente, en lo que con el concepto y papel del dominio del acto dice relación— guarda el suyo importantes diferencias (1).

Según es manifestado, en un tal concepto, el llamado "dominio subjetivo del acto", juega un papel secundario, siendo lo fundamental la intervención en la ejecución de la acción típica (2), con lo cual, en definitiva, su pensamiento enlaza mucho más con la teoría formal-objetiva, que con la del dominio de hecho, misma que por lo demás, critica. (Pág. 273, ob. cit.).

Sobre tales presupuestos concluye que: "Autores en sentido estricto son sólo los que toman parte inmediata y directa en la ejecución del hecho (artículo 15 No 1, primera parte) y el que fuerza directamente a otro a ejecutarlo (artículo 15 No 2, primera parte)" (op. cit., pág. 275, con paréntesis en el original).

Cuatro años después define al autor en sentido estricto, como: "quien posee el dominio subjetivo del acto" y vincula, con reservas, su pensamiento a la teoría del dominio del hecho. (1973, págs. 263 y 265).

Sin embargo, un tal cambio de definición, tiene escasa influencia en su tratamiento de la materia; traduciéndose, en el hecho, sólo en la supresión de la exigencia negativa de que el cómplice —para ser tal—, no deba haber realizado parte alguna del hecho típico, pues en tal caso sería autor (3).

Además, por consideraciones de otro orden, agrega entre los supuestos de autoría, propia-

(1) Cfr. Maurach, 1962, págs. 305 y sgtes.; más extensamente, 1966, págs. 58 y sgtes.

(2) Comparácese, en cambio, lo expresado por Maurach, 1966, pág. 59, párrafo 1º.

(3) Ello, por lo demás es polémico, aún en el seno de la teoría del dominio del hecho. Cfr. Bacigalupe, 1962, págs. 33 y sgtes. Para la posición que hoy sustenta Cury. Véase infra V.

mente tal, "algunos de entre los que inducen directamente a otro a ejecutarlo" (op. cit., pág. 267); distíngue, para tales efectos entre instigación —inducción como forma de participación— e inducción —autoría mediata— y entiende que ambas situaciones, se encuentran comprendidas en las expresiones: "inducir directamente", empleadas por el artículo.

En suma entonces, pese a su nueva inclinación doctrinaria, en su análisis de los supuestos legales, Cury sigue empleando su criterio inicial —preponderantemente objetivo-formal—, a partir del cual, como no podía sino hacer, afirmar la desmesurada extensión de la autoría.

Conclusiones

1) Para la totalidad de los autores estudiados, con la sola excepción de Labatut, que —sin negarlo— no se pronuncia sobre el punto; el autor individual, está captado directamente en cada uno de los tipos de la parte especial.

Por tanto, para sancionar al autor individual, no es necesario recurrir al artículo 15; bastando para ello, con subsumir su conducta directamente en el correspondiente tipo de la parte especial.

Los tipos de la parte especial, contemplan al autor, bien con las expresiones neutras, "el que" o "quien"; bien con expresa referencia a la calidad que dicho autor debe reunir "funcionario público", "eclesiástico", "ministro de Estado", etc.

Con ello se está afirmando, paralela e implícitamente, que el problema de la autoría es, antes que nada, un problema del tipo penal; se está afirmando, que su lógica ubicación dogmática es la teoría del tipo y, por ende, la teoría del injusto (1).

Ello, sin duda, constituye un poderoso argumento, en favor de aquella corriente doctrinaria, que condiciona la aplicación de una determinada teoría sobre la autoría —destacadamente la teoría del dominio del hecho— a los requerimientos propios del tipo —o ámbito típico— de que se trate.

2) Paralelamente es posible establecer, que el juicio de la doctrina mayoritaria sobre los supuestos legales, se justifica y es lógicamente consecuente, de su asunción —con los matices que

en cada caso se apuntaron—, al momento de interpretarlos, de criterios preponderantemente objetivo-formales.

Efectivamente y según es pacífico, la principal crítica susceptible de formular a la teoría formal-objetiva, es precisamente la estrechez del concepto de autor manejado por esta; misma que es incapaz de captar los supuestos de coautoría.

De allí probablemente, la inclinación de la jurisprudencia comparada, particularmente la alemana, hacia la teoría subjetivo extensiva y, consecuentemente, hacia la definición de la autoría con criterios causales (2).

No se trata entonces, de que las disposiciones legales relativas a la autoría y muy especialmente, el artículo 15, supongan naturalmente y en abstracto, una desmesurada extensión de la autoría en perjuicio de la complicidad; sino que se trata de que dichos preceptos, analizados con las pautas y supuestos de la teoría objetivo-formal, suponen una tal extensión.

Lo anterior, naturalmente, no supone pronunciamiento alguno de nuestra parte, en torno al complejo problema de si la noción de autor constituye o no una noción prejurídica —natural— que en cuanto tal se imponga, al menos parcialmente determinados efectos a su regulación positiva; por ej., para los efectos de la accesoriidad de las restantes formas de concurrencia, no constitutivas de autoría.

Ello, porque, tanto si se mantiene que la noción de autor es pre o suprajurídica, como si se mantiene que ella viene dada por el legislador, que es libre para establecerla; siempre, nuestra afirmación inicial seguirá siendo válida, en cuanto ella apunta a un problema esencialmente distinto.

Lo que nos interesa destacar es que, tanto si se mantiene una como otra de las posiciones aludidas; siempre, frente a una regulación expresa del legislador, el juicio que sobre ella se pronuncie y la extensión que se le asigne a los distintos supuestos legales, vendrán determinados por la previa selección de los criterios, con los que se aborde la sistematización de dicha regulación.

Así, aun quienes mantengan que el problema de la autoría pertenece a la naturaleza de

(2) Cfr. Jescheck, op. cit., págs. 893 y sgtes.; Bacigalupe, op. cit., págs. cit., mucho antes, en el mismo sentido, con extremada claridad, H. v. Weber, 1982 págs. 587-9 esp. 588.

(1) Así, expresamente, Weizel, op. cit., pág. 142 y sgtes.; Yáñez, 1982; Muñoz Conde 1983, pág. 47. Más marcadamente aún, Gómez B. "Teoría...", págs. 109 y siguientes.

las cosas o, incluso, que la noción de autor constituya una estructura lógico-objetiva; deberá concedernos que la posición que asumen frente a determinados supuestos legales, cualquiera que estos sean, viene determinada por su adscripción inicial a una teoría.

Problema distinto, es el que, por pertenecer la autoría a la teoría del injusto, los criterios o posiciones doctrinarias que en esta última se asuman, sean vinculantes para ella constituyendo por la inversa una grave contradicción dogmática el pretender resolver la problemática del sujeto activo del tipo, con criterios distintos a los empleados para analizar este y la acción que lo constituye.

Por ello, como señala Cerezo, no puede concordarse con Maurach y Córdoba, que pretenden que el concepto de autor, se deriva directamente del concepto de acción —y entre nosotros Garrido— (op. cit. págs. 243-4) (Cerezo, 1975, págs. 50-1 y bibliografía ahí cit.).

Así por ejemplo, una consecuencia casi inevitable, del concepto de injusto manejado por la doctrina causal o clásica de la acción, es el arribar, cuando menos en los delitos de resultado, a un concepto extensivo de autor.

3) Consecuencialmente, si para el estudio de las disposiciones legales, se cambie la perspectiva y pautas de análisis, realizando el mismo desde otra u otras teorías —como lo hizo Yáñez—, es perfectamente posible y muy probable, que se llegue a conclusiones substancialmente distintas de las mantenidas por la doctrina dominante.

"Mutatis mutandi", lo mismo rige para la posición mantenida por Novoa y otros autores, en relación a los delitos de resultado, donde la validez de sus conclusiones estará condicionada a la validez de la teoría de la causalidad de la que arranca, y podrán ser compartidas, sólo y únicamente si se acepta, sin más, esta; interpretando consecuentemente, las distintas hipótesis legales a partir de ella.

Por el contrario, si en general y en relación a dichos delitos, se mantiene una distinta concepción del injusto y por ende de la autoría; naturalmente, serán diferentes los resultados a que se arribe, o, cuando menos, sus fundamentos.

Lo anterior, por obvio, no requiere a nuestro juicio de demostración adicional alguna, en cuanto no es sino una lógica consecuencia de la

forma cómo opera el pensamiento dogmático. (1)

Efectivamente, según es sabido, la característica básica del pensar dogmático "es la prohibición de la negación: la no negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación. (2)

Si dicha prohibición de retorno, en lugar de referirla a la proposición normativa, la referimos a los criterios interpretativos, aparece como evidente, que una proposición interpretativa cualesquiera, sólo podrá compartirse —bien en sus conclusiones bien en los fundamentos de éstas, o en fin, en ambos aspectos—, en cuanto se acepte, en lo fundamental, el punto de partida en que se sustenta.

Naturalmente, ello implica aceptar que: "en realidad, las cadenas argumentales que culminan en la aplicación de una disposición legal a un suceso determinado no parten o, si se quiere, no comienzan en la ley positiva, sino en una serie de axiomas en los que se considera que la ley positiva reconoce su fundamento. El hecho, ya apuntado, de que las leyes penales pueden ser explicadas a partir de fundamentos distintos, y por lo general excluyentes, pone de manifiesto, entonces, que el punto de partida de las cadenas argumentales de la dogmática penal requiere una decisión del intérprete por uno de los fundamentos posibles. El único límite que existe para esta decisión es que el texto del Derecho positivo puede presentarse como deducible del fundamento elegido". (3)

En todo evento, en relación al problema que aquí nos ocupa —verdadero ejemplo de texto de las vicisitudes que debe soportar el razonamiento dogmático—, la mejor demostración de la exactitud de nuestra afirmación inicial, nos la proporciona nuestra doctrina. Piénsese solamente en los cambios que, según se ha visto y se verá, ha experimentado el pensamiento de Cury, frente a unos supuestos legales que en el inter-

(1) Sobre ello Vid. N. Lumnani, "Sistema Jurídico y dogmático jurídico", T. I de Otto, Madrid 1983; W. Hassemer, "Fundamentos del Derecho Penal", Tr. F. Muñoz C. L. Arroyo Z., Barcelona, 1984, págs. 250 y sgtes. Mir P., "Sobre la posibilidad y límites de una Ciencia Social del Derecho Penal", Barcelona, 1984. E. Bacigalupo, "Delito y Punibilidad", Madrid, 1984.

(2) Lumnani, op. cit., pág. 27.

(3) Bacigalupo, op. cit., pág. 25.

muy definida corriente doctrinal, a partir de la cual, sólo restaría un supuesto legal en que un partícipe es sancionado como autor.

Cabe, sin embargo, aclarar desde ya, en relación a esta exposición, algunos extremos que parecen haber enturbiado su recto entendimiento:

i) La misma no pretendió ser nunca, una acabada exposición de la teoría del dominio del hecho, que, por el contrario, da por sobreentendida.

Más aún, el autor, ni tan siquiera toma decidido partido por ninguna de las variantes que dicha teoría admite; limitándose a recoger de cada una aquellos aspectos que a su juicio, son compatibles con la regulación legal, de forma tal que puedan entenderse recogidos por esta.

Obviamente, lo anterior no obsta a que a lo largo de la exposición, queden de manifiesto las preferencias del autor, particularmente, cuando toma partido en puntos que para lo que constituye el objeto de su trabajo, pueden estimarse como no disputados. Así ocurre por ejemplo, con el fundamento que se invoca para optar por la teoría del dominio del hecho, mismo que se encuentra mucho más cerca de los postulados normativos y político-criminales invocados por Roxin (2), que de los criterios ontológicos invocados por Welzel y, más marcadamente aún, por Maurach.

Algo similar ocurre con la extensión y alcances asignados a la teoría, pues se deja expresa constancia, citando al efecto a Roxin, que el criterio del dominio del hecho constituye sólo "un principio rector" (1975, pág. 63), admitiendo así, implícitamente, que —cual sostiene el autor citado— el mismo puede ser complementado, y aún desplazado, por otros criterios o principios cuando las mismas consideraciones normativas y político criminales que determinaron su vigencia, así lo impongan.

En suma entonces, y sin perjuicio de lo expuesto por el autor en el párrafo final de su trabajo, a nuestro entender, su concepción del dominio del hecho, se acerca mucho más a la de Roxin que a la de Welzel; no constituyendo su única concesión a criterio de este último una opción personal, sino una que, según él, vendría impuesta por el texto legal.

(2) Cfr. Roxin, "Política criminal y sistema del derecho penal", Tr. F. Muñoz C. Barcelona, 1973, págs. 47 y sgtes.

ii) El autor no busca tampoco hacer un exhaustivo análisis de los distintos supuestos legales, sino sólo, enfrentar al criterio de la doctrina dominante, uno distinto, que permitiría una mejor interpretación de la regulación legal en su totalidad.

Tal es así que en el hecho, sólo dedica su atención a aquellas hipótesis en que dicha doctrina quería ver una ampliación de la autoría y se la dedica únicamente lo necesario para poner una interpretación distinta.

Por ende, este trabajo no pretende, como incidentalmente se ha entendido, cerrar la discusión en torno a los supuestos legales, sino por el contrario, sentar una base sólida que permita interpretar los mismos de forma tal, que captando la multiforme realidad fáctica de la autoría, se eviten indeseables consecuencias político-criminales.

b) Los presupuestos teóricos.

Supuesto lo anterior, cabe ocuparse de los presupuestos teóricos sobre los que Yáñez construye su proposición interpretativa y de cuya aceptación depende la mayor o menor aceptación de esta.

1) La función de garantía del tipo penal, que obliga a construir un concepto restrictivo de autor, a partir de él.

2) La consideración de que la figura del autor, el menos y decididamente el autor individual, viene captada directamente en los tipos de la parte especial.

3) Un decidido rechazo de la concepción objetivo-formal, al momento de diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos, en la teoría de las formas imperfectas de realización de los tipos (1).

4) La aceptación de la distinción, entre acciones ejecutivas típicas y acciones simplemente ejecutivas (2).

5) La aceptación consecuencial, de la distinción entre quienes realizan la acción típica propiamente tal y quienes realizan solamente acciones ejecutivas.

(1) Sobre ello, vid. Garrido, op. cit., págs. 78-9 y bibliografía ahí cit.

(2) Sobre ello, vid. Gimbernat, 1966, págs. 93 y sgtes. En contra: Cerezo, 1975, págs. 44, nota 9, 1979, págs. 645, nota 9; Cury, "El concepto...", pág. 41, nota 25. Cabe advertir, sin embargo, que una tal distinción es susceptible de ser mantenida, tanto desde una concepción objetivo-material, como desde una objetivo-individual; como por lo demás lo reconoce Cerezo, al criticar también, las concepciones que en relación a la tentativa sustentaba Frank y Welzel.

6) La aceptación; por imperativo del texto legal, de la tesis preponderantemente subjetiva de Welzel y Bockelmann, en materia de coautoría; que permite, por considerar autor, a quien sólo realiza actos preparatorio o de mero auxilio (3).

7) La afirmación de que existe una diferencia substancial, entre el concierto o confabulación que une a los coautores y el mero acuerdo que une a los cómplices, aunque no especifica en qué consiste ésta.

8) Finalmente, opera también con la distinción, propuesta por Roxin, entre tres distintas formas que puede asumir el dominio del hecho (4).

i) Dominio de la acción, en el caso de la llamada autoría directa, ejecutiva o propiamente tal.

ii) Dominio de la voluntad, en los supuestos de autoría mediata.

iii) Dominio funcional del hecho, la coautoría.

c) La interpretación del artículo 15 No 1.

A juicio del autor la interpretación que la doctrina dominante hace del artículo 15 No 1 segunda parte, efectivamente puede llevar a sancionar como autores a meros cómplices —como por lo demás de hecho ha ocurrido—; mas, considera también que dicha interpretación no se complace con el texto legal.

Por ende, en esta hipótesis, la extensión de la autoría denunciada, proviene de una errada interpretación del texto legal, que interpretado correctamente es más bien restrictivo, aún desde la óptica de la teoría objetivo-formal.

Según él, la doctrina dominante arribaría a la conclusión referida, por pasar por alto un aspecto fundamental de la disposición, cual es la exigencia contenida en la primera parte de la misma, referida a la significación que debe tener la actividad desplegada por el agente, en relación a la consumación del delito.

Efectivamente, no cualquier "impedir o procurar impedir que se evite", es suficiente para que entre a jugar la disposición; —en cuyo caso sería acertado el juicio de la doctrina dominante— sino que ésta exige, que se trate de un "impedir o procurar impedir que se evite", que a la vez sea una acción típica.

(3) Vid. Welzel, 1970, pág. 159, op. cit., págs. 158-4.

(4) Vid. Roxin, 1970, págs. 62 y sgtes.; Gómez B. 1984, págs. 108 y sgtes.

a pesar de tomar parte en la ejecución del hecho no lo hace en ninguna forma de las señaladas en el No 1 del artículo 15 (1975, pág. 58).

Con ello, este primer numeral del artículo 15, resulta más bien restrictivo, aún para la concepción objetivo-restrictiva del autor; sin embargo, una tal limitación resulta plenamente compatible, con aquellas concepciones que, dentro del marco de la teoría del dominio del hecho, aceptan que, excepcionalmente, la realización de propia mano de algún elemento del tipo, pueda no implicar un tal dominio, ni, consecuentemente, la calidad de autor (3).

A nuestro entender, tal posibilidad sólo puede aceptarse, limitadamente y previa formulación de algunas precisiones a su respecto.

i) Obviamente, para que ella se plantee, un tal partecipe no debe haber actuado en el marco del concierto previo que conforma y exigen las hipótesis de dominio funcional del hecho —en todo caso, subsumibles directamente en el tipo penal— y el artículo 15, No 3, del Código Penal.

ii) Se trata entonces de una situación residual y excepcional, que exige la concurrencia de a lo menos tres requisitos:

A) Realización de acciones ejecutivas.

B) Que dichas acciones ejecutivas, no sean subsumibles en ninguna de las hipótesis del artículo 15 No 1 —que, en todo evento, implican el dominio del hecho.

C) Que no se haya actuado, en el marco de un previo concierto con otros autores.

iii) Sólo supuesto lo anterior, cobra a nuestro juicio importancia, el determinar si dichos partecipes tienen o no el dominio del hecho.

Y ello tiene importancia, porque la conducta de un tal partecipe, puede todavía ser subsumida, directamente, en el correspondiente tipo penal; lo que bien puede hacerse depender de que el mismo tenga, efectivamente, el dominio del hecho.

En suma entonces a juicio de Yáñez, el artículo 15 No 1; comprendería las hipótesis en

(3) El punto en todo caso es polémico, y ha dado lugar a pronunciamientos encontrados en la doctrina. Así por ejemplo, consideran que la realización de un elemento del tipo necesariamente da lugar a la autoría, entre otros, Maurach, 1962, págs. 341-2; Córdoba, "Notas a Maurach", págs. cit.; Cerezo, 1975, pág. 51, 1979, 647. En contra, decididamente Roxin, 1970, pág. 57; Bustos 1984, pág. 328; Gómez B. "Teoría...", pág. 125. Limitadamente en contra y en concordancia con el texto, Welzel, 1970 págs. 158-9; Jeschek 1981 págs. 943-4; Bacigalupo, 1965, págs. 54-5.

que el dominio del hecho, se manifiesta como dominio de la acción, esto es, como realización dolosa, de propia mano, del tipo penal.

d) La interpretación del artículo 15 N° 3.

En este numeral, la disidencia de Yáñez, no atañe ya a la interpretación y extensión que la doctrina dominante le asigna, sino al juicio que esta, a partir y en razón de sus presupuestos teóricos, formula a su respecto.

Según él, no se trata, como sostiene nuestra doctrina, de autores-cómplices, o autores coautores, sino de verdaderos coautores que en el contexto de su concierto, tienen un dominio funcional del hecho.

La doctrina dominante no lo entiende así, porque minusvaloriza la exigencia de que la actuación se realiza en el marco de un concierto previo y, por la inversa, sobre valores valoriza y minusvalora las modalidades de conducta que la disposición contempla, misma que percibe en forma preponderantemente objetivo-formal.

Si, por el contrario, se entiende que el concierto previo es, precisamente, para la ejecución del hecho y, consecuentemente, se insertan las referidas actuaciones en el todo que, en virtud del concierto, una tal ejecución representa; aparece de manifiesto, que dichas conductas no son constitutivas de autoría por su individualidad, sino por su integración, en la forma de realizar el hecho elegido por los coautores (1).

Los concurrentes que este numeral contempla, no tiene un dominio individual del hecho —como dominio de la acción— sino que, acorde las normas de la división del trabajo, un dominio funcional del mismo, en el que su acción, se inserta como una parte funcional y necesaria de un todo, a su respecto, preestablecido.

Lo anterior, trae aparejada la necesidad de distinguir, entre el concierto o confabulación que existe entre los coautores y el simple acuerdo que une a los cómplices. Yáñez, luego de destacar este aspecto, lamenta que nuestra doc-

(1) Por el contrario Garrido, en razón de su concepto de acción —op. cit. págs. 23 y sgtes.— supervalora, a nuestro entender, este último aspecto oscureciendo con ello y con su espontánea defensa de la tesis jurisprudencial española, del "acuerdo previo", el recto entendimiento de la disposición legal. Op. cit., págs. 313 y siguientes.

condicionan las primeras; de las cuales, en todo caso habrían podido entenderse que forman parte.

El carácter conflictivo de esta hipótesis aparece de manifiesto, en cuanto se considera que autores que parten de presupuestos dogmáticos muy cercanos —ontológicos o no— en la formulación del sistema de la teoría del delito en general y en la de la autoría en particular, se encuentran en abierta discrepancia, en torno a la calificación como autores de algunos de los sujetos contemplados en este numeral. Tal ocurre por ejemplo, con Welzel, Maurach y Stratenwerth, (1) de un lado; y con Jescheck y Wessels (2), del otro, en nuestra doctrina —si se dejan de lado sus diferencias, en relación a la faz objetiva de los tipos que admiten la concurrencia de más de un autor —algo relativamente similar ocurre con Garrido y Cury (3).

Huelga apuntar, que a nuestro entender, en presencia de hipótesis conflictivas, no sólo es lícito, sino que incluso puede ser conveniente, que el legislador se pronuncie por aquella que considere político-criminalmente más adecuada; en lugar de dejar la resolución del problema a la elaboración doctrinal y jurisprudencia. Problema distinto, es si se comparte o dicha elección y si, en este último caso, es posible y conveniente propugnar por otra u otras de las interpretaciones posibles.

Las modalidades de actuación, que en el marco del concierto previo, nuestro legislador contempla expresamente, en este numeral, son:

1) Facilitar los medios con que se lleva a efecto el hecho.

Apunta aquí Yáñez, que desde antiguo nuestra doctrina ha interpretado esta hipótesis en sentido amplio, "estimando que no sólo incluye la entrega de instrumentos materiales, sino también la manera o modo de comisión (Etcheberry) y en general, los medios intelectuales (Del Río)". (1975, pág. 60, los paréntesis son nuestros). En el mismo sentido, Cury considera ahora, que en este numeral, se encuentra tipificada la autoría intelectual; lo que, según se verá, contrasta con su interpretación de la segunda.

(1) Cfr. Welzel, 1970, pág. 159; Maurach 1962 págs. 343-4; Stratenwerth, 1982, págs. 250-1.
(2) Jescheck op. cit., págs. 899; Wessels 1980, pág. 158.
(3) Cury, 1984, págs. 250-1 y 256; Garrido, 1984, págs. 319 y sgtes. Sobre ello, y en general sobre el problema de la delimitación del coautor y el cómplice, Bockelmann 1960 págs. 34 y sgtes.; Gimbernat, 1966 págs. 250 y sgtes.; Gómez, "Teoría...", págs. 128 y sgtes.

Anota después, cómo la comisión redactora, "en esta línea, estimaba que se aumenta la fuerza y poder de los ejecutores con la sola concurrencia, aunque no se tome parte directa en el hecho". (1975, pág. 61). Advierte, finalmente, que tanto en esta hipótesis como en la anterior, el poner el énfasis en la mera causación del resultado, puede llevar a la teoría extensiva y, consecuentemente, a distinguir el autor del partícipe por el puro "animus".

Contra este planteamiento, ha opuesto recientemente Curry, que quien se limite a presenciar el hecho, sin tomar inmediata en él, no tiene nunca y por definición un codominio del hecho, lo que a nuestro entender, según verá, no pasa de ser una petición de principio. Agrega, además, que el estimar que la existencia del concierto previo es suficiente para afirmar su dominio, implica considerar dos veces dicho factor, una, en cuanto determinante de la imputación de tal conducta y otra, en cuanto agrava el significado de la conducta.

A nuestro entender, ambas consideraciones son infundadas. Así, por ejemplo, en una zona de fuerte resguardo policial, puede aparecer "ex ante", como imprescindible para la ejecución del hecho, la concurrencia de un vigilante y, sin embargo, resultar que el "Loro" no tenga necesidad de dar aviso alguno, e incluso, que "ex post" su presencia aparezca como totalmente innecesaria; ejemplos similares pueden darse, en relación al concurrente experto en burlar sofisticados sistemas de alarma, en abrir cajas fuertes, en dar seguridad o protección a los delincuentes encargados de ejecutar la acción típica, etcétera, y en todos ellos, ni aún los más estrictos partidarios de dar preponderancia al aspecto objetivo del actuar, para afirmar la concurrencia del dominio —Roxín, Gómez, Cerezo, Zaffaroni (1)—, dudarán un minuto en afirmar que un tal concurrente, tiene el codominio del hecho.

En el mismo sentido, aquellos autores que por definición no aceptan, que quien sólo realiza actos preparatorios sea considerado autor —lo que Curry, en cambio, sí parece aceptar— frente a la problemática del llamado autor intelectual, exigen que su dominio se actualice el momento de la ejecución, aunque sólo sea presenciándola, sin tomar parte de ella.

(1) Cfr. Roxín, 1970, págs. 66-7; Gómez B. 1984, págs. 112-3; Cerezo, 1975, págs. 55-6; Zaffaroni, op. cit., pág. 333.

La segunda objeción, opuesta por el autor citado, se funda en un equívoco, mismo que encuentra su explicación, según se verá, en el punto de partida escogido. No se trata de que un mismo factor, el concierto, se considere dos veces, sino de exactamente lo inverso.

La referida circunstancia, el concierto previo, sólo se considera una vez, para afirmar la concurrencia del dominio funcional del hecho mismo, que a su vez, determina que aquellos en quienes concurre, sean coautores y es precisamente por esto último —y no por estar concertados previamente—, que a unos tales coautores, se les aplica naturalmente, la pena correspondiente a los autores. No se trata entonces de una doble consideración, sino sólo y únicamente, de las consecuencias que son propias de la calidad de autor.

A la conclusión inversa, podrá llegar justificadamente, sólo quienes sustenten una concepción preponderantemente objetivo-formal de autor; mientras, por el contrario, quienes partan de la teoría del dominio del hecho, deberán admitir, con mayor o menor amplitud, que, a lo menos eventualmente, supuesto el acuerdo o confabulación previa, la conducta de presenciar el hecho, sin tomar parte inmediata en él, puede perfectamente ser constitutiva de autoría.

En suma, en este numeral, nos encontraremos ante situaciones de coautoría, que supondrían primero y básicamente el concierto previo y luego, una aportación objetiva al hecho, en el marco de dicho concierto. Con ello, según Yáñez y atendiendo la entidad de las actuaciones exigidas, nuestro C.P., seguiría el criterio de Weizel, de considerar, que el "minus" de coparticipación objetiva en la realización típica, se vería compensada con el "plus" de coparticipación subjetiva.

Paralelamente, nuestro C.P., habría resuelto expresamente las situaciones que en el ámbito del dominio funcional en particular, y del dominio del hecho en general, han suscitado mayor número de pronunciamientos encontrados en la dogmática y jurisprudencia comparada. Paradigmático de lo anterior, es el caso del llamado "autor intelectual", del "jefe", que no realiza de propia mano parte alguna de la acción típica, existiendo, además, dos conflictivas posibilidades, en lo que con el momento de su actuación dice relación:

i) Que participe inmediata y directamente, sólo en la etapa previa del planeamiento o planificación.

ficación, sin intervenir —en sentido mecánico-causal—, en la ejecución.

ii) Que junto con haber dirigido la elaboración del plan, se haga presente también, al momento de la ejecución, presenciando, sin tomar parte inmediata en ella.

Pues bien, según aparece de manifiesto, en estas dos hipótesis generalmente conflictivas en el Derecho comparado (1), puede, sin mayores problemas, en nuestro C.P., afirmarse la concurrencia de coautoría, bien sea, por la facilitación de los medios, bien sea por la ayuda o apoyo psicológico, que supone el presenciar la ejecución, sin tomar parte inmediata en ella.

e) La interpretación del artículo 15 No 2.

Según ya se apuntó, en este numeral encontramos su única justificación el artículo 15 inciso 1º, numeral que de otro lado contempla situaciones muy distintas que van desde la autoría única e individual, en los supuestos de "vis absoluta", hasta la inducción propiamente tal, forma de participación.

El inductor o instigador es un partícipe, al que la mayoría de las legislaciones aplica la pena correspondiente al autor e incluso, eventualmente, una mayor, sin que por ello pierda su calidad de partícipe, "sobre todo para tomar en consideración los efectos del principio de acentuación".

Pero además, en este numeral, quedan comprendidas varias situaciones de autoría mediata, que se han prestado a conflicto en la dogmática comparada; sin perjuicio, naturalmente, de que la misma, como cualquier forma de autoría, esté captada primero que nada en el tipo penal.

Así por vía ejemplar, dejando abierta la disposición a la discusión dogmática futura, apunta Yáñez: "Podemos estimar, a grandes rasgos, que algunos casos, como el uso de la coacción pueden ser incluidos en la situación de los que fuerzan a otros a ejecutarlo. Igual predicamento podemos seguir respecto del que debe acatar la orden del superior y en los casos que Roxín llama de "dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado". En casos de ciertos imputables se puede estimar que son inducidos a ejecutarlo. Los casos de error se prestan a muchas dudas y discusiones". (1975, página 62).

(1) Cfr., Gómez, 1984, págs. 111 y sgtes. y bibliografía ahí cit.

Concluye, destacando cómo nuestro C.P., a pesar de su reglamentación casuística, permite la aplicación de un "concepto abierto", de un "principio regulativo" como es el dominio del hecho, recogiendo en los tres numerales del art. 15, las tres formas que éste puede asumir, según Roxín.

Por ende, según él, el artículo 15: "No presenta esa desmesurada extensión del concepto de autor en desmedro de la complicitad, de que tanto se ha hablado; se mantiene dentro de márgenes muy discretos en materia de autoría, y sólo por excepción, en el caso del instigador, se extiende a una situación de participación" (1975, pág. 63).

V. LA POSICION DE CURRY

a) Consideraciones generales.

Con posterioridad al trabajo recién reseñado el profesor E. Curry, ha tenido oportunidad en dos ocasiones, muy cercanas en el tiempo, de pronunciarse sobre el mismo; primero, a propósito de su exposición orgánica de la parte general de nuestra disciplina y luego, al estudiar en profundidad la autoría mediata (2).

En dichos trabajos, si bien acepta parcialmente la teoría del dominio del hecho, particularmente en el ámbito de la autoría mediata, y algunas las interpretaciones de las hipótesis del artículo 15, que desde el ángulo de dicha teoría, ha propuesto Yáñez; en definitiva, no abandona sus propios presupuestos dogmáticos y, consecuentemente, rechaza de plano la conclusión a que éste arriba, afirmando, por el contrario, que en el artículo citado se comprende situaciones que en rigor no son autoría, sino de complicidad.

Según él: "Tanto el concepto como la punibilidad del autor único se deduce directamente de la Parte Especial... Las normas del artículo 15 del C.P., por consiguiente, están dadas para regular la situación de los coautores..." (1984, pág. 244, en negrita en el original. En el mismo sentido, "El concepto...", pág. 42).

En este contexto, obviamente no es preciso recurrir al artículo 15 para fundar la punibilidad del llamado autor único, cuya punibilidad se deriva, directamente, del correspondiente título.

(2) Curry, 1984, págs. 224 y sgtes.

po de la parte especial; pero, por el contrario, si debe recurrirse a dicho artículo, para fundar la punibilidad de los coautores, particularmente cuando "la conducta de ninguno realiza íntegramente la descrita por el tipo y, por ello, no podría ser penado si la ley no lo dispusiera expresamente". ("El concepto...", pág. 42, la negrita es nuestra). Ergo, sean cuales fueren las circunstancias que "ex - ante" concurren y cualesquiera que sea su aportación al hecho, no es posible, en el sistema de Cury, subsumir directamente en los tipos de la parte especial la conducta de los coautores (1); en cuanto estos captan la conducta de aquellos que, mediata o inmediatamente, realiza la descrita en el tipo.

Consecuentemente, no cabe admitir la coautoría, aunque concorra el dominio del hecho, si en la concreta situación de que se trata, la conducta del concurrente no es subsumible en ninguna de las hipótesis del artículo 15; o, lo que es lo mismo, para Cury, no existe más hipótesis de coautoría punible, como tal, que aquellas expresamente consideradas en el artículo citado.

Por la inversa, los supuestos de autoría mediata, al igual que los de autoría individual, vienen captados primera y básicamente por los tipos de parte especial, sin perjuicio, naturalmente, de aquellos susceptibles de ser subsumidos en el 15 No 2.

b) Concepto y Clasificación

Para Cury, el problema de la autoría y participación y de las relaciones entre ambas —accesoria cualitativa y cuantitativa—, es un problema pre o suprajurídico, que pertenece a la "naturaleza de las cosas" y que, consecuentemente, no puede ser regulado a su antojo por el legislador, quien solo, y a lo más, es libre para aplicar la pena correspondiente a los autores, a quienes en rigor no lo sean y que, obviamente, no por ello se convierten en tales, como unánimemente se reconoce que ocurre con el inductor (2).

(1) Pese a que por el concepto de acción que maneja, Garrido pudo haber llegado a la conclusión diametralmente opuesta, en el hecho su tesis es aún más restringida. Cfr., op., págs. 257 y sigs.

(2) Cfr., Cury, "El concepto...", págs. 50-1.

En este contexto, considera, siguiendo a Maurach, que: "El problema de la autoría, por consiguiente, se resuelve con un criterio relativo a la acción, no al resultado o a los aspectos puramente objetivos de la tipicidad". (1984, págs. 234, la negrita es nuestra).

En principio, considera, "autor en sentido estricto es quien cuenta con el dominio del acto". Y coautores a "aquellos concurrentes que comparten con otro u otros el señorío de la conducta típica, a cuya consumación se aplican conjuntamente", advirtiendo, sin embargo, que este último le parece discutible (1984, pág. 244).

Luego de esta primera distinción y atendiendo a la forma que adopta su actividad, clasifica a los autores en ejecutores, intelectuales y mediáticos.

El ejecutor, "es aquel que materialmente realiza, en todo o en parte, la conducta descrita por el tipo" y ello, porque Cury, siguiendo a Maurach, considera que: "existe una verdadera presunción de que el ejecutor material punible cuenta con el dominio del acto, aunque sólo sea de una parte del hecho típico" (3) (1984, pág. 245, la negrita es nuestra). Naturalmente, la conducta del ejecutor individual, viene captada directamente en los tipos de la parte especial.

El autor intelectual, por su parte, "es quien sin ejecutar directamente la conducta típica, posee, no obstante, el señorío de ella, porque ha planificado y organizado su realización, pudiendo, consiguientemente - 27 -, decidir sobre su interrupción, modificación o consumación". (Idem, los signos también son nuestros).

Obsérvese, que la actividad de este "autor", se desarrolla en su integridad en la etapa preparatoria, siendo su complementación, en la etapa de ejecución, puramente eventual; en otros términos, para acceder a la calidad de autor, a este título, lo único que se exige es haber realizado actos preparatorios de planificación y organización, constituyendo una mera posibilidad, generalmente no deseada, una intervención poste-

(3) Cury, al igual que la doctrina nacional mayoritaria, construye tanto la teoría del concurso de personas y de delitos, como la de las etapas imperfectas de ejecución del tipo, sobre el concepto de hecho, que es el que ocupa el legislador —artículos 70, 15, 16 y 75—. Para una completa exposición del problema, con abundante bibliografía, Vld. Humberto Muñoz, "El concurso de delitos", Pub. del Magister en Derecho Penal, de la U. de Chile, 1984.

rior, al momento de la ejecución. Problema distinto es el que, para la punibilidad de un tal autor, como para la de cualquier partícipe, se requiere que haya, a lo menos, una tentativa del delito de que se trate; lo que, naturalmente, nada nos dice, acerca del dominio que del hecho posea el partícipe, salvo que se concuerde en que los ejecutores materiales, por el sólo hecho de ser tales, tienen el dominio.

Paralelamente, queda en la más completa oscuridad, si el "señorío" a que se hace referencia, es algo que se deriva automáticamente de la actividad desplegada por el autor intelectual y que, por ende, no requiere de una efectiva comprobación; o si, por el contrario, es algo cuya efectiva concurrencia en la etapa de ejecución debe constatare positivamente, y, en este último caso, si tal constatación debe hacerse, "ex - ante" o "ex - post". En todo evento y en principio de la exigencia que se hace, en el sentido que los ejecutores materiales, inician la ejecución del hecho, según el proyecto y disposiciones del autor intelectual, podría, quizás, concluirse, que se exige también una efectiva constatación, "ex - post", de la concurrencia de un tal señorío.

Esto último, sin embargo, acarrea consigo nuevas dificultades, pues no se exige que dichos ejecutores, consumen el hecho según el plan del autor intelectual, sino sólo y únicamente que comiencen a ejecutarlo, según dicho plan. Si a lo anterior se suma la consideración nitidamente separada que se hace de la autoría intelectual y de la mediata, es perfectamente posible concluir que para la primera sólo se requiere un comienzo de ejecución según el plan, sin que la calidad de autor del planificador, se vea alterada por lo que después ocurra; con ello, como es manifestado, se está negando toda relevancia al efectivo dominio que el autor intelectual podría tener sobre la ejecución del hecho, afirmando implícitamente, por el contrario, que el mismo sólo debe prolongarse, hasta la etapa de tentativa, pudiendo desaparecer después.

Finalmente, se ocupa del autor mediato. En un primer momento con manifiesta incorrección, no tanto en el concepto que de el mismo da como en las erróneas consecuencias que de un tal concepto deriva. Entiende que es tal, "quien para ejecutar la conducta típica, se sirve como instrumento de un tercero del cual abusa a fin de obtener que la realice materialmente". (1984, pág. 246).

Pero posteriormente, a partir de un entendimiento literal de un tal concepto, llega a la conclusión de que existe autoría mediata en las hipótesis, en que "el mediador no realiza una auténtica acción, como si se ejerce sobre él una fuerza física irresistible (vis absoluta)" (1984, pág. 247) (1).

En el otro extremo, rechaza de plano que pueda existir autoría mediata, en los supuestos de utilización de un instrumento doloso, no cualificado. (2) Paralelamente, se esfuerza por subsumir los supuestos de autoría mediata en el artículo 15, con lo cual y pese a su afirmación de que "la cuestión relativa a si una conducta constituye autoría mediata se sitúa en una posición preliminar" (1984, pág. 247), implícitamente está afirmando, que una tal autoría, no es directamente subsumible, en los tipos de la parte especial.

Sin embargo, después, al ocuparse específicamente de esta forma de autoría, Cury introduce profundas modificaciones en su pensamiento, tanto en lo que con el concepto y alcances de la autoría mediata dice relación, como en la clasificación de la autoría.

Distingue ahora, evidentemente desde otra perspectiva, entre autor único, autores múltiples o coautores y autor mediato y entiende que tanto el primero como el último, vienen captados directamente en el tipo penal, quedando el artículo 15 referido únicamente a los supuestos de coautoría y de complicidad, sancionada como autoría.

Define ahora al autor mediato, como "aquel que se sirve de la conducta de otro como instrumento" ("El concepto", pág. 37) y poniendo el acento, en que lo que se instrumentaliza es la conducta de otro y no el otro, concluye que es imprescindible que el intermediario realice una verdadera acción, con lo cual, obviamente, excluye de la autoría mediata los supuestos de "vis física absoluta", para trasladarlos a la autoría inmediata. (Op., cit., pág. 38).

(1) Para las razones, por las que una tal consecuencia es errada y por las que deben evitarse las definiciones inductivas en tal sentido, exhaustivamente, del mismo, "El concepto...", págs. 37-8 y nota 12.

(2) Vid., Mir P., 1981, pág. 935.

c) La interpretación del artículo 15 del C.P.

Según ya se apuntó, para Cury el "concepto mismo de autor es de carácter prejudicial, natural, a causa de lo cual su esencia no puede ser alterada arbitrariamente por la ley positiva, sino que depende de la posición principal o accesoria ocupada por la actividad del sujeto en la estructura del hecho concreto". ("El concepto...", pág. 49). Y es precisamente en un tal entendimiento del instituto, en el que estudia, el reconocimiento de la autoría en nuestro Derecho y la relación en que se encuentran a este respecto, el artículo 15 y los tipos de la parte especial.

Supuesto que el autor individual viene captado directo e inmediatamente, en estos últimos; el artículo 15 queda reservado para las hipótesis de coautoría, de autoría mediata especialmente reglada y, en fin, para algunas situaciones de complicidad, sancionadas como autoría. Por la inversa, y según también se apuntó, ello importa afirmar, implícitamente, que la coautoría está reglada sólo y únicamente en el artículo citado y no en los correspondientes tipos de la parte especial.

En tal contexto, considera que los autores ejecutores, en los supuestos de coautoría, vienen captados en el artículo 15 No 1, en ambas hipótesis, aceptando de este modo, parcialmente, la tesis de Yáñez en lo que con dicho numeral dice relación.

Dicha aceptación es sólo parcial, en cuanto Cury no acepta la distinción entre actos ejecutivos típicos y actos simplemente ejecutivos, que, según se vio, constituye la base sobre la que Yáñez construye su interpretación. (Cfr. "El concepto...", pág. 41, nota 25).

Cury, por el contrario no acepta que existan actos ejecutivos, que no supongan la realización de la conducta típica, lo que sin duda supone una concesión a la teoría objetivo-formal. Tanto es así, que los únicos ejemplos que cita de situaciones en las cuales se toma parte en la ejecución del hecho, impidiendo o procurando impedir que se evite, corresponden a tipos completos o a tipos compuestos; en los que el tipo desvaloriza unitariamente más de una acción, y en los cuales todas las acciones desvaloradas son, obviamente, típicas. (1984, pág. 245).

Paralelamente, considera que algunos casos de autoría mediata se encuentran regulados en el artículo 15 No 2, "unos pocos" —"vis com-

pulsiva" (1)— en la primera parte y los restantes en la segunda. Para ello, interpreta la expresión "inducen", en sentido amplio, haciéndola comprensiva tanto de la instigación estricto sensu, que es una conducta accesoria, como de supuestos de inducción, en sentido amplio, constitutivos de autoría mediata y que regularmente estarán vinculados a situaciones de error.

Pero el mayor problema dogmático lo plantea el artículo 15 No 3, que comprendería algunas —las menos— situaciones de autoría y algunas de complicidad.

i) Autoría:

Según Cury, la única hipótesis de verdadera autoría, susceptible de entender comprendida en este numeral, es la del llamado "autor intelectual", que puede remitirse a la primera parte del mismo; siempre y cuando, para ello, se entienda que los "medios" a que se refiere la disposición, consisten, en este caso, en la planificación y organización de la realización. Obviamente, ello importa afirmar también, que todas las restantes situaciones a las que puede extenderse la norma, son en puridad, de complicidad.

En relación a esta hipótesis, importa destacar:

- 1) Este autor, para tener la calidad de tal, no necesita realizar, en sentido objetivo-formal, de "propia mano", parte alguna de la conducta descrita en el tipo.
- 2) Por el contrario y por definición la conducta desplegada por un tal autor, quedará fuera de la descripción típica.
- 3) Lo anterior no se ve alterado, por el hecho que eventualmente pueda este autor tomar parte en la ejecución, en cuanto ello no les es exigido.
- 4) Según se vio, en principio, el señorío de este autor sólo necesita prolongarse hasta la etapa de tentativa, pudiendo desaparecer después.
- 5) Se trata en realidad de una situación intermedia, entre la autoría ejecutiva —realización,

(1) En relación a la coacción, a su relevancia en la actualidad y a la multitud de formas que ella puede adoptar —que han llevado a hablar de la "espiritualización de la violencia en las coacciones"—, Vid. A. Torio, "La estructura típica del delito de coacciones", en A.D.P., 1977, págs. 79 y sgtes.; S. Mir, "El delito de coacciones en el C.P.", A.D.P., 1977, págs. 270 y siguientes.

en sentido mecánico causal de la acción típica— individual o colectiva, y la autoría mediata, que además, no reúne los requisitos constitutivos ni de la una ni de la otra.

6) En principio parecería que lo único que separa a este presunto autor del inductor o del simple cómplice, es el dominio que él tiene de la ejecución del hecho hasta la etapa de tentativa; misma que, en todo caso, también puede eventualmente concurrir, en los antes nombrados.

7) En todo evento, el mismo Cury reconoce, que con su percepción del concepto prejudicial de autor, unos autores como los que nos ocupan, "en relación a ciertos efectos jurídicos no pueden ser tratados como tales en atención a la naturaleza misma de las cosas". ("El concepto...", pág. 40).

Debe tenerse presente, sin embargo, que dado que el reconocimiento citado se contiene en un trabajo posterior a aquel en que se asigna a unos tales concurrentes, la calidad de autores y aunque nada se dice expresamente en tal sentido, bien puede significar el mismo, simplemente un cambio de opinión, en cuya virtud estas hipótesis no serían ya constitutivas de autoría, sino sólo de complicidad. De otro lado, un tal cambio de opinión, sería plenamente concordante, con el postulado básico del que a nuestro entender parte Cury; cual es, que sólo son constitutivas de autoría —dejando, por ahora, de lado la autoría mediata—, las acciones que supongan un comienzo de ejecución de la conducta típica.

Lo anterior, sin embargo, nos obliga antes y para estudiar los supuestos de complicidad, que según el autor que nos ocupa se sancionan como autoría; a estudiar el ejemplo que dicho autor propone, en cuanto el mismo se convierte en definitiva, en la verdadera piedra de toque de su sistema.

Dicho ejemplo, destinado a demostrar que la noción de autor es prejudicial, discurre sobre la base de considerar que sólo son en puridad autores, aquellos concurrentes que realizan de propia mano la conducta descrita en el tipo y que por ende, en lo que aquí interesa destacar, la punibilidad de los restantes participantes, estará condicionada a que unos tales "ejecutores", hayan dado comienzo a la ejecución de la acción típica. Naturalmente, ello importa reafirmar, que el comienzo de ejecución lo es de la acción típica y que a él está condicionada la autoría.

Pero si lo anterior se relaciona con la exigencia formulada a propósito de la autoría mediata, en el sentido de que para que la misma concurre es necesaria la ejecución de una verdadera "acción" (final), por parte del instrumento; resulta que Cury debería, en rigor, negar la calidad de autor al que lo es mediato, en las mismas situaciones y para los mismos efectos, para los que, en el contexto de su ejemplo, niega la calidad de tales (autores), a los sujetos comprendidos en el artículo 15 No 3.

Para evitar el tener que arribar a una tal conclusión, el autor en estudio se ve obligado a poner en juego una de las bases de su sistema, aceptando que en este caso pueda darse un principio de ejecución, que no lo sea de la acción típica y que sin embargo, sea igualmente hábil para dar lugar a la autoría y a la punibilidad a tal título. (1)

Así afirma "en las hipótesis de autoría mediata auténtica se entiende que la ejecución del delito principia cuando el hombre de atrás actúa sobre el mediador poniéndolo en marcha hacia la consumación. Eso es lógico, puesto que él se está sirviendo del otro como un "instrumento" y, entonces, la tentativa se perfecciona cuando "lo activa..." ("El concepto...", pág. 44, la negrita es nuestra).

Resulta así que, como creemos en general correcto, aún para Cury, basta para afirmar la concurrencia de un principio de ejecución, en los supuestos de autoría mediata, la realización de una conducta íntimamente vinculada con la realización de la acción típica, como es la de actuar sobre aquel cuya conducta se instrumenta —pero que no por ello deja de realizar una verdadera acción—, para encastrarlo a la inmediata ejecución de una acción ejecutiva del tipo de que se trate.

Más, no se alcanza a comprender por qué, si esa es la solución correcta en las hipótesis de autoría mediata, no lo es en cambio, en los supuestos de coautoría; en relación a los cuales, se defiende por el contrario, la tesis diametralmente opuesta.

ii) Complicidad:

1) Son siempre cómplices y no autores, los sujetos comprendidos en el artículo 15 No 3,

(1) En general, en relación al problema del comienzo de la tentativa para el autor mediato, vld., sintéticamente, Gómez B. "Teoría...", págs. 151 y sgtes.

segunda parte, vale decir aquellos que: "concer-
tados para su ejecución...", lo presencian sin to-
mar parte inmediata en él".

Naturalmente, para llegar a fundar una afir-
mación como la precedente, el autor citado se
ve obligado a minusvalorar el alcance del con-
cierto previo exigido por la disposición; identi-
ficándolo en definitiva con el simple acuerdo
que une a los cómplices, con la particularidad
que en este caso debe ser expreso.

Paralelamente, lo anterior le permite desarti-
cular el contenido de la disposición, independi-
zando la actividad objetivamente exigida, no
sólo de su corolario subjetivo, sino además de
su incidencia objetiva, en la realización total del
hecho, acorde el plan de los autores. Recuerde-
se, que en el sistema de este autor, la califica-
ción como complicidad de las conductas com-
prendidas en este numeral, es independiente,
tanto de su subjetividad, cuanto de la relevancia
que ellas tengan "ex - ante", en la total realiza-
ción del hecho.

Sin embargo, el mismo se ve obligado a re-
conocer que: "La mera presencia, que a primera
vista parece inofensiva envuelve una facilitación
o reforzamiento de la actividad ejecutiva cuan-
do ha mediado un concierto". (1984, pág. 257,
las negritas son nuestras). Resulta entonces ma-
nifiesto, que el carácter meramente accesorio
que se asigna a la actividad desplegada por un
tal concurrente, depende menos de la material-
idad de ésta, que de los presupuestos de que se
parte para su juzgamiento; cuales son, el enten-
dimiento del concierto previo, como mero
acuerdo, por una parte, y la consideración de
que en puridad, sólo constitutivas de autoría,
las conductas que suponen la realización de
aquella descrita en el tipo.

Lo equivoco de esta última consideración,
incluso dentro del sistema del autor en estudio,
ya ha sido puesto de manifiesto aquí. Paralela-
mente, dicho autor en apoyo de su entendi-
miento del alcance del concierto previo exigido
y para desvirtuar la interpretación propuesta
por Yáñez, sólo invoca un argumento tan discu-
tible, como el que a su entender "ni la ciencia
ni la práctica aceptarán interpretar (el concier-
to) de manera tan restrictiva" (1984, pág. 256).

Y es sólo dando por acreditado lo anterior,
que Cury pasa a ocuparse de la doble valoración
del concierto que, según él, supondría la incor-
poración de unos tales concurrentes en el ar-
tículo 15 No 3, en circunstancias que de no
existir -este, su conducta a lo más y en todo ca-

so, sólo sería -por la existencia del concierto-
subsumible en el artículo 16.

Ya se señaló aquí, que a nuestro entender, la
crítica se funda en un equívoco, cual es el con-
siderar que en rigor sólo son autores aquellos
sujetos que, en sentido mecánico causal, ejecu-
tan la acción descrita en el tipo (1) y no, como
creemos correcto, quienes tienen el dominio de
la realización de la misma. Si por el contrario se
contempla la disposición desde este último pun-
to de vista, aparece de manifiesto que la incor-
poración de unos tales concurrentes en el ar-
tículo 15, no deriva de la valoración política
criminal que el legislador pudiera hacer del con-
cierto; sino del codominio del hecho que éste
determina, mismo que a su vez conlleva la cali-
dad de coautor y a los coautores, en cuanto ta-
les, se les aplica la pena correspondiente a los
autores (2) y aquí, si que aparece una decisión
valorativa del legislador, cual es su firme volun-
tad de sancionar como autores a los coautores,
dejando expresa constancia de ello frente a las
hipótesis conflictivas.

Más, aún en el evento que efectivamente am-
bas interpretaciones fuesen posibles, no se divi-
sa razón alguna por la que deba preferirse aque-
lla, que junto con extender el ámbito de aplica-
ción de la norma y consecuentemente la punibi-
lidad conlleva también la sanción como auto-
res, de numerosos sujetos, que en la sistemática
elegida, no son sino cómplices. Por la inversa,
pareciera que ante un tal conflicto, lo dogmáti-
co rir para su solución a los principios fundamen-
tales de nuestra disciplina; inclinándose, en defi-
nitiva, por aquella solución que salvaguarde me-
jor las funciones de garantía y motivación que
el tipo debe cumplir, el carácter de "última ra-
tión" del derecho penal y, en fin, el principio del
"indubio pro libertate" (3) y tal solución obvia-
mente, no podrá ser otra que aquella que res-
tringe el ámbito de aplicación de la norma, en
un doble sentido, de una parte, en cuanto a nú-
mero de conducta que comprende y de la otra,
sancionando como autores sólo a quienes se
considera tales.

(1) Sobre los inconvenientes de equiparar la realiza-
ción del tipo, a la ejecución física personal de la ac-
ción en él descrita, vid., Gómez B.: 1984, págs. 105-6
y bibliografía ahí cit.

(2) Cfr. Jescheck, 1981, pág. 946; Mir "Adiciones..."
pág. 953.

(3) Vid. Hassemer, op. cit., págs. 39 y sgtes.

Pero es que además no es efectivo que am-
bas interpretaciones sean posibles, sino que por
el contrario, a nuestro entender, el mismo sólo
es compatible con una interpretación "restricti-
va", que identifique el concierto previo con
aquel acuerdo de voluntades y planificación en
común del hecho, según las normas de la divi-
sión del trabajo, que une a los coautores y que
constituye uno de los requisitos del dominio
funcional del hecho (1).

Lo anterior, por cuanto en el numeral que
nos ocupa, no es directamente subsumible la
conducta de quien, mediando un expreso con-
cierto de voluntades en tal sentido, se limita a
presenciar el hecho y no lo es, porque al tenor
del mismo, se exige que este presenciar reúna
determinadas características, que el del ejemplo
no tiene, debe tratarse de un presenciar que,
dentro del contexto del concierto, suponga a la
vez un tomar parte en la ejecución del hecho.

Si el legislador exige que el concurrente que
nos ocupa, no tome parte inmediata en la eje-
cución del hecho, es evidente que está exigen-
do también que si tome parte en ella. Y es pre-
cisamente esta exigencia, la que condiciona la
interpretación que debe dársele al "concierto",
determinado los límites y alcances del mismo.

Sabemos de antemano, que es perfectamente
posible en los supuestos de dominio funcional
del hecho, que uno o más de los coautores no
realicen acciones típicas y ni siquiera ejecu-
tivas; sabemos también, por la descripción que
se hace de la conducta objetivamente despla-
gada por los concurrentes comprendidos en este
numeral y por las exigencias que negativamente
se le imponen, que no debe tratarse de supues-
tos comprendidos en el artículo 15 No 1.

En el otro extremo, se encuentra la complici-
dad, construida sobre la noción de "cooperar"
en la ejecución del hecho (2), idea esta natu-
ralmente opuesta a la de "tomar parte" en dicha
ejecución.

Tales son entonces los límites que en rela-
ción a su incidencia en el todo, tiene fijados la
conducta descrita en el artículo 15 No 3, se-
gunda parte; la misma debe representar más que
una simple cooperación y menos que un tomar

parte inmediata en la ejecución del hecho. Ella
debe constituir precisamente un tomar parte,
no inmediata, en la ejecución del hecho.

Una tal incidencia obviamente y como en ge-
neral ocurre con la autoría no atañe sólo al as-
pecto objetivo de la conducta realizada; pues
así apreciada, es evidente que la conducta de
quien presenció el hecho, será, en muchos casos,
sólo constitutiva de complicidad.

Por el contrario, la única forma de establecer
si dicha conducta representa o no un tomar par-
te en la ejecución del hecho, es atendiendo al
plan de los autores y a la división del trabajo
que en él se hayan impuesto los mismos. Y si
así apreciada una tal conducta aparece "ex
ante", esencial para la ejecución, podrá afirmarse
que la misma constituye un tomar parte en la
ejecución del hecho.

Entonces, por expresa disposición del legis-
lador, es ese y no otro el alcance que debe dárse-
le al concierto para la ejecución exigido. Así
actuarán "concertados para su ejecución", los
concurrentes que se dividen esta en funciones
distintas, pero de tal manera, que respecto de
cada uno pueda predicarse, que toma parte en
ella y no que simplemente coopera; para ello es
necesario que la asignación de funciones se haya
hecho de forma tal, que si bien sólo algunos rea-
lizan actos ejecutivos en sentido objetivo for-
mal, todos tengan el dominio funcional del he-
cho, por aparecer "ex - ante", sus contribu-
ciones, como indispensables para la realización
del mismo.

Obviamente, por un imperativo lógico, el
mismo sentido y alcance debe dársele a las ex-
presiones "concertados para su ejecución", en
relación a las hipótesis contempladas en el ar-
tículo 15 No 3, primera parte. Sentido y al-
cance, que se ve definitivamente confirmado
como el correcto, si se considera que es el que
corresponde dar también al mismo requisito,
en relación a las situaciones de coautoría con-
templadas directamente en los tipos de la parte
especial (3).

2) Lo anterior, naturalmente, importa tam-
bién un pronunciamiento adverso, respecto a la
otra hipótesis de autoría, sancionada como
complicidad, planteada por Cury. En tal situa-
ción se encontrarían, según él aquellos sujetos
que "concertados para la ejecución del hecho,
facilitan los medios con que se lleva a efecto,

(1) Vid., Jescheck, 1981, págs. 938 y sgtes.

(2) De allí la importancia de las modificaciones intro-
ducidas por nuestra comisión redactora en este nume-
ral. Vid. Supra II, b.

(3) Sobre ello vid. Mir P., 1983, págs. 164 y sgtes.,
desde otras perspectivas, Garrido, 1984, págs. 16 y
sgtes., y 313 y sgtes.

en aquellos casos en los cuales no puedan ser estimados como auténticos autores intelectuales a causa de que no cuentan con el dominio de la conducta típica". (Cury, 1984, pág. 256).

Naturalmente, no puede sino concordarse con el autor citado, en que existen numerosos casos, en realidad la mayoría, en que la conducta de quien facilita los medios para que se lleve a efecto el hecho, aunque medie un expreso acuerdo de voluntades en tal sentido, no constituye sino, y a lo más una cooperación a la ejecución del mismo, sin que importen dominio alguno sobre el hecho, ni por ende, autoría.

En lo que no podemos concordar con él, en cambio, es en que tales conductas sean subsumibles en el artículo 15 No 3, primera parte. En cuanto a nuestro entender, dichas conductas no se ubican en el marco de lo que en dicho numeral es el "concierto para la ejecución", pues, según se vio, el mismo supone una división del trabajo tal que respecto de todos y cada uno de los concertados pueda "ex-ante", predicarse que toman parte, inmediata o no, en la ejecución del hecho; esto es, que tienen un dominio funcional del hecho.

Por tanto, no pudiendo hacerse una interpretación parcial de la disposición, las "conductas completamente accesorias al tipo y de mera colaboración como la "facilitación de un medio aislado u otras semejantes", deberán remitirse a la norma que sanciona la mera colaboración en el injusto ajeno, que no supone el referido concierto, ni la **imputación reciproca**" (1) que eso implica. Esto es, deberán remitirse al artículo 16, en cuanto sólo son constitutivas de complicitad.

VI. LA POSICION DE GARRIDO

Según ya se apuntó aquí, el sistema expuesto por Garrido, tanto respecto a las formas impropias de ejecución de los tipos, como respecto de la autoría y participación, descansa y se formula, a partir del concepto de acción que, reputándolo ontológico, acepta este autor. Dicho

concepto, corresponde en lo esencial, al sustentado por la doctrina final de la acción, en lo que con el actuar de un sujeto individual dice relación, más difiere sustancialmente de este en lo que con el obrar en conjunto de varios sujetos se refiere (2); donde el autor opone la por él llamada "acción de sujeto plural", a la que denomina "acción de sujeto singular".

A lo anterior debe sumarse el desarrollo, también original, que el autor hace de la problemática de la ejecución y su punibilidad, rechazando, o cuando menos cuestionando en forma importante, la clásica distinción de rai-gambre francesa, entre actos preparatorios, generalmente impunes y actos ejecutivos, punibles. (Cfr. Garrido, 1984, págs. 89 y sgtes.).

Por razones obvias y pese a su innegable importancia, no podemos ocuparnos aquí de los originales planteamientos del autor en dichas materias; sin embargo, resulta imprescindible dar una breve noticia de su concepción de la acción.

i) A su juicio, en los tipos penales "el legislador se refiere a actuaciones neutras desde el punto de vista del sujeto, que pueden corresponder a un autor aislado o a un autor plural", por ende, es erróneo partir "de que la acción descrita en cada tipo corresponde a la de un autor único y que en la parte general... la ley extiende esa responsabilidad de manera excepcional". (Op. cit., pág. 16, la negrita es nuestra).

Importante destacar desde ya, que la exposición precedente, no coincide con la de aquellos que, como creemos correcto, postulan que la coautoría viene captada también, directamente, en los tipos de la parte especial, y no coincide en un aspecto fundamental, cuál es el número de acciones involucradas.

Paralelamente, como es obvio, el planteamiento de Garrido no se refiere a los tipos plurisubjetivos, ni a los de participación necesaria (3).

ii) Según él, "La tendencia a identificar el delito con la acción individual nada tiene que

(1) Con un importante sector de la doctrina, consideramos que el principio de imputación reciproca, desplaza al principio de accesoriadad, propio de la complicitad en los supuestos de coautoría: Por ello no podemos coincidir con las soluciones a que arriba Cury, frente a los ejemplos por él propuestos, vid. "El concepto...", págs. 40 y 51. Sobre el principio de imputación reciproca en general, vid. Jescheck, 1981, págs. 939-40 y Mir-P., pág. 164.

(2) Cury, considera que existe una incompatibilidad entre los dos conceptos de acción sustentados por Garrido. Vid. "El concepto...", pág. 51, nota 56.

(3) Vid. G.D. Pisipia, "Unidad y pluralidad de sujetos activos en la estructura del delito", Tr. R.F. Guzmán, en Rev. "Criminología", 1958, págs. 26-38.

ver con el injusto personal, que consiste en que cada autor responda por su propio dolo o culpa". (Op. cit., pág. 15, la negrita es nuestra).

Con ello y desde ya, Garrido está implícitamente afirmando que el carácter unitario de la llamada acción de sujeto plural, afecta fundamentalmente a su faz objetiva y no en cambio a la subjetiva que, como no podía sino ser, sigue siendo individual y única.

iii) Apunta, con acierto, que con un concepto causalista de acción, que identifique ésta con un movimiento corporal realizado por un hombre, es aún más lógico considerar las acciones típicas como individuales.

iv) En tal contexto postula que las acciones pueden clasificarse "según los sujetos que la realicen y según sean o no autosuficientes para alcanzar el objetivo que las dirige. Desde el punto de vista de los sujetos, la acción puede ser de sujeto individual o de sujeto múltiple; desde el ángulo de su objetivo, puede ser autosuficiente para el mismo o complementaria de otra u otras" (op. cit., pág. 19).

v) Existiría una "acción singular cuando el propósito que la pone en movimiento ha sido gestado y determinado por un solo individuo, está en la mente de un solo hombre, que mediante su propio hacer o valiéndose del actuar de otros trata de alcanzar ese propósito" (op. cit., págs. 19-20).

Por ende, la llamada acción individual existiría también cuando el agente "emplea a terceros inocentes o recurre al aprovechamiento de fuerzas de la naturaleza o ingenios manufacturados cuyo funcionamiento puede actuar la propia víctima o un tercero en su ignorancia". Finalmente aclara, "que al hablar de acción nos referimos al concepto final de ella". (Op. cit., pág. 23).

vi) Por su parte, la acción de sujeto múltiple o plural, concurriría "cuando dos o más individuos se ponen de acuerdo en cuanto al fin perseguido y desarrollan coordinadamente actividades a su logro una vez que están decididos colectivamente, sea que hayan intervenido en la elaboración o concertación del delito o adhieren a él con posterioridad con el acuerdo de los demás intervinientes". (Op. cit. pág. 20, la negrita es nuestra).

Para que concorra una acción de sujeto plural, "es básico la concurrencia de un acuerdo... en cuanto al objetivo a alcanzar, el que comprende la forma de lograrlo y los medios que se emplearán al efecto" (op. cit., pág. 23).

Consecuencialmente, los elementos básicos que caracterizarían esta clase de acción son: "a) El objetivo común que da dirección única a la actividad de los coejecutores (elemento subjetivo) y b) La división del trabajo (elemento objetivo)". (Op. cit., pág. 24).

vii) El primero de dicho elemento, el propósito colectivo "presupone ser único para el conjunto de los que participan, que tienen conciencia de que es común a todos ellos"; sin embargo, "El objetivo común de la acción colectiva puede no coincidir con el que alguno de los co-realizadores individualmente puede preferir, a pesar de ello, todos lo acatan y lo hacen suyo. Esta circunstancia da peculiaridad propia a la acción colectiva" (pág. 24).

Así, la voluntad que concurre, es la resultante de la confabulación misma a la que se subordinan las voluntades individuales. Por su parte el concierto previo, elemento adicional y común de la faz subjetiva de la acción de sujeto múltiple, involucra la discusión, confrontación y armonización de las opiniones y criterios particulares.

viii) La segunda característica de esta clase de acciones, es la realización colectiva, dentro de ella acepta que algunos "pueden quedar a nivel de dirección del plan, otros en la preparación de los medios y condiciones de ejecución y otros hacerse cargo de su ejecución material". (Op. cit., pág. 25).

Obviamente y así lo advierte el autor, lo anterior se refleja en el "iter criminis" de esta clase de acciones, que debe ser tratado distinto que el de las de sujeto individual. "En el actuar múltiple, comprar un arma, como ser, puede ser la iniciación de la ejecución material directa de una voluntad delictiva categórica, lo que no concurre en el comportamiento solitario". (Op. cit., pág. 26).

En tal sentido, el autor no puede sino coincidir con la doctrina jurisprudencial española del acuerdo previo (1), y así crítica a los críticos de ésta, que "no es pertinente analizar el criterio jurisprudencial aludido sobre la autoría aislada, mente considerado". (Pág. 27). Defiende también, la tendencia que, según él, existiría en al-

(1) Sobre ella y para su crítica, Vid Gimbernat, "Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo" en A.D.P., 1966, págs. 13 y sgtes.; R. Mourullo, "Comentarios...", I, págs. 829 y sgtes.; Gómez B., 1984, págs. 109 y sgtes.

gunas legislaciones de "calificar de coautores a todos los que han participado en la labor colectiva, sin dar especial importancia a los papeles que ha tenido cada sujeto, muchas veces producto del simple azar". (idem).

Busca defenderse de la crítica de Roxín, de que un tal criterio infringiría la garantía del tipo, señalando que en la acción colectiva "No se puede analizar ese hecho común a todos participando los comportamientos de cada uno por lo que esa actividad individual es un mero componente o fragmento de lo que los ejecutores han entendido y sentido como algo solidario, donde aún pueden reemplazarse mutuamente con el fin de alcanzar la meta predeterminada". (Op. cit., pág. 28 la negrita es nuestra).

Según es manifestado, sin embargo, ni aún en un criterio preponderantemente subjetivo como el de Garrido, puede prescindirse de la incidencia objetiva de la conducta desplegada por el concertado, en la realización común de la conducta típica; de otra forma, no se justificaría la exigencia de que los coautores puedan reemplazarse mutuamente. Paralelamente, al menos en esta sede, Garrido no da satisfactoria respuesta a la crítica de Roxín y Gimbernat; no se trata de que el concertado no sea jurídicamente responsable, sino de si lo es a título de autor o a título de cómplice y para ello, sólo puede recurrirse si no se quiere desconocer las funciones de garantía y motivación del tipo, a la relevancia que "ex - ante", tenga la conducta objetivamente desplegada por el concurrente.

b) La acción y el concepto legal de autor.

Garrido concuerda con Maurach, Cury y Córdoba, en que es el concepto de acción el que en definitiva determina el concepto legal de autor, pero disiente de ellos en el recurso, a lo que él considera un principio de orden empírico, que no emana de la acción, sino que se le impone desde afuera, cual es el criterio del dominio del hecho u otros semejantes.

Así apunta: "Aceptado que el delito en sustancia es acción, autor del delito es quien o quienes ejecutan esa acción; si acción es la actividad final del ser humano, o sea actos realizados por el hombre con una meta predeterminada por él mismo, y tendiente a concretarla, el concepto de autor fluye en forma espontánea: lo es quien ha forjado el propósito delictivo, adopta la resolución de concretarlo y realiza la actividad proyectada como necesaria para al-

canzar la meta que se ha propuesto". (idem, pág. 241).

Y agrega luego: "Es autor quien ejecuta el tipo; como el tipo es acción, será autor quien realiza la acción y la realiza quien forja el propósito delictivo, decide concretarlo y ejecuta una actividad que conforme su plan esté dirigida a ese fin" (idem). Obviamente, una tal noción de autor "debe analizarse frente a las dos posibilidades de acción propuestas: de sujeto solitario y de sujeto múltiple". (1984, pág. 244).

Pero respecto de esta última situación y vulnerando a nuestro entender, la función de garantía que el tipo penal tiene asignada, considera "que no es pertinente distinguir la entidad de los actos realizados en la acción colectiva para calificar de autores a los correalizadores... Lo que interesa es que hayan sido participantes de la finalidad en conjunto, que en la misma forma haya adoptado la decisión y que haya intervenido de alguna manera en la realización del plan concebido colectivamente" (pág. 245). Un tal planteamiento, que privilegia los componentes subjetivos, muy por encima de los objetivos, se ubica como es manifestado, muy cerca de los desarrollos de la teoría subjetivo extensiva y consecuentemente, son aplicables a su respecto las críticas que a esta se formulan.

Confirman lo anterior, la forma en que el autor en estudio distingue entre autor y cómplice, en cuanto exige que este último no participe con el primero ni en su designio, ni en su decisión de llevarlo a cabo, ni, en fin, en acordar una división del trabajo. La diferencia sustancial que existe entre cómplice y autor es de orden subjetivo: el autor tiene el propósito delictivo y realiza los actos tendientes a ese efecto; el cómplice no tiene la finalidad del autor; su propósito es ayudar a que éste alcance su designio" (pág. 245).

c) Su entendimiento de los supuestos legales

Comienza por manifestar su disconformidad con la doctrina dominante que, según se vio, mantiene que en el artículo 15 sólo están comprendidos supuestos de concurrencia, mientras el autor individual, vendría captado directamente en los tipos de la parte especial, y mantiene, por su parte, que es ese artículo "el que determina a quiénes se considera autores para los efectos del Código Penal; no corresponde, por tanto, restringir su alcance exclusivamente a la intervención de varias personas en el delito. Tal

posición plantea un pie forzado al artículo 15, sobre todo en relación al No 1, que dificulta su acertada interpretación" (Garrido, 1984, págs. 245-5) (1).

Concuerda con la doctrina dominante, en cambio, en que la noción de autor debe ser precisada por la doctrina, mas para ello, a su juicio, es el artículo 15 la disposición fundamental, dado que sin perjuicio de su carácter pragmático, el mismo recogería nuestra tradición histórico jurídica y tendría un sólido respaldo ontológico.

i) Autoría individual, el artículo 15 No 1.

(Autoría directa e indirecta)

En concordancia con lo antes expuesto, "Garrido disiente de la interpretación que tradicionalmente se ha hecho de las expresiones "tomar parte en la ejecución del hecho", que identifica las situaciones susceptibles de ser subsumidas en ella con supuestos de concurrencia (2) para lo cual se apoya en la interpretación que se ha dado en nuestro medio a la expresión "Hecho" (3).

A dicha expresión se le asigna un contenido mucho más amplio que el de la simple "acción", en cuanto, además de esta, comprendería el resultado —lo que tiene relevancia, en cuanto se considera a este como algo independiente de la acción (4), en el evento que se asigne a esta una

(1) Para la posición contraria, Vid., por todos, Cury V. "El concepto...", págs. 39 y sgtes.

(2) Vid. la interpretación propuesta por Antón O., y en general por la doctrina española más antigua, Surra, pág. 4.

(3) Sobre ello extensamente, H. Muñoz, op. cit., y bibliografía ahí cit., ya antes en el mismo sentido, Bustos R.J., "Concurso ideal de delito", Santiago, 1962, págs. 38 y sgtes. Para la posición que hoy mantiene este autor, Vid. Bustos, 1984, pág. 344.

(4) Así por ejemplo, Maurach, 1962, págs. 210 y sgtes.; Cury, 1982, págs. 239 y sgtes.; en contra Weizel, 1970, págs. 66 y sgtes.; Cerezo, "Curso de Derecho Penal Español", P.G. Madrid 1981, págs. 440 y sgtes.; Yáñez, "La evolución del sistema del Derecho Penal", Stgo., 1982 (inédito). Todos ellos dentro del ámbito del finalismo; en relación a los sistemas causalistas Vid., el cambio de posición de Novoa, "Curso...", págs. 285 y sgtes. y del mismo, "Causalismo y finalismo en Derecho Penal", 2da. ed., Bogotá, 1982, págs. 24 y 25, esp. nota 18. Sin embargo, Vid. también, Baquero, J., "Derecho Penal", tr. C. A. Finizi, Bs. As., 1981, págs. 116 y sgtes.; Sainz C., "Lecciones de Derecho Penal", P.G., T. II, Barcelona 1982, págs. 264 y sgtes. Una adecuada síntesis de todo el problema, en Cousiño M., "Derecho Penal" T. I., Stgo., 1975, págs. 338 y sgtes.

función y contenido, independiente de su tipicidad—, y el conjunto de circunstancias objetivas que el correspondiente tipo comprende; a partir de ello, concluye que "tomar parte en la ejecución de un hecho es realizar una acción que desencadena o da dirección a un proceso causal tendiente a alcanzar el resultado prohibido o no realizar algo que se debe ejecutar para impedir que un proceso causal siga su curso". (Op., cit. pág. 257).

En razón de lo anterior afirma "que el artículo 15 No 1 tiene un concepto de autor aplicable a la situación del sujeto único, que si bien no es incompatible con la posibilidad de coautores preferente y especialmente alude al autor individual"; para ello según él, la expresión tomar parte en la ejecución "no debe entenderse en sentido naturalístico... El acto en sí que se realiza, en cuanto realidad física fenoménica, no tiene mayor significación; lo que se debe tener en cuenta es cuál fue la "acción" ejecutada noción distinta que involucra vincular ese movimiento externo del hombre con la finalidad o propósito que lo dirigió y por el cual lo realizó" y agrega en nota que: "Los tribunales nacionales han reconocido este principio: la Corte de Apelaciones de Santiago..., declaró que lo que determina la autoría es la intención y no la objetividad del acto". (Págs. 257-8, notas 82, la negrita es nuestra).

Pilar fundamental de la interpretación que, para este numeral propugna Garrido, es la consideración de que: "Nunca, o sólo excepcionalmente, el sujeto podrá realizar todo el hecho; normalmente sólo tomará parte en él, sea provocando el proceso causal que lo constituye, aprovechando de uno ya desencadenado y limitándose a encausarlo conforme a sus fines, o impidiendo que se paralice o interrumpa aquel que cumplirá sus expectativas y cuya provocación o curso no ha tenido intervención" (pág. 261).

Ello le permite a Garrido referir el "tomar parte", no a la realización conjunta, por varios sujetos del hecho; sino a la producción de éste, en cuanto evento fáctico de contenido amplio. Los autores del artículo 15 No 1, tomarían parte en cuanto colocarían una de las múltiples condiciones necesarias para que el hecho se produzca; no en cuanto concurrieran con otros a ejecutar el mismo (5).

(5) En contra, extensamente y con expresa referencia al pensamiento de Garrido, Cury, "El concepto...", págs. 41-2.

Problema distinto es para Garrido, que la condición, la actividad realizada por el sujeto, sea aquella que conforme a su plan, "desencadena o da dirección al proceso causal". Vale decir, se "toma parte" en cuanto no se realiza todo el "hecho"; lo que no se opone, pero tampoco se identifica con la circunstancia de que la actividad desarrollada por el autor, sea aquella que conforme a su plan, aparezca como necesaria para dar al suceder causal, la dirección necesaria para que el resultado buscado por el autor se produzca.

Naturalmente, un tal entendimiento de dichas expresiones, es en el sistema del autor en estudio aplicable a los dos supuestos de autoría que el numeral contempla y que él denomina, respectivamente, autoría individual directa y autoría individual indirecta; siendo en todo caso determinante su puesta en relación con el segundo que a su vez determinará por oposición el contenido del primero.

Así afirma: "actuar directamente es obrar en forma diversa a la indicada en la segunda hipótesis de No 1, lo que involucra que el sujeto quien debe desencadenar un proceso fáctico por sí mismo o encausar uno ya en desarrollo, hacia la dirección que se desee conforme a sus propósitos" (op. cit., pág. 265, la negrita es nuestra). Importa destacar que Garrido considera que es esta la forma de autoría que concurre, cuando se utiliza como instrumento a otro sujeto, en cuanto "la persona es usada como simple instrumento ciego, ignorando que sirve como tal para la ejecución de un hecho" (idem); consecuentemente estima que "La inmediatez exigida por el No 1, se refiere a la no interposición de una persona entre el sujeto y la activación o incentivación del proceso fáctico en que consiste la realización del hecho (idem., pág. 268).

Paralelamente, la segunda hipótesis comprendida en el numeral, se referiría "a aquellos autores que actúan de manera indirecta, aprovechando su suceso que está en desarrollo y en el cual ellos no han intervenido, pero que materializa sus designios... Que un curso determinado de eventos le sirva a un sujeto para que sus propósitos se cumplan, no autoriza, por sí solo, para atribuirle ese hecho; únicamente puede imputársele cuando ese sujeto interviene en alguna forma en el proceso interponiéndose entre la víctima y aquellos que pretenden interrumpirlo para evitar el resultado. Desde ese instante hace suyo el proceso causal y la ley lo considera autor (pág. 269, la negrita es nuestra).

Crítica la interpretación propuesta por Yáñez, para esta segunda hipótesis, en cuanto, según él, implicaría un aprecio "la acción con ciertos objetivos materiales, acercándose peligrosamente a los principios causalistas que la esencias, restringiéndola a su mera exteriorización física"; a su juicio los ejemplos propuestos por Yáñez bien quedarían comprendidos en el artículo 15 No 1, bien en el No 3 si ha mediado un conculso previo (pág. 270).

En contra de este planteamiento, Cury ha opuesto, recientemente, que "se encuentra en contradicción con el texto de la norma y es, por consiguiente, inaceptable. En efecto, la disposición no considera autor al que toma parte en el hecho, sino a quien participa en su ejecución. Ahora bien, sólo los seres humanos pueden ejecutar algo, pues en definitiva, ello presupone la realización de una acción. Los cursos causales ocurren, las catástrofes naturales suceden o ocurren y las circunstancias concomitantes concurren, pero de ninguno de ellos puede predicarse que se ejecuten. Por tal motivo, tomar parte en la ejecución del hecho implica hacerlo con otros hombres en la acción que le sirve de base; en consecuencia, el artículo 15 no puede referirse a hipótesis de autoría única sino solamente a casos de coautoría. Y esto es válido para sus dos partes, puesto que la exigencia de que se haya tomado parte en la ejecución está referida a ambas" (1).

Esta crítica, que supone la aceptación por su autor de uno de los presupuestos básicos de la interpretación de Garrido, cual es, el alcance que debe darse a la expresión "hecho"; demuestra, sin embargo, que aún partiendo de un tal presupuesto, el artículo 15 No 1, siempre aparece referido a supuestos de coautoría y no de autoría individual, como pretende el autor criticado.

Sin poder discutir aquí, por razones obvias, los restantes presupuestos dogmáticos, en que funda el autor en estudio su proposición interpretativa, tales como su concepto de acción y lo que es más relevante, su concepto de acción típica (2) y de delito tentado; resulta impres-

(1) Cury, op. y pág. cit., subrayadas en el original.

(2) En todo evento, interesa destacar que, por nuestra parte y en consonancia con la doctrina dominante, creemos que lo verdaderamente relevante del finalismo -y aún si se quiere, del neocausalismo- en adelante, no es ya la teoría de la acción, sino la teoría del injusto. Cfr. R.F. Suárez M. "Consideraciones críticas en

cindible hacerse cargo de algunas inconsecuencias intrasistemáticas que afectan su exposición, por un lado y por el otro, de la minusvaloración de la función de garantía del tipo penal, que, según se apuntó ya, supone la misma.

En el último sentido anotado, Garrido en concordancia con los criterios que antes utilizara en relación a la tentativa, se desentendiende la función de garantía, que también compete al tipo fundamentador o sistemático; en cuanto, para afirmar la autoría, no pone en directa relación la acción realizada por el sujeto con el tipo de que se trata, sino que vincula esta con el hecho y este a su vez con el tipo. No se trata entonces de determinar si la acción realizada por el sujeto corresponde a aquella que dicho tipo contempla, sino de establecer, si el hecho en que dicha acción se integra, corresponde al que supone el tipo.

Es manifiesto que un tal proceder, la tipicidad de la acción realizada por aquel concurren- te cuya calidad de autor se trata de establecer, es un factor accesorio y accidental; que en todo caso, supuesta la identidad entre el hecho en que la misma se integra y el supuesto de hecho típico (3), no es imprescindible acreditar, para afirmar la autoría individual. Si ello se pone en relación con el hecho indiscutido en la doctrina comparada, de que es la función de garantía del tipo la que impone un concepto restrictivo de autor, fácil es imaginar las consecuencias a que un criterio como criticado puede llevar.

Paralelamente, si a lo anterior se suma que, a lo menos explícitamente, el autor en estudio rechaza el criterio del dominio del hecho, como útil para determinar la autoría, resulta que la calidad de tal viene en definitiva determinada por la voluntad de ser tal.

Lo anterior, sin embargo, sólo puede ser aceptado en el contexto del sistema en estudio, sujeto a algunas precisiones, lo que inmediatamente nos lleva al primero de los aspectos inicialmente apuntados.

Efectivamente, Garrido pretende poder derivar la autoría directamente del concepto de acción, sin considerar para nada el dominio o con-

(continuación nota No 2)

torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo", Madrid: 1963 esp. pág. 11; A. Kaufmann, "Sobre el estado de la doctrina del injusto personal", tr. L. Scherf, N.P.P. 1975, págs. 161 y sgtes.; Bustós 1984, págs. 167 y sgtes.

(3) Vid. Stratenwerth, 1982, pág. 61, nota de la tr.

rol, que sobre la secuencia causal necesaria para la producción del hecho pudiera "ex - ante" o "ex - post", tener el concurrente cuya calidad se trata de determinar.

Sin embargo, en su exposición, a lo menos en lo que con el ámbito típico que aquí nos interesa dice relación, se desliza en más de una oportunidad exigencias que se contraponen con la afirmación precadente. Así por ejemplo, se exige que la acción del autor desencadene el proceso fáctico o lo encauce, lo que indudablemente supone algún grado de control sobre el mismo.

No se trata entonces de que cualquier acción realizada en el contexto del hecho y con "animus autoris", convierta a quien la realizó en autor; sino que por el contrario, se exige que dicha acción reúna o tenga, en relación al curso causal, una determinada incidencia, objetivamente comprobable.

Pese a ello y por el empleo al efecto de expresiones ambiguas y aisladas, se nos deja en la más completa oscuridad, acerca de cuál es la incidencia específicamente exigida y acerca de cómo y cuándo debe comprobarse su concurrencia.

Ello, a nuestro entender, es consecuencia a su vez, del otro aspecto intrasistemáticamente problemático de la exposición de Garrido, cual es su percepción del rol que juega el disvalor de acción y el desvalor de resultado, para estos efectos.

Efectivamente, si bien en el terreno de los principios la sistemática del autor en estudio pretende o busca dar preeminencia al disvalor de acción, en el hecho, los criterios que exponen se acercan mucho más a aquellos sustentados por quienes dan preeminencia al desvalor de resultado.

Por su resistencia a reconocer el valor dogmático que, para determinar la calidad de autor, tiene el control o dominio que el concurrente tenga sobre los cursos causales necesarios para la realización del hecho típico, su criterio se encuentra muy próximo al de aquellos que, sobre la base de la teoría de la equivalencia, determinan dicha calidad desde el resultado, en razón del "animus" que concurre en el sujeto; olvidando o minusvalorando la acción efectivamente realizada por él.

ii) Fuerza o inducción, el artículo 15 No 2.

En este numeral, para Garrido, nuestro legislador habría recogido lo que en la doctrina comparada se conoce como el autor detrás del

autor o autoría mediata. Sin embargo, no es posible identificar el concepto y los casos que en dichas doctrinas se barajan, como constitutivos de esta forma de autoría, con la recepción que de la misma se hace en nuestra legislación positiva.

Según él: "En nuestra legislación, en la autoría mediata, el intermediador actúa dolosamente y no como simple instrumento; tiene conocimiento que comete un delito forzado o inducido y, por ende, si bien es mediador entre el que fuerza o induce y el resultado, es mucho más que un medio de ejecución, y por ello es también autor, pero inmediato. Esto tendría su excepción en el caso de aceptarse que en el No 2 se comprendiera a la vis absoluta. De manera que el legislador estableció estas dos formas de autoría teniendo en mente la comisión mediata, pero con un alcance diverso al que le reconoce a esta institución la doctrina europea..." (pág. 281, las negritas son nuestras).

Consecuentemente, excluye de este numeral la "vis absoluta" (1), entendiendo que en él sólo se encuentra comprendida la "vis compulsiva", que a su vez, puede ser física o moral (2); comparte por ende, el criterio de Novoa, a quien cita (págs. 283-4). Excluye también, "Las hipótesis (de "vis compulsiva") que importan una imposibilidad total de determinación por parte de la persona..."

Según Garrido, el empleo de fuerza es un caso de lo que él da en llamar "acciones complementarias" (3), mismas que en su sistema, regularmente, son constitutivas de complicidad y que se caracterizan por ser acciones independientes, dotadas cada una de su propia identidad y finalidad y que en conjunto "materializan el tipo penal"; para estos efectos, según él, quien emplea la fuerza debe obrar con dolo directo, mientras quien realiza materialmente la

(1) Según se sabe, es polémico en doctrina, si los supuestos de "vis absoluta" son constitutivos de autoría mediata o inmediata. Así, por ejemplo, Muñoz C. "Teoría...", pág. 202 y Gómez B., "Teoría...", pág. 146, entienden que en esos casos existe autoría mediata.

(2) En relación a las formas de atentar contra la libertad ajena de adoptar y realizar decisiones de voluntad, que pueden estimarse constitutivas de violencia, a efectos de las coacciones, Vid., Mir P. "El delito...", págs. 278 y sgtes.; Torio L. "La estructura...", págs. 22 y siguientes.

(3) Sobre ello vid., Garrido, op. cit., págs. 29 y sgtes. y 333 y sgtes.

conducta puede obrar también con dolo eventual, tal sería precisamente el significado de la expresión "directamente" empleada por el legislador (págs. 285-6).

Sin embargo, en definitiva, el autor no logra compatibilizar plenamente la situación en estudio con los principios generales de su sistema; ello por cuanto concluye afirmando la autoría, tanto de quien emplea la fuerza, como de quien es objeto de ella.

Se ocupa enseguida de la inducción (págs. 287 a 300), misma que define, siguiendo a Etcheberry, como hacer nacer en otro la resolución de ejecutar un hecho; excluye, expresamente, del ámbito de esta toda forma de fuerza o coacción y señala como condiciones para poder estimar que concurre; el que la acción del inductor haya sido decisiva en la resolución del inducido, que el inductor haya obrado dolosamente, que la inducción esté dirigida a personas determinadas y, en fin, que el hecho sea efectivamente realizado por el destinatario.

Finalmente, concluye el análisis de este numeral dando una somera referencia de la evolución de la autoría mediata en la doctrina europea y estudiando la utilidad que una tal noción tiene en presencia de nuestra legislación.

En el último sentido anotado, apunta que la "noción de autoría mediata en nuestro derecho aparece como superflua, pues ella es consecuencia de una inadecuada comprensión de la noción de acción" (pág. 307). A su juicio, "La autoría mediata no escapa, en cuanto a la acción que en sí importa, a su naturaleza de un actuar finalista, sin que ofrezca mayor alternativa la intermediación de un tercero" (pág. 308).

Consecuentemente, considera que todas las hipótesis que en el Derecho comparado se consideran constitutivas de autoría mediata, son reductibles al artículo 15 No 1 de nuestro Código Penal (4).

Analiza luego las hipótesis de utilización de un intermediario que actúa con dolo y la posibilidad de autoría mediata en los delitos culposos, donde se ocupa detenidamente de la tesis de Rodríguez Mourullo y del ejemplo jurisprudencial que este rescata en apoyo de la misma. Por nuestra parte y sin poder ocuparnos de ello aquí, concordamos con Gómez B., en que dicho ejemplo es en realidad un caso de imputación

(4) A este respecto, críticamente, Vid. Cury V. "El concepto", págs. 47-8.

objetiva. (Gómez B., 1984, págs. 126-7); por lo demás es ese también el criterio que implícitamente sustenta Garrido.

iii) La coautoría del 15 No 3

Finalmente, se ocupa Garrido de la Coautoría que, para él, en contraposición con lo que se ha sostenido aquí, se encuentra regulada solamente en este artículo y numeral; vale decir, no sería deducible directamente de los correspondientes tipos de la parte especial.

Si lo anterior se pone en relación con el concepto de acción de sujeto múltiple, que según ya se indicó constituye una de las bases del sistema de este autor, resulta que los tipos que contemplaban una tal clase de acciones no serían nunca autosuficientes; pues, para determinar al sujeto activo de los mismos, sería imprescindible recurrir al artículo 15 No 3. Por la inversa, ello importa afirmar también, que la concurrencia de un sujeto en una acción de sujeto múltiple, sólo es punible en cuanto asuma alguna de las formas contempladas en la disposición que nos ocupa.

Evidentemente, la vinculación que este autor establece entre el artículo 15 No 3 y la acción de sujeto múltiple, lo obliga a entender, siguiendo a Etcheberry, que en dicho numeral el legislador ha dado amplia preeminencia al plano subjetivo de la acción.

Del mismo modo, a propósito del análisis del origen del texto, concluye, consecuentemente, que en la coautoría no hay participación en el hecho ajeno, ni tampoco realización de un hecho propio —individual—, sino que "los coautores realizan un hecho común..." (pág. 315, la negrita es nuestra).

Entiende el requisito básico de este numeral, el concierto, el "unificar propósitos como el establecer una intención común entre varias personas mediante la identificación de las diversas finalidades que pueden tener individualmente", lo cual "presupone una triple unidad: unidad de propósitos entre los participantes, unidad de resolución de ejecución y unidad en cuanto al plan para concretar el propósito" (pág. 317).

En este contexto, se hace cargo de las críticas que en la doctrina comparada se han dirigido a la supervalorización de una tal exigencia, como determinante de la noción de autoría por encima de la actividad objetivamente desplegada "in concreto" por el concertador (1).

(1) Vid., ops. cit. supra, pág. 37 nota y además G.R. Mourullo, "Comentarios...", I, págs. 829 y sgtes.

Para ello invoca dos órdenes de argumentos, de un lado el hecho de que las legislaciones frenen a las que se han formulado tales críticas, no exijan expresamente, como si lo hace la nuestra, un tal concierto y, del otro, que una crítica como la expuesta, desnaturaliza la acción humana, en cuanto minusvalora o simplemente desconoce su componente subjetivo, la finalidad común. Obviamente, en la base de dicho razonamiento, se encuentra la noción de la acción de sujeto múltiple antes expuesta.

En el mismo sentido y frente a la crítica, de que un entendimiento como el propugnado por él infringiría el principio de tipicidad, Garrido cita el ejemplo de la autoría mediata (propia, mente tal), donde dichos críticos aceptan "que lo materialmente realizado por una persona se atribuya a quien lo usó como instrumento", sin que por ello se infrinja el citado principio (página 319).

A nuestro entender, al hacer las consideraciones precedentes, es Garrido quien incurre en una percepción causal-materialista de lo que sea la realización del tipo, al partir de la base que sus críticos entienden y sólo pueden entender por tal, la realización, en sentido objetivo-formal, de propia mano, de acciones típicas y al oponer a un tal entendimiento, la noción de acción de sujeto múltiple, que si bien admite la autoría de sujetos que no participan en esa forma en la ejecución, en definitiva está construida sobre la misma percepción de lo que debe entenderse por realización del tipo.

Resulta así que en este sentido, la noción de acción de sujeto múltiple viene a ser una solución de compromiso, que permite compatibilizar un entendimiento mecánico-causal de la realización del tipo, con la afirmación de la coautoría de sujetos que no participan de propia mano en la misma. Ello, por cuanto se independiza la acción (típica) de lo individualmente realizado, para poner en relación el conjunto de lo realizado, como una sola acción, con el tipo; pudiendo entonces afirmarse que la acción realiza (en sentido mecánico-causal) el tipo, lo que, según se verá, aparece de manifiesto en el ejemplo de la autoría mediata.

Más, si se cambia la percepción de lo que la realización del tipo sea, entendiendo por tal el "tener en la mano" la complementación de la descripción típica del hecho", el "dominar la realización del tipo" (2), aparece de manifiesto

(2) Roxín, cit., por Gómez, 1984, pág. 106.

aquello que tienen en común la autoría mediata y las formas de concurrencia susceptibles de ser consideradas constitutivas de coautoría, sin infringir el principio de tipicidad.

No se trata entonces de que en razón de la existencia del concierto, deba negarse toda relevancia a la incidencia externa de la acción realizada por el concertado, lo que indiscutiblemente infringiría el principio de tipicidad, sino que: "La forma adecuada de la distribución de funciones puede poner de manifiesto en la coautoría que también una aportación al hecho que formalmente no se incluye en la acción típica, basta para ser penada como autoría; tiene que tratarse de una parte necesaria de la realización del plan total, en el marco de una división del trabajo" (Jeschek, 1982, págs. 899).

Más, según ya se apuntó, el sistema de Garrido no prescinde tampoco del aspecto exterior de la acción realizada en el marco del concierto, sino que, bajo el epígrafe de "Participación en la Ejecución" (lo que viene a confirmar nuestra crítica), exige que dicha acción sea subsumible en alguna de las formas de comportamiento descritas en el numeral. Con ello, aparece de manifiesto que el criterio de este autor, de un lado —en cuanto prescinde de la incidencia de lo objetivo—, amplía en exceso la coautoría y del otro —en cuanto la restringe a los comportamientos descritos en el artículo 15 N° 3— la limita en demasía.

Esto último, se ve confirmado por los ejemplos jurisprudenciales que el mismo cita, donde, de un lado, se considera coautor de violación a quien se limita a permanecer en la puerta de la habitación donde esta se lleva a cabo, "armado de una navaja, viendo si alguien venía" y del otro, se exige para la coautoría, además del concierto, "la ejecución de algún acto encaminado directo o inmediatamente a la realización del hecho". (Garrido págs. 320, notas 260-1.).

VII. EL CONCEPTO DE AUTOR Y EL TIPO PENAL

Según se expuso al comienzo de este trabajo, consideramos con la casi unanimidad de la doctrina nacional, que el problema de la autoría es un problema de tipo penal.

La noción de autor viene antes que nada, determinada por el correspondiente tipo penal y es precisamente esta consideración la que, de una parte, obliga a manejar un concepto restric-

tivo de autor y, de la otra, válida y aún compele el recurrir a la teoría del dominio del hecho, como criterio básico para definir la autoría.

Como señala Gómez B.: "Una... consecuencia de la teoría penal de la tipicidad —entendida como expresión dogmática del principio de legalidad— fue la necesaria búsqueda de un criterio diferenciador de la autoría y la participación, que tomase como punto de partida el abandono, por tanto, del denominado concepto "unitario" de autor". (Gómez B., 1984, página 103).

Supuesto lo anterior y descartada la posibilidad de recurrir a un concepto formal-objetivo de autor, que reduzca la autoría a la propia mano, no resta sino el definir la autoría sobre la base de lo que se entienda por realizar el tipo; vale decir, no resta sino el recurso a la teoría del dominio del hecho, como la que mejor aprehende lo que tal realización es. Con ello nuestra posición viene a coincidir, en lo esencial, con la sustentada por Yáñez, compartiendo, por ende, la mayoría de los presupuestos teóricos en que esta se sustenta.

Importa destacar, sin embargo, que para arribar a la conclusión precedente, no ha sido en modo alguno necesario recurrir al artículo 15; lo que no es sino una lógica consecuencia de nuestra premisa fundamental, de que el problema de la autoría pertenece a la teoría del tipo penal.

Efectivamente, si la noción de autor y los criterios que la definen, son parte de la teoría del injusto, y es en esta sede y no al interpretar el artículo 15, donde deben revisarse y resolverse los problemas básicos que dicha noción entraña. Es en esta sede, donde deben establecerse los criterios y parámetros que permiten imputar el hecho, como suyo, a un sujeto y, consecuentemente, caracterizarlo como el autor del mismo.

Lo anterior, es generalmente admitido sin más, en los supuestos de autoría individual y mediata, respecto de los cuales la generalidad de la doctrina está conteste en que unos tales autores, vienen captados directamente en los correspondientes tipos de la parte especial. Ello es particularmente relevante, en el caso del primer, por cuanto en nuestro medio, normalmente, son los criterios utilizados para definir al autor individual, el parámetro a partir del cual se establece y evalúa críticamente la mayor o menor extensión del artículo 15; olvidándose al hacerlo, muchos autores, que ellos por su par-

te, han definido antes la coautoría sobre la base de la causalidad, respecto de la cual el artículo 15 resulta más bien restrictivo.

No ocurre lo mismo sin embargo, con la coautoría, donde el siempre difícil problema de su delimitación de la complicidad y el encubrimiento, por un lado y las, a nuestro entender, erradas interpretaciones del artículo 15, a que se ha hecho referencia, por el otro, han oscurecido el problema, induciendo a algunos a darle, explícita o implícitamente, el tratamiento de una causa de extensión de la responsabilidad penal, que, en cuanto tal, estaría requerida de una disposición de la parte general del código que la establezca y delimite y, que en el caso de nuestro C.P., sería el artículo 15.

Sin embargo, establecido que sea, que el encubrimiento no es una forma de participación en el injusto ajeno; que el cómplice es en relación al autor una figura accesoria, que se define, precisamente, por ser un cooperador dólido, que no tiene o no comparte el dominio del hecho (1) y, en fin, que los coautores no son otra cosa que autores, el problema desaparece y, por la inversa, aparece de manifiesto que en relación a unos tales autores, deben emplearse los mismos criterios que se emplean en relación a los restantes. En suma, aparece de manifiesto que el problema de la coautoría, es también un problema de la teoría del tipo penal.

Nuestra posición, contrariamente a lo que pudiera pensarse, no es extensiva, sino restrictiva; en cuanto hace directamente aplicables al coautor, todas las limitaciones que el correspondiente tipo de la parte especial suponga.

Consecuentemente, la coautoría, que se define por el dominio funcional del hecho que tienen todos y cada uno de los coautores, también viene captada primero y directamente en el correspondiente tipo de la parte especial; lo que, supuesta la vigencia del principio de imputación recíproca, no supone que para ser coautor el sujeto debe necesariamente realizar una acción ejecutiva.

Un problema es si el codominio del hecho que posee el coautor debe o no actualizarse al momento de la ejecución y cuando puede entenderse que así ha ocurrido. Obviamente, quienes siguiendo a Roxin, entiendan que la coautoría "...se presenta como correalización del, bajo en la fase de ejecución" (2) exigirán, al

(1) Vid. Stratenwerth, 1982, págs. 231-2.

(2) Roxin, cit., por Gómez B., 1984, págs. 110.

igual que éste, la actualización. (Así por ejemplo, Gómez B. y Cerezo) mientras, por el contrario, quienes con Welzel admitan que "el minus de participación" en la real ejecución del hecho se equilibra con un correspondiente "plus" en la planificación conformadora del delito" (3) o que quien "asume la planificación y organización del hecho configura su desarrollo y participa así, en el dominio del hecho" (4) no harán tal exigencia, admitiendo que, eventualmente, quien sólo realiza actos preparatorios pueda ser considerado coparticipador del dominio del hecho y por ende coautor. (Así, además de Wessels y Jeschek, Stratenwerth y Mir Puig).

En este último sentido y en relación a la situación del "jefe de la banda" que no acude al lugar del hecho, Mir P., apunta: "Debe serlo sin duda (autor) si sólo él conoce la totalidad del plan, del que los demás no son sino piezas parciales —del mismo modo que el arquitecto es el autor de la casa antes que el albañil—, y también si sigue controlando el hecho a distancia y no deja en manos de otro u otros su dirección última". (Mir P., 1983, págs. 167).

No es del caso, sin embargo, tomar partido aquí por una u otra posición y no lo es, porque a nuestro entender, nuestro C.P., resuelve expresamente esta y otras situaciones igualmente conflictivas que se dan en el ámbito de la autoría.

Lo que sí nos interesa destacar, en cambio, es que manteniendo el problema de la autoría en el ámbito dogmático que le es propio, la teoría del tipo penal puede mantenerse válidamente tanto una como otra posición; sin que, en el actual estado de evolución de la ciencia, una tal elección pueda, dogmáticamente, ser calificada, sin más, de errada, con lo cual la decisión quedará, por ahora, entregada al ámbito de la política criminal.

Resumiendo:

i) "Fundamento de la autoría es el tipo legal (concepto de autor referido al tipo). Las disposiciones penales de la parte especial del C.P. presuponen como cosa natural que la autoría se deduce directamente de la realización del tipo. Quien (o quienes) por sí mismo ejecuta una acción amenazada con pena y realiza en su persona todas las características del tipo objetivo y

(3) Wessels, 1981, págs. 158.

(4) Jeschek, 1982, págs. 944.

subjetivo de lo injusto, es, sin más, autor" (1).

ii) "En el aspecto sistemático, la exposición de las formas de participación pertenece a la teoría del tipo de lo injusto. Esto es la consecuencia del nexo..., entre realización del tipo y autoría. De la realización típica de la teoría del autor también se infiere que los criterios de la teoría del autor se ajustan a la peculiaridad del tipo penal correspondiente" (2).

iii) En los delitos dolosos comunes, en que por imperativo típico no entran a jugar otros criterios, ni conocen un deslinde en el grupo de autores posibles, el criterio más exacto para definir la figura del autor y atribuirle el hecho como suyo, es el del "dominio del hecho" (3).

iv) Ello, que es válido en general, es particularmente cierto en aquellos sistemas que manejan un tipo complejo, imputando el dolo, o la culpa en su caso, al injusto y no a la culpabilidad. (4)

v) Por ende, en los delitos dolosos comunes y habida cuenta de la ubicación que dentro del sistema de la teoría del delito tiene la autoría, será el criterio del dominio del hecho, el que, a partir del correspondiente tipo de la parte especial, nos permitirá atribuir al sujeto la calidad de autor, individual, mediato o coautor (5).

vi) Consecuencialmente, es en esta sede, donde deben precisarse los requerimientos propios de cada una de las formas de autoría antes señaladas. Así, por ejemplo, en esta sede es donde corresponde analizar las condiciones que debe reunir el acuerdo de voluntades necesario a la coautoría, para poder afirmar que esta se da.

vii) Obviamente, será en esta sede también, donde se establezca si el tipo de que en concreto se trata, exige o no tener en cuenta otros criterios, que complementen o desplacen el del dominio del hecho, al momento de determinar la figura del autor.

b) Un fundamento de texto adicional

Las consideraciones precedentes, a nuestro entender sólidamente afincadas en los principios básicos que gobiernan el sistema de la teo-

(1) Wessels, 1981, pág. 149.

(2) Idem, pág. 151.

(3) Bustos, 1984, pág. 326.

(4) Vid., Stratenwerth, 1982, pág. 236.

(5) Vid. en general, Jescheck, 1982, págs. 885 y sgtes. y Gómez B., "Teoría...", págs. 124 y sgtes.

Ahora bien, si se pone en relación la conclusión anterior, con las correspondientes disposiciones de nuestro Código Penal, resulta que los artículos 16 y 17, son indispensables para poder sancionar las conductas desplegadas por los sujetos a que ellos se refieren; mientras, por el contrario, los supuestos de autoría podrían sancionarse con total prescindencia del artículo 15.

Una tal consideración por lo demás y como desde siempre lo ha destacado la doctrina dominante, parece no haber estado ausente del pensamiento del legislador, mismo que, clara e inequívocamente, pretendió definir en los artículos 16 y 17 lo que debía entenderse por cómplices y encubridores, utilizando al efecto la expresión "Son", mientras en el artículo 15, por contraposición, empleó las expresiones "Se consideran".

Sin embargo, la doctrina dominante no ha querido nunca llevar la conclusión precedente hasta sus últimas consecuencias, manteniendo, por el contrario, una estrecha relación entre el concepto de autor y el artículo 15, aunque sólo sea para efectos de la coautoría. Vale decir, la doctrina dominante no considera posible, en presencia de nuestro Código Penal, definir la autoría propiamente tal, con prescindencia del artículo 15; lo que por nuestra parte creemos a lo menos parcialmente posible.

Las limitaciones para definir la autoría propiamente tal al margen del artículo 15, derivan a nuestro entender, del hecho que la doctrina dominante prescinde totalmente del contenido normativo del artículo 14, al momento de elaborar dogmáticamente la teoría de la autoría y la participación; en circunstancias que es precisamente dicho artículo el que establece las distintas categorías de responsables criminalmente de los delitos: 1º Los autores; 2º Los cómplices; 3º Los encubridores.

Más, según se ha visto, el Código Penal, habiéndose eco de los requerimientos dogmáticos y político criminales correspondientes, sólo define en los artículos subsiguientes quiénes son cómplices y quiénes son encubridores y no quiénes son autores.

En tales circunstancias y sin pronunciarnos por ahora respecto al rol dogmático que compete cumplir al artículo 15, no cabe sino entender que los autores a que se refiere el artículo 14 No 1, son aquellos cuya responsabilidad penal deriva directamente de los correspondientes tipos de la parte especial. En otros términos, la

responsabilidad penal de los autores y las condiciones que determinan la calidad de tal, en nuestro Código Penal, están establecidos por la puesta en relación del artículo 14 No 1, con los distintos tipos de autor que se contemplan en la parte especial y con el artículo 50 (1).

En un razonamiento dogmático análogo al expuesto precedentemente, apoyado además por consideraciones semánticas, funda Ruiz Antón (2), su rechazo a la teoría del dominio del hecho frente a la legislación española; esto es arriba a la conclusión diametralmente opuesta a la defendida aquí, sin perjuicio de lo cual, resulta ilustrativo hacer una breve referencia a su pensamiento.

Debe tenerse presente, en todo caso, que los razonamientos de Ruiz A., destinados a demostrar la incompatibilidad recién aludida, en su gran mayoría giran sobre la base del artículo 14 No 3 del Código Penal español, que consagra la discutida figura del cooperado necesario, misma que, afortunadamente, no fue recogida en nuestro Código Penal; con lo que, desde ya, dichos argumentos pierden, en este último, su base de sustentación.

Para este autor, todos los "signos lingüísticos" empleados por los artículos 12 y sgtes. (del C.P. español), pertenecen al mismo "campo lingüístico", por lo cual el "sema" (rasgos propios o comunes de cada signo) de cada uno de ellos viene codeterminado por el de los demás y viceversa. Vale decir, que todos los signos lingüísticos relevantes en el ámbito que nos ocupa, tienen un contenido o significado propio "que sólo puede determinarse por oposición y en función de los otros signos —tomar parte directa en la ejecución del hecho, forzar o inducir directamente a otro a ejecutarlo, cooperar con actos de auxilio necesario, complicidad —que integran el resto de las categorías del comportamiento criminal" (Ruiz A., op. cit., pág. 115).

Supuesto entonces que se ha determinado, por un procedimiento de oposición, los rasgos propios de cada palabra y supuesto que la relación que entre ellas existe no es puramente arbitraria, sino que corresponde el lugar que estruc-

(1) En contra Cerro, quien considera que el correspondiente artículo del C.P. español es sólo "un precepto de referencia". Vid. Cerro, 1975, pág. 45, nota 12, 1982, pág. 166.

(2) Ruiz A., 1982, págs. 113 y sgtes.

turalmente ocupa dentro del campo semántico a que pertenece, habremos establecido los límites de la parcela de la realidad que cada uno de dichos signos está llamado a aprehender.

En este contexto y al igual que ocurre con la adecuación típica, por imperativo del principio de legalidad, a cada uno de los signos lingüísticos empleados por el legislador, sólo le corresponde aprehender una parcela de la realidad del comportamiento delictivo jurídico penalmente relevante y no puede mediante un juicio de valor, por ejemplo, el dominio del hecho, serle asignada otra, con independencia de su propio contenido y del de aquel signo lingüístico que está llamado a aprehender esa otra parcela.

Según él, "existe entre los distintos componentes conceptuales empleados por el legislador español para representar la realidad del comportamiento criminal una incompatibilidad plena" y así, tal como constituye un contrasentido lógico decir que un asesinato es un allanamiento de morada, otro tanto sucede cuando se afirma que el cooperador necesario es autor.

De allí deriva precisamente su repulsa a la teoría del dominio del hecho, en cuanto ésta determina la calidad de autor o de cómplice mediante un juicio de valor, haciendo caso omiso de los signos lingüísticos empleados por el legislador y del hecho que la conducta desplegada por el sujeto, correspondía a la parcela de la realidad que constituye el contenido conceptual de uno de esos signos (1982, págs. 116-7). Un tal proceder, a su juicio, sólo es posible en aquellos sistemas positivos que carecen de específicos conceptos típicos para aprehender la realidad del comportamiento delictivo.

En aquellas legislaciones que sí emplean específicos conceptos típicos, la labor del jurista consiste en encontrar sus oposiciones, no en equipar comportamientos estructural y sistemáticamente diferentes. "Con gran corrección lingüística el legislador todo lo más a lo que se ha atrevido en el artículo 14 es a expresar que 'se consideran autores' a una serie de sujetos cuyos comportamientos no se corresponden con el concepto de autor empleado en el artículo 12 No 1... Cosa distinta es que los distintos comportamientos a que hace alusión el artículo 14 deban recibir el mismo trato que el autor en sentido propio; pero entonces de lo que se trata no es de equipar conductas estructuralmente opuestas, sino sujetos a los que a efectos de pe-

na se las castiga como si fueran autores..." (Ruiz A., 1982, pág. 119 la negrita es nuestra).

Consecuencialmente, "si el concepto de autor se ha de deducir a partir de la relación opositiva que mantiene con el resto de las conductas que revisten relevancia en nuestro Código Penal, autores serán sólo aquellos a que se refiere el artículo 12 No 1 al considerarlos, como tales, responsables criminalmente. Dentro de esa categoría deberán incluirse todos los supuestos de autoría: autor inmediato, autor mediato y cóautor. Todos ellos son autores. Por otra parte desde el momento que el artículo 12 No 1 debe ser relacionado sistemáticamente con el artículo 14, y éste establece que la pena que corresponde imponer al autor es la que se halla previsto para el delito o falta que hubiere cometido, es el propio tipo el que nos va a servir de punto de referencia para segregar del conjunto de comportamiento con relevancia para el sistema positivo español los que integran la categoría de autor" (1982, pág. 120).

Compartiendo en lo sustancial la interpretación, que de la relación en que se encuentran las normas positivas relativas a la concurrencia criminal, propone Ruiz A.; a lo menos en lo que con nuestro C.P. dice relación, no podemos compartir su repulsa a la teoría del dominio del hecho, ni la interpretación de la función del artículo 15, en que la misma se funda.

Dejando de lado, por no poder extendernos sobre ellas ahora, algunas diferencias de fondo en cuanto a la concepción misma de la hermenéutica penal, creemos que la repulsa referida, tiene su origen en una percepción de la función del artículo 14, que pudiendo quizás ser válida en relación a él, es insostenible respecto de nuestro artículo 15; que en definitiva no constituye sino un juicio de valor del legislador, expresamente consignado en el C.P., según se verá.

En todo evento y excluido el artículo 14, Ruiz A. recurre también a la teoría del dominio, como principio rector para diferenciar la complicidad de las distintas clases de autoría contempladas en el artículo 12 No 1 y para distinguir estas entre sí.

VIII. LA FUNCIÓN DEL ARTICULO 15

a) En relación a los delitos dolosos comunes.

Supuesto entonces, que los tipos penales de la parte especial, son tipos de autor y que, con-

secuencialmente, la responsabilidad penal de unos tales partícipes se deriva directamente de los mismos, en relación con el artículo 14 No 1 y con el artículo 50; cabe preguntarse qué función cumple el artículo 15 del C.P., en un tal sistema y si el mismo excluye o no la aplicación de la teoría del dominio del hecho, como principio rector, en los delitos dolosos comunes.

Apuntamos desde ya, que el problema que ahora nos ocupa, no es el de la correcta interpretación de cada uno de los supuestos contemplados en dicho artículo, sino el íntimamente vinculado a éste, de establecer cuál es la función que dicho artículo cumple dentro del sistema positivo chileno.

A nuestro entender, en dicho artículo se contiene una decisión político-criminal de nueva legislación; misma que, frente a hipótesis dogmáticamente conflictivas y consciente de sus limitaciones, dispuso expresamente la aplicación de la pena correspondiente a los autores, pero sin pronunciarse acerca de la naturaleza última de tales conductas que, bien pueden ser constitutivas de autoría y bien pueden no serlo. Así por ejemplo, excluidas las teorías unitarias, el instigador jamás podrá ser considerado un autor.

Más lo anterior no supone tampoco, como pretende la doctrina dominante, que se deba partir de la consideración que las conductas descritas en el artículo 15, no son, por definición, constitutivas de autoría; por el contrario, Yáñez ha demostrado convincentemente, que dichas descripciones, excluidos los supuestos de instigación, corresponden a conductas que apreciadas conforme a la dominante teoría del dominio del hecho, son constitutivas de autoría.

Vale decir, en principio, al legislador no le preocupa tanto la naturaleza intrínseca de las conductas que dicho artículo contempla, como el que a las mismas se les aplique la pena correspondiente a los autores; por ende, el interés se encuentra en relativa libertad para investigar la naturaleza de tales conductas.

Dicha libertad, sin embargo, no es en modo alguno absoluta, pues se encuentra limitada tanto por la decisión político criminal que sirve de fundamento a la disposición, como por la expresa previsión del artículo 16, en el sentido de excluir de su ámbito de aplicación las conductas contempladas en el artículo que lo precede. A lo cual debe además sumarse el criterio a que en general debe estar-se para establecer

la figura del autor en el Código Penal, y el concepto de injusto que él mismo consagra.

En el primer sentido anotado, es evidente, que si el Código Penal castiga con la pena correspondiente a los autores estos supuestos, es porque considera que los mismos se encuentran más cerca de la autoría, que de la complicidad; consecuencialmente, el intérprete debe también preferir aquella interpretación de los mismos, que más los acerque a la autoría propiamente tal.

Señalamos, que existen situaciones cuya calificación como autoría o como complicidad es polémica y que frente a ellas, el artículo 15 resuelve una expresa decisión de sancionadas con la pena de los autores; si ello es así, entonces dicho artículo sólo debe abarcar las situaciones en que un tal conflicto se presente, no pudiendo extenderse su aplicación a aquellas otras en que así no ocurre y cuya calificación como constitutivas de complicidad es pacífica.

En suma, atendido el fundamento de la disposición, la previsión general del artículo 14 acerca de las personas responsables criminalmente y la sanción aplicable de las interpretaciones posibles, debe siempre preferirse aquella, que reduzca el ámbito de aplicación del artículo a situaciones cuya calificación como autoría resulte, en sede de tipo conflictiva, pero posible; excluyendo del mismo por lo tanto, aquellas otras que ya en esa sede, aparezcan como constitutivas sólo de complicidad.

La reducción postulada encuentra una confirmación adicional en la expresa previsión del artículo 16, que establece su aplicación subsidiaria, respecto del artículo 15.

Comencemos por recordar que naturalmente y particularmente en la sistemática aquí propuesta, tanto el artículo 16 como el artículo 15, que el mismo define, tienen naturaleza subsidiaria, respecto de la autoría. Paralelamente, si la necesidad de que una norma expresa consagre la punición de la complicidad deriva del principio de legalidad, la necesidad de intentar definir la conducta del cómplice, tiene su origen, de un lado, en la equivocada consagración del encubrimiento como una forma de participación que establece nuestro Código Penal, y del otro, en el artículo 12 No 3 del Código Penal español de 1848, que también definía la actividad del partícipe que contemplaba sobre la base de la idea de cooperar.

Sin embargo, atendida la ambigüedad de la concreta descripción legal y la naturaleza misma

de la complicidad, aún en presencia de nuestro Código Penal, es necesario recurrir a la autoría y por ende a la teoría del dominio del hecho, para definir al cómplice; con lo que resulta, que para determinar el ámbito de aplicación del artículo 16, habrá que comenzar por excluir a los autores, cuya conducta realiza los tipos legales.

De otro lado y supuesto que la conducta de que se trate no sea claramente subsumible en el correspondiente tipo legal, la existencia misma de la expresa previsión que nos ocupa, demuestra, por sí sola, que puede producirse un conflicto, en cuanto a cuál sea la disposición en que corresponde subsumir tal conducta; para lo cual, obviamente, la misma debe llenar además las exigencias del artículo 15 a lo menos en su aspecto objetivo.

Consecuencialmente, el intérprete, en presencia de una conducta que cumpla con los requisitos recién indicados, debe decidir en cuál de los dos artículos se subsume la misma, teniendo para ello presente, en todo caso, el carácter preferente del artículo 15.

Para adoptar una tal decisión, el intérprete no tiene otra posibilidad que recurrir al mismo criterio que en general se postula para diferenciar al autor del cómplice; esto es, deberá recurrir al criterio del dominio del hecho. (1)

Resulta así, que las conductas que el artículo 16 excluye expresamente de su ámbito de aplicación, son aquellas que, junto con no ser evidente e indiscutiblemente subsumibles en el correspondiente tipo penal y reunir los requisitos del artículo 15, apreciadas con el criterio del dominio del hecho, se encuentran más cerca de la autoría que de la complicidad; o, lo que es lo mismo, difícilmente puede estimárselas constitutivas sólo de complicidad.

Importa destacar, eso sí, que la formulación precedente, a nuestro entender plenamente válida en los supuestos de delito doloso comunes, debe ser matizada en su aplicación a otros ámbitos típicos.

Cabe apuntar además, que el recurso a la teoría del dominio, junto con ser general el más seguro para definir y diferenciar las figuras del autor y el cómplice, encuentra un apoyo adicional en la concepción compleja del injusto que recoge nuestro Código Penal, al incorporar el dolo al tipo de lo injusto.

(1).-Expresamente en contra, en relación al Código Penal español, Sainz C. "Lecciones de Derecho Penal", T. III; Barcelona, 1985, pág. 190.

calidad de autor del partícipe, con independencia de que efectivamente haya tenido, o adquirido con ello, el dominio del hecho, puede recurrirse al artículo 15 N° 1, en cuanto los partícipes que hayan realizado las acciones ejecutivas que el mismo contempla, recibirán en todo caso la pena correspondiente a los autores.

Del mismo modo, frente al complejo problema de quien, en el marco del concierto o división del trabajo que determinan el dominio funcional del hecho, sólo realiza actos preparatorios, puede recurrirse a lo dispuesto en el artículo 15 N° 3, primera parte.

Debe tenerse presente, sin embargo, que en este caso, como ya lo advirtió Yáñez, la amplitud de movimientos concedida al intérprete es aún mayor; dado que frente a esta hipótesis, dentro del marco general de la teoría del dominio, caben dos distintas interpretaciones, de amplitud muy distinta.

Así, puede, de un lado, siguiendo a Welzel, Bockelmann, darse preponderancia al aspecto subjetivo de la concurrencia; entendiéndose, que la contribución prestada por un tal partícipe a la conformación de la voluntad común, y por ende, al concreto curso que se seguirá para la realización del hecho, compensa la falta de concurrencia objetiva, determinando un condominio del hecho.

Pero también es posible entender, por la referencia que el Código Penal hace a que el "medio" facilitado por un tal partícipe efectivamente haya servido para llevar a cabo el hecho, que es posible hacer distinciones de carácter objetivo respecto de unos tales partícipes, entendiéndose que los mismos, sólo podrán ser sancionados a este título, cuando su contribución al hecho aparezca, "ex - ante", como imprescindible para la realización del mismo; con lo cual, obviamente, se reduce notablemente la amplitud de la disposición.

A la misma conclusión, pero fuera ya de la teoría del dominio del hecho, puede llegarse intentando alguna solución análoga a la "teoría de los bienes escasos", propuesta por Gimbernat en España (1).

Finalmente, en el artículo 15 N° 3, segunda parte, pueden subsumirse todas aquellas situaciones de causalidad psíquica, de apoyo psicológico, en que puede afirmarse que el concertado, que se limita a "presenciar" la ejecución del he-

(1). Vid. Gimbernat, 1966, págs. 151 y sgtes.

cho, sin tomar parte inmediata, tiene el dominio funcional del hecho; en la medida que su acción de presenciar, juzgada acorde el plan de los autores, aparezca como imprescindible para la realización del hecho, o bien, suponga una actualización, al momento de la ejecución, de su labor de dirección.

Vale decir, en esta hipótesis por ejemplo, quedaría comprendida la situación del organizador del plan delictivo, que además está presente al momento de la ejecución, supervisándola y también la de aquellos partícipes, cuya presencia resulte "ex - ante", necesaria.

b) La función del artículo 15, en otros ámbitos típicos.

Según ya se ha apuntado aquí, para la doctrina mayoritaria, el criterio del dominio del hecho, sólo es válido en determinados ámbitos típicos; los delitos dolosos comunes, donde no concurren otros criterios de imputación objetiva al autor, que lo desplacen, tales como la infracción a un deber especial, o la necesidad de una actuación de propia mano. (2)

En tales ámbitos sólo podrá ser autor, aquel sujeto que reúna en sí las características exigidas por el tipo, ocupando el dominio del hecho un rol subsidiario (para el evento que concurren varios sujetos que las reúnan) en lo que con la delimitación entre autor y cómplice dice relación.

Destacada e indiscutiblemente, pertenecen a este grupo los delitos especiales propios, en los cuales la calidad de autor está condicionada a la lesión de un deber especial, especificado en el tipo; así por ejemplo, el deber de garante en los delitos impropios de omisión. (3)

Cabe preguntarse entonces, por el rol o función que al artículo 15 le corresponde cumplir en estos ámbitos típicos y si el mismo es o no aquel que, según vimos, cumplía en los delitos dolosos comunes.

Apuntemos, desde ya, que en principio, la función del artículo 15 sigue siendo esencialmente la misma: consignar expresamente la

(2) Vid., en general Wessels, op. cit., págs. 151 y sgtes. (3) Recuérdese además que a esta clase de delitos pertenecen muchos de los llamados delitos funcionarios y que también se requiere, con progresiva frecuencia a ellos para definir el ámbito del llamado Derecho Penal Económico.

aplicación de la pena correspondiente a los autores, a determinados sujetos, cuya calidad de tales es problemático establecer en sede de tipo; pero sin que ello importe un pronunciamiento, en la cuestión fundamental, de si ellos son o no, en rigor, autores.

Así, en el clásico ejemplo del "extraneus", que concurre junto con un "intraneus", realizar la acción típica de un delito especial propio, de forma tal que ambos comparten el dominio de la misma y, por ende, el dominio del hecho; mientras el segundo —el "intraneus"— recibirá la pena correspondiente a los autores, precisamente por ser tal, el primero —el "extraneus"—, será sancionado "como si fuera autor", con la pena asignada para los mismos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 No 1.

Obviamente, si se acepta la restricción de la teoría del dominio, inicialmente referida y se analiza la función que en estos ámbitos típicos compete al artículo 15, desde la perspectiva de la teoría del tipo; necesariamente deberá concluirse que en estos casos, el número de sujetos que los tipos de que se trata no permiten considerar autores y que, a virtud del artículo 15, reciben la pena correspondiente a los mismos, es mucho mayor que aquel en que esta misma situación se da en los delitos dolosos comunes, regidos por el criterio del dominio del hecho. (En estos últimos, en definitiva, el único caso en que, clara e indiscutidamente, ello ocurriría, es el del artículo 15, No 2, segunda parte).

Lo anterior tiene a su vez, una importante consecuencia dogmática, cual es, el tener obligadamente que entender que en nuestra legislación, el específico deber que fundamenta el incurso en los delitos especiales, no compete sólo a quien reúne en sí la característica que el tipo exige; sino, además, a todos los restantes sujetos que pudieran concurrir con él, a la realización del mismo.

Fácil es imaginar las consecuencias que lo anterior puede tener, en la interpretación del artículo 64 y su aplicabilidad a los delitos especiales propios e impropios (1).

(1) Un exhaustivo y riguroso análisis del problema de la comunicabilidad en estos delitos, puede encontrarse en F. Grisolia C., op. cit., donde sin tomar en consideración la interpretación insinuada aquí, se postula, razonadamente, la tesis de la incommunicabilidad, a lo menos en lo que a los delitos especiales impropios se refiere.

INDICE DE OBRAS Y ABREVIATURAS MAS FRECUENTEMENTE UTILIZADAS

- A.D.P.: "Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales", Madrid.
- Bacigalupo E.: "La noción de autor en el Código Penal", Bs. As., 1965. "Lineamiento de la teoría del delito", Bs. As., 1978. "La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los Tribunales y el nuevo Código Penal Alemán", en "Lib. Hom. a Antón O. U. de Salamanca, 1982."
- Bajo F.M.: "El parentesco en el derecho penal", Barcelona, 1973.
- Bockelman P.: "Relaciones entre autoría y participación", tr. C. Fontán y E. Friker, Bs. As., 1960.
- Bustos R.J.: "Manual de Derecho Penal Español", Barcelona, 1984.
- Cerezo M.J.: "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho Penal español", en A.D.P. 1975, págs. 41 y sgtes. "Autoría y participación en el Código Penal vigente y en el futuro Código Penal", en R.D.P. 1979, págs. 643 y sgtes. "Problemas fundamentales del Derecho Penal", Madrid, 1982.
- Córdoba R.J.: "Notas a su tr., de R. Maurach, 'Tratado de Derecho Penal', Barcelona, 1982."
- Cury U.E.: "Orientación para el estudio de la teoría del delito", 1.ª ed., Valparaíso, 1969. "Orientación para el estudio de la teoría del delito", 2da. ed., Santiago, 1973. "Derecho Penal", P.G. T. II, Santiago, 1984. "El concepto de autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena", en "Rev. Chilena de Derecho", V 12, N°1, 1985, págs. 35 y sgtes.
- Etcheberry O.A.: "Derecho Penal", 2da. ed., Santiago, 1976.
- Garrido M.M.: "Etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación", Santiago, 1984.
- Gimbernat O.E.: "Autor y cómplice en Derecho Penal", Madrid, 1966.
- Gómez B.J.M.: "El dominio del hecho en la autoría", A.D.P., 1984, págs. 103 y sgtes. "Teoría Jurídica del delito", P.G., Madrid, 1984. "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena: estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española", en "Rev. de la Fact. de D. de la U. Complutense de Madrid", 1980, págs. 129 y sgtes. "Sobre la teoría del bien jurídico", en Rev. de la Fact. cit., 1983, págs. 85 y sgtes.
- Grisolia C.F.: "La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude", en R.C.P., 1975, págs. 3 y sgtes.
- Huerta T.S.: "Sobre el contenido material de la anti-jurisdicción", Madrid, 1984.
- Jeschack H.H.: "Tratado de Derecho Penal", P.G., tr. S. Mir y F. Muñoz, Barcelona, 1981.
- Labatut G.G.: "Derecho Penal", P.G., Santiago, 1951.
- Luhmann N.: "Sistema jurídico y dogmática jurídica", tr. I. de Otto P., Madrid, 1983.
- Maurach R.: "Los problemas de la autoría y los problemas de la complicidad", "Rev. D. Penal contemporáneo", U. Autónoma de México, 1966, págs. 51 y sgtes. "Tratado de Derecho Penal", tr. J. Córdoba R., Barcelona, 1962.
- Mezger E.: "Derecho Penal. Lib. de estudio" P.G., tr., C.A. Finzi, Bs. As., 1958.
- Mir P.S.: "Adiciones de derecho penal español a su tr. de H.H. Jeschack, 'Tratado de Derecho Penal' T. II, 'Lecciones de Derecho Penal', Barcelona, 1983.
- Muñoz C.F.: "Teoría general del delito", Bogotá, 1984.
- Nova M.E.: "Curso de Derecho Penal Chileno", T. I Santiago, 1980, T. II, Santiago, 1966. "Algunas consideraciones sobre el concurso de personas en un hecho punible", R.C.P., 1963, págs. 3 y sgtes. "Reflexiones sobre el concepto y límites de la tentativa", en Rev. de Derecho Penal y Criminología de U. del Externado, Colombia, 1984, págs. 119 y sgtes.
- Peña W.S.: "Autoría y participación en el delito" en "Rev. de Cs. Jcs.", No 3, 1972, págs. 85 y sgtes. Quintero O.G.: "Los delitos especiales y la teoría de la participación en el Derecho Penal Español", Barcelona, 1977. "Introducción al Derecho Penal", P.G., Barcelona, 1983.
- R.C.P.: "Revista de Ciencias Penales", Santiago.
- R.D.P.: "Revista Doctrina Penal", Bs. As.
- Rodríguez D.J.M.: "Derecho Penal Español", P.G. 4ta. ed., Madrid, 1974.
- Rodríguez M.G.: "Comentarios al Código Penal", T. I, Barcelona, 1976. "El autor mediato en Derecho Penal español", A.D.P., 1969, págs. 461 y sgtes.
- Rodríguez R.L.: "Compendio de Derecho Penal", Madrid, 1984.
- Roxin C.: "Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal" tr. E. Bacigalupo, en "Lib. hom. a L. Jiménez de A.", Bs. As. 1970, págs. 55 y sgtes.
- Ruiz A.F.: "El agente provocador en Derecho Penal", Madrid, 1982.
- Sandineti M.: "Casos de Derecho Penal", P.G., Bs. As., 1973.
- Stratenwerth G.: "Derecho Penal", P.G., tr., G. Rome-ro, Madrid, 1982.
- Weber H.v.: "Para la estructuración del sistema de Derecho Penal", tr. E.R. Zaffaroni, en "Rev. Nuevo Foro Penal", Bogotá, 1982, págs. 570 y sgtes.
- Wessels J.: "Derecho Penal", P.G., tr., C.A. Finzi, Bs. As., 1981.
- Weizel H.: "Derecho Penal" P.G., tr. de la 1ª ed., alemana: por J. Bustos y S. Yáñez, Santiago, 1970.
- Yáñez P.S.: "Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno", en R.C.P., 1975, págs. 49 y sgtes. "Problemas de la autoría y participación", apuntes de sus clases en el Magister en Derecho Penal de la U. de Chile, Fact. de D. U. de Chile, 1982. "Delitos de mera actividad y delito de resultado" (línea-dito), Santiago, 1984. "La evolución del sistema del Derecho Penal", Santiago (en preparación).

Zaffaroni E.R.: "Tratado de Derecho Penal", P.G. T. III, Bs. As., 1982. "Manual de Derecho Penal", P.G. 4ta. ed., Bs. As., 1985. "Considera-

ción acerca de la figura del "agente provocador", en "Rev. de Derecho Penal y Criminología, cit., supra", Bogotá, 1984, págs. 7 y sgtes.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

Contraloría General de la República

1) NO ES POSIBLE APLICAR SUPLETORIA-
MENTE EL DECRETO LEY Nº 2.200, DE
1978, a los obreros a jornal y trato contra-
tados por Carabineros de Chile. Como con-
secuencia de ello, tales servidores no se en-
cuentran habilitados para percibir indemni-
zación por años de servicio, por cuanto di-
cho beneficio no ha sido considerado dentro
de la preceptiva especial que los rige.

Santiago, 5 de febrero de 1986.

003133

Mediante el oficio del rubro se solicita un
pronunciamiento tendiente a que se determi-
ne si corresponde aplicar supletoriamente el De-
creto Ley Nº 2.200, de 1978, y sus modificaciones
posteriores, a los obreros a jornal y a trato, con-
tratados por Carabineros de Chile de conformi-
dad al Decreto Nº 14, de 1976, del Ministerio
de Defensa Nacional, Subsecretaría de Carabi-
neros, especialmente en lo que se refiere a in-
demnización por años de servicio.

Sobre el particular esta Contraloría General
debe precisar, en primer término que el artículo
2º del Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de
1968, del Ministerio del Interior, sobre Estatuto
del Personal de Carabineros de Chile, cuyo tex-
to refundido fue fijado por el Decreto Nº 12,
de 1977, del Ministerio de Defensa Nacional,
Subsecretaría de Carabineros, previene, en lo
que interesa, que quedarán afectos a las normas
del presente Estatuto, además del personal que
integra la planta, y en las materias que expresa-
mente se refieren a ellos, los profesores, perso-
nal contratado y obreros, agregando, en su inci-
so segundo, que el personal de obreros a jornal
de Carabineros se regirá por las normas del re-
glamento respectivo, y en lo provisional por la
Ley Nº 10.383, sin que le sean aplicables las
disposiciones del Código del Trabajo y su legis-
lación complementaria.

De la norma transcrita es posible inferir, en
consecuencia, que el personal de que se trata se
encuentra afecto a las normas contenidas en el
Decreto Nº 14, de 1976, antes citado, aproba-
torio del Reglamento de Obreros a Jornal y a
Trato de Carabineros de Chile, a las disposicio-
nes del Decreto con Fuerza de Ley Nº 2, de
1968, en los asuntos que expresamente se re-
fieren a tales personales y en materia previsio-
nal a la Ley Nº 10.383, sin que pueda aplicár-
seles la normativa del Código del Trabajo y su
legislación complementaria, ni aun en forma su-
pletoria respecto de materias no regladas en los
cuerpos normativos pertinentes, salvo, por cier-
to, en aquellos aspectos en que el propio Dece-
to Nº 14, de 1976, se remita a las normas del
Código del Trabajo.

En lo que atañe a la posibilidad de que se
apliquen las disposiciones del Decreto Ley
Nº 2.200, de 1978, a dichos personales en as-
pectos relativos a indemnización por años de ser-
vicio, cabe anotar que el Decreto Nº 14, de
1976, mencionado, no contempla dentro de su
normativa preceptos que se refieran a esta mate-
ria de manera que, y tal como se indicara, no es
procedente que a falta de una norma expresa se
apliquen supletoriamente las disposiciones so-
bre indemnización por años de servicio que
contiene el indicado decreto ley.

Por otra parte, cabe hacer presente que el
Decreto Nº 14, de 1976, únicamente se limita
a señalar en sus artículos 45 y 47, que se aplica-
rán a dichos personales, entre otras, las causales
de terminación del contrato de trabajo conteni-
das en el artículo 2º de la Ley Nº 16.455, cuer-
po de normas que se encuentra derogado por
el artículo 4º de la Ley Nº 18.018, de lo que se
sigue que también han quedado abrogadas, por
cierto, las causales de terminación del contrato
de trabajo contenidas en su artículo 2º.

Atendido lo expresado y considerando que
no es posible aplicar tales causales, esta Contra-