

“COMETER” y “HACER COMETER”: DESARROLLO Y SIGNIFICACIÓN ACTUAL DE LA NOCIÓN DE AUTORÍA MEDIATA

**El “autor detrás del autor”. De la autoría funcional a
la responsabilidad penal de las personas jurídicas.**

*Por Sergio Politoff Lifschitz
Catedrático de Derecho penal
de la Universidad de Chile y la Universidad de Talca*

1. APARICIÓN Y DESARROLLO DE LA CUESTIÓN DEL AUTOR MEDIATO EN EL DERECHO COMPARADO.

1.1. Reconocimiento del terreno. La pregunta no corresponde a una estructura ontológica, sino a una cuestión semántica: ¿a qué se alude y cuál es la utilidad de la noción de autoría mediata en la dogmática penal actual? Un efecto práctico: ¿En qué momento comienza la acción típica punible?

1.1.1. El concepto de autor no se infiere de la “naturaleza de las cosas”.

Coincidimos con los que piensan que en la teoría de la participación criminal *no hay estructuras lógico-objetivas preexistentes*¹. No se puede “prohibir” al legislador que, como acontece en el Código italiano vigente (art.210), adopte un criterio de *equivalencia causal* de la contribución de los diversos concurrentes en un delito y, juzgando “impracticable” la diferenciación entre los diversos tipos de autoría y complicidad (si se atiende a “las innumerables modalidades de los hechos”), renuncie a la distinción entre los copartícipes, reconociendo sólo la posibilidad –que se entrega al juez– de disminuir la pena en casos en que la contribución haya sido de “mínima importancia para la

¹ En el mismo sentido, SCHÖNKE/SCHRÖDER/ CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar.*, 25e.edición, Munich, 1997, antes de §§ 25, ,4 y sigts. p. 396.

preparación o ejecución del delito”. Tal disciplina legal se traduce en la admisión de tantos tipos delictivos cuanto hayan sido los sujetos concurrentes (*fattispecie plurisoggettivi differenziate*), que tienen en común el mismo acontecimiento material y se distinguen únicamente por la actitud psíquica y algunos aspectos exteriores de cada partícipe². Eventuales objeciones a la conveniencia de esa opción legislativa no obstan a que algunos juristas italianos la consideren, no sólo “la más flexible para las exigencias de la práctica”, sino la que corresponde “casi ontológicamente” a la “esencia del concurso delictivo”³.

En la doctrina alemana hay quienes, en cambio, sobre la base de pretensiones también “ontológicas”, llegan a conclusiones enteramente diferentes. Así, JESCHECK sostiene que “la clasificación de las manifestaciones de la intervención en la acción punible no es cosa que quede al libre arbitrio del legislador o del juez”. Se trataría de “procesos vitales” que se hallarían “cumplidamente determinados para el enjuiciamiento jurídico”. La conclusión es que “conceptos como autoría, autoría mediata, coautoría, inducción y complicidad han sido acuñados de antemano por la naturaleza de las cosas” y “de ahí que jurídicamente deban conservar un contenido que se corresponda con su comprensión natural”⁴. Una opinión semejante se sostiene asimismo en la doctrina chilena, por escritores para quienes el concepto de *autor* es “de carácter prejurídico, natural, a causa de lo cual su esencia no puede ser alterada arbitrariamente por la ley positiva”. Se trataría, “hasta cierto punto (de) una declaración filosófica”, que “se impone al derecho”⁵.

No comparto ese criterio. Pienso que la definición de los conceptos de autoría, de autoría mediata y de coautoría, así como los de partícipes (instigadores y cómplices) no está sujeta a una supuesta “comprensión natural” (aunque pueda, todo a lo más, derivar un cierto sentido del uso común de algunas de dichas palabras), sino a la interpretación, propiamente jurídica, de los respectivos textos legales. Como dice CRAMER, tales conceptos “no resultan fijados por la *naturaleza de las cosas*, sino que se trata de un problema normativo”⁶.

² Cf. Giovanni FIANDACA/ Enzo MUSCO, *Diritto Penale. Parte Generale*. 3.^a edición, Bolonia, 1995, p. 443. Al decir de esos escritores (op.cit.p.446), “una voz aislada” sostiene la “tesis actualmente repudiada” de la existencia de una *autoría mediata*, aludiendo a A.R. LATAGLIATA (*I principi del concorso di persone nel reato*, Nápoles, 1964 (hay una traducción al castellano de C.A. Tozzini, Buenos Aires, 1967). Sobre la teoría predominante en Italia acerca de las *fattispecie plurisoggettive differenziate*, véase asimismo Enrique PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, pp. 306 y sigts.

³ *Ibid.* p. 440.

⁴ Hans- Heinrich Jescheck, , *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, 1993, p. 586.

⁵ Enrique CURY, “El concepto de autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol.12., N° 1, enero-abril de 1985, pp. 35-53 (49-50).

⁶ SCHÖNKE/SCHRÖDER/ CRAMER, op.cit. loc. cit. p. 395.

Así –para citar tan sólo un ejemplo–: de entre los sujetos que nuestra ley “considera autores”, hay hipótesis, como las del N° 3° del artículo 15 del Código Penal que, para algunos, consistirían, en razón del “concierto previo”, en casos de verdadera autoría⁷, lo que se niega por otras interpretaciones⁸. Pareciera que hay que resignarse a que, en esta materia, la filosofía es de escasa ayuda y que todas las interpretaciones jurídicas al respecto son legítimas. Por otra parte, como afirma BUSTOS, “no se puede ser autor en abstracto o en general, sino que se es sólo autor de un delito determinado, ya que las características de la correspondiente figura legal señalan los presupuestos básicos ineludibles para señalar a una persona como autor”⁹.

Es expresivo que el §25 del Código alemán vigente no quiera “hacer las cosas más difíciles de como son”¹⁰ y señale, de manera “indirecta”, a quienes “se castiga como autores”¹¹, y que el Código español actual (art. 28), nos diga, en cambio, quienes “son autores” y añada quienes (además de los verdaderos) “serán también considerados autores”¹². Hemos recordado que nuestros comisionados, que no parecían interesados en asuntos “ontológicos”, optaron sin más, en el artículo 15, siguiendo a PACHECO, a señalar, mediante una extensa fórmula “, a quiénes “se considera autores”, “por la cual se reconoce algo convencional o facticio”, en vez de decir “son” autores, una “fórmula que lleva pretensiones de rigor y exactitud”¹³.

⁷ Sergio YÁÑEZ, “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en *Revista de Ciencias Penales*, t. XXXIV, N° 1, IV, pp. 49- 64 (58 y sigts.). Esta opinión corresponde al pensamiento de Hans Welzel, para quien “también el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios o de ayuda es coautor, si es coportador de la decisión común al hecho” (*Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung* (7ª edición), Berlín, p. 98). Vid., asimismo, Miguel Soto Piñero, “La noción de autor en el Código Penal chileno”, en *Gaceta Jurídica*, año XI, 1986, N° 68, pp. 13 y sigts.

⁸ Así, p.ej. Enrique CURY, *Derecho Penal. Parte General*, Santiago, 1992, II, p. 242.

⁹ Juan BUSTOS, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, 1984, p. 285.

¹⁰ Rolf Dietrich HERZBERG, “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme”, en *ZStW*, 99 (1987), cuaderno 1, p.49.

¹¹ “Al que por sí mismo o a través de otro comete el hecho punible” (1). En el evento de que el hecho punible haya sido cometido en forma conjunta por varias personas, cada una de ellas es castigada como autor (coautores)(2). El §26 indica que se castiga como instigador (con la misma pena prevista para el autor) a aquél “que dolosamente haya determinado a otro a que cometa dolosamente su hecho antijurídico” y el §27 señala que se castiga como cómplice (con una pena eventualmente reducida respecto de la que corresponda al autor) al que dolosamente hubiere prestado ayuda a otro a que cometa dolosamente su hecho antijurídico”.

¹² *Son autores* –con arreglo a dicho precepto legal– los que “realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento” (inc.1º). También “serán considerados autores : a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo, y b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”. El artículo 29 define a los cómplices (con arreglo al viejo modelo del Código de 1848) de una manera idéntica a nuestro artículo 16: “...los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

¹³ Joaquín Francisco PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, Madrid, 1881, tomo 1, p. 258.

1.1.2. *La plausibilidad de un concepto dogmático de autoría mediata: una pregunta “artesanal”. Su admisión (que no es la mera transposición de una “querrela alemana”) tiene efectos prácticos: entre otros, acerca del principio de ejecución.*

La pregunta acerca de la plausibilidad del concepto de *autor mediato* (el que comete un delito *sirviéndose de otro* como instrumento), para la reconstrucción dogmática del sistema legal del artículo 15 de nuestro Código Penal, así como sobre el alcance de su desarrollo moderno para la *política criminal*, a través de la noción de *autor detrás del autor*, se puede formular, sin presuponer una definición a la luz de la “naturaleza de las cosas”. Para dar respuesta a esa pregunta y para suponer sus implicaciones para la política criminal son suficientes los criterios *propriadamente normativos* (“deontológicos”), con apoyo en la *observación empírica* de la manera como las conductas en torno a un proyecto común se suelen articular y en las conclusiones que, en lo que parezcan compatibles con nuestra ley, se han elaborado al respecto en la doctrina del derecho comparado.

Ello significa que las afirmaciones que haremos, en lo sucesivo, acerca de la *autoría mediata* no difieren de otras opciones “artesanales” de la técnica jurídica y no derivan de una supuesta “comprensión natural” u “ontológica” de la autoría. Una de esas opciones (sobre la que volveremos más adelante) es el posible efecto de una consecuente admisión de la *autoría mediata* para la determinación del *principio de ejecución del delito* y, por ende, para la teoría de la tentativa.

Hasta el sistema italiano que, como se ha visto, ha renunciado a una definición de autoría, no pudo menos que establecer la regla de que “no están sujetos a pena el puro acuerdo o la simple instigación a cometer un delito *que no se cometa*” (sea que la instigación se haya aceptado o no) (art. 115). De ello se sigue que, prosiguiendo lo que parece haber sido la tradición de los prácticos italianos¹⁴, con arreglo al Código vigente, aunque la *responsabilidad* de cada partícipe no dependa de la de un autor principal (criterio de la *autonomía de la responsabilidad de cada participante*), sí es indispensable que haya existido un *hecho* descrito por la norma incriminatoria *realizado* por uno de los partícipes, que produzca el delito, “por la inmediata aplicación de sus fuerzas físicas” (al que ANTOLISEI denomina autor *stricto sensu*, siguiendo una noción ya propuesta por FEUERBACH (*auctor physice talis seu in sensu strictissimo*)¹⁵).

¹⁴ Cf. Peñaranda, op.cit. p. 39.

¹⁵ Francesco Antolisei, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale* (a cura di Luigi Conti), Milán, 1975, p. 449. Cf. la referencia al concepto de Feuerbach, contenida en su *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1800), en Peñaranda, op.cit. p. 89.

Tal criterio de *accesoriedad respecto del hecho* (que en el derecho francés se conoce con el expresivo nombre de *criminalité d’emprunt*¹⁶) significa que, aun a partir de un concepto unitario de autoría, que niegue todo vínculo de accesoriedad entre las responsabilidades (*penalité d’emprunt*) de los diversos intervinientes, la complicidad y la instigación presuponen, eso sí, a lo menos, la perpetración de un *hecho principal* descrito por la ley como delito, siquiera en grado de tentativa.

Ahora bien, si se postula –como se verá– que el *autor mediato* da comienzo ya al hecho punible, *mediante su propia acción*, que pone en movimiento al otro interviniente que actúa como instrumento, su conducta no sería ya *accesoria* del hecho *que se llegue a cometer* por el ejecutor-instrumento (*autor sensu strictu*). Entre otros efectos, ello traería consigo, según un sector de la doctrina, una anticipación de la fase de *principio de ejecución*, que es, por así decir, propia para el *autor mediato* y, por ende, un propio *comienzo de la tentativa*¹⁷. Un punto de vista controvertido por otros escritores (los partidarios de la llamada “solución *global*”) que afirman que, también respecto del *autor mediato* queda fijado el *principio de ejecución* y, con éste, el momento inicial de la tentativa, sólo con el comienzo de la acción ejecutiva por parte del que hace las veces de instrumento¹⁸. ¿Qué es lo decisivo para el concepto de *ejecución del delito*, la conducta del que está detrás o la del instrumento?

El asunto, como se ve, no es de puro constructivismo sistemático derivado de una “*querelle allemande*”, como se ha sostenido por algunos tratadistas, sino que constituye una opción para la reconstrucción dogmática del sistema de autoría y participación, también en el Código chileno, con no desdeñables consecuencias prácticas, cada vez que el que “está detrás” *haga hacer algo* al que “está delante”, utilizándolo como instrumento.

Podrá comprobarse, asimismo, al referirnos luego a la evolución histórica del concepto y, en particular, a la introducción en el Código Penal

¹⁶ Cf. Jean LARGUIER, *Droit pénal général*, 15.ª edición, París, 1995, p. 71.

¹⁷ Cf. Sergio POLITOFF, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, Santiago, 1999, p. 196, nota 551. En el mismo sentido, Latagliata, op.cit. (traducción de Tozzini), pp. 73 y sigs. Vid. también Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en el Derecho penal español”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, t. XXII, fascículo III, septbre-dicbre, 1969, p. 465. En el mismo sentido, entre nosotros, Cury, op.cit. p. 44.

¹⁸ En tal sentido, entre otros, Jürgen BAUMANN/ Ulrich WEBER/ Wolfgang MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld, 1995, pp. 634 y sigs; Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlín, 1993, p. 650. Para algunos, lo decisivo es el criterio del momento de la *puesta en peligro* del bien jurídico, esto es, el momento en que el hombre que está detrás se ha desprendido de la posibilidad de influir sobre el curso del acontecimiento; así, Schönke/Schröder/Eser, op.cit. §54 a). Vid. también Sergio POLITOFF, *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*, Santiago, 1999, nota 551. Entre los partidarios de la “solución *global*” puede citarse, entre los clásicos, Robert VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, Berlín, 1925 (reimpresión Scientia Verlag, Aalen, 1971), II, p.475; literatura reciente: p. ej. Jescheck, op.cit. p. 613.

holandés de 1881 de la figura especial de *autoría* del que *hace cometer a otro* (diferenciada legalmente del instigador), que la noción de *autoría mediata*, contra lo que suele afirmarse, *no se puede considerar “inventado” por el ingenio de juristas alemanes para “llenar lagunas”*¹⁹ y dar solución a una cuestión de defectuosa técnica legislativa del derecho alemán (el asunto de los efectos de la “accesoriedad *estricta*” (máxima), según la cual el autor principal debiera haber realizado una acción “punible”, lo que hubiera impedido en Alemania el castigo de la inducción, si el autor ejecutor era *inculpable*), sino que se trata una *noción de autor* que, aunque con diferencias de nomenclatura, era utilizada en diversos sistemas penales, desde antiguo, con una significación y una función definidas.

Corresponde, pues, decidir, sin acudir a apriorismos “ontológicos”, si la categoría de *autor mediato* tiene cabida en nuestro sistema legal, si puede estimarse que la conducta *del que está detrás* puede subsumirse, sin más, en el correspondiente tipo delictivo, cuál sería el alcance y la utilidad de tal noción, y precisar las consecuencias de ello en caso afirmativo.

1.2. La distinción entre dos modalidades de *mandato* en la doctrina italiana del medioevo. Evolución ulterior. La delimitación de la autoría mediata de la mera instigación: La doctrina jusnaturalista del autor como *causa libre* del hecho punible imputado (KANT, CARRARA, los penalistas hegelianos). Afirmación del concepto de autoría mediata en la dogmática alemana. Las nociones de *dominio del hecho* y de *autor detrás del autor*. El derecho holandés: La figura legal de “*hacer cometer*”. El concepto de *autor funcional*. La resonancia de la doctrina alemana sobre el autor mediato en el derecho español.

1.2.1. La doctrina medioeval italiana del mandato.

Si en la literatura se suele aludir a un remoto origen en el derecho romano tardío, con un cierto distingo conceptual (aunque sin diferencias de penalidad), entre el *hechor*, el autor intelectual (*auctor*) y el auxiliador (*minister*), lo más probable es que con la noción de *auctor* se haya pensado entonces más bien en el *instigador*²⁰. En cambio, una categoría “casi punto por punto coincidente con lo que hoy se acostumbra a denominar autoría mediata”, aunque sin darle un nombre específico, se halla en el marco del

¹⁹ Eduardo Novoa cita a Maurach, quien llama a la autoría mediata “tapaagujeros de la instigación”. El escritor nacional sostiene que “el concepto de autor mediato y su necesidad dentro de la teoría penal o la legislación están profundamente controvertidos” y que tal noción, cuyos límites con la inducción o instigación son inciertos, “no es indispensable”, al menos en la dogmática de nuestro Código (*Curso de Derecho Penal chileno*, Santiago, 1966 (reimpresión, 1985), t. II, pp. 188-190.

²⁰ Cf. Von HIPPEL, op.cit. t. 1, p. 74; D. HAZEWINKEL-SURINGA/ J. REMMELINK, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, Arnhem, 1994, p. 410.

concepto de *mandato*, utilizado por los juristas italianos del medioevo²¹, como hipótesis distinta de la “verdadera” *autoría* y también del mero *consilium*.

Como los criminalistas italianos consideraban al *mandante* como “causante mediato” y, con ello, “la esencia del mandato se hacía consistir en una doble *autoría*”, se podría ver en esa figura “un precursor del “autor detrás del autor”²². PEÑARANDA RAMOS (con citas de BARTOLO) demuestra que la doctrina italiana distinguía ya entonces dos modalidades de *mandato*. En las formas más ordinarias de *mandato* –en los que tanto el *mandante* (o *fieri faciens*) como el *mandatario* habían actuado de forma plenamente responsable–, se sancionaba a ambos intervinientes, pero por un delito que, en principio, se consideraba *cometido únicamente por el mandatario*. Sólo en virtud de una ficción (*non vere, sed interpretative fecit*), el delito se imputaba también al *mandante*, “hasta cierto punto, *como si* él mismo lo hubiese realizado”²³.

Distinta, por completo, era la situación en el caso en que el *mandante* se hubiera valido de un inimputable o de un sujeto que, por obrar en razón de una orden vinculante (del jefe de familia, del amo, de un juez, de la autoridad²⁴), por error o en virtud de una amenaza suficiente para causar “miedo fundado” (*justus metus*), quedase exento de responsabilidad. En tales casos, se consideraba que fue *el mismo mandante* el que cometió el delito (y no meramente *per interpretationem*), a través de un instrumento humano²⁵. Es muy notable, además, que, como advirtiera BINDING, los prácticos italianos ya hubieran “descubierto” los *delitos de ejecución de propia mano* (“*delicta carnis*”, falso testimonio) para los cuales, en cambio, la comisión por *mandato* quedaba descartada²⁶.

Hasta mediados del siglo XVIII rigió, según parece, sin contrapeso, la doctrina del *mandato* de los juristas italianos. Ello no sólo vale para su recepción en la doctrina alemana²⁷, sino también, por supuesto, para la española²⁸, aunque sería un exceso suponer que, con respecto al concepto de *mandante*, concebido como autor intelectual, haya existido siempre una clara delimitación entre lo que correspondía a la idea de *autoría mediata* y a la de simple inductor (*instigador*).

²¹ PEÑARANDA, op.cit. p. 49. Cf. también Friedrich-Christian SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter: Ein Beitrag zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, Berlín, 1965, p. 17.

²² SCHRÖDER, op.cit.loc.cit.

²³ PEÑARANDA, op.cit. loc.cit.

²⁴ SCHRÖDER, op.cit. p. 18.

²⁵ PEÑARANDA, op.cit. pp.49-50.

²⁶ Karl BINDING, *Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts: der Täter, der Verursacher (Urheber), der Gehilfe. Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen*, Leipzig, 1915, 1, p. 265, cit. p. PEÑARANDA, op.cit. p. 50.

²⁷ SCHRÖDER, op.cit. p. 18.

²⁸ Vid. ampliamente sobre el particular, PEÑARANDA, op.cit. pp. 62 y sigts.

1.2.2. El autor como causa libre: Kant, Carrara, Hegel.

El criterio de que no basta ser *causa material* para que al sujeto se le considere como verdadero *autor* podía inferirse también de la doctrina kantiana de la *imputación*, según la cual la noción de *autor* se entiende como sinónimo de *causa libre*. En efecto, para KANT, “la imputación (*imputatio*), en sentido moral es el juicio por el cual a alguien se lo mira como autor (*causa libera*) de una acción, que es llamada entonces un hecho (*factum*) sometido a las leyes”²⁹. Si el hecho material es realizado por una *causa no libre*, quien lo ejecuta no puede, pues, considerarse *autor* para los fines de la imputación.

CARRARA lo expresaba así: “Cuando el hecho material no puede atribuirse a la voluntad libre e inteligente de quien lo ejecuta, como su causa moral inmediata, el hecho no es de éste, ya que éste es el *instrumento*, la mano postiza de *quien se valió de su brazo*³⁰ como un puro instrumento material. A éste, por tanto, se debe llamar con razón *autor*³¹”. Y en uno de sus *Opúsculos* era aún más elocuente: Si el *autor físico* del hecho “no obrara con voluntad inteligente y libre” se le debe considerar “como mero *instrumento* de quien le dio impulso, se equipara a la materia inerte. Y quien se sirve del cuerpo de aquél, es el autor del delito como si se hubiese servido de un palo, de una piedra o de cualquiera otra *materia*. En estos casos no hay acción criminosa por parte del autor aparente, porque si fue *forzado* a ello no concurre por su parte ni el *hombre interno* ni el *hombre externo*. Es *instrumento* que se ha empleado, no *agente*. Y si no tuvo conocimiento o fue coaccionado completamente, o irresponsable por cualquiera otra causa, no concurre al hecho el hombre interno, y entonces es autor del *hecho*, pero no autor del delito, porque con respecto a él ese hecho no es delito. Por lo tanto, *autor del delito* es sólo el que sirve del brazo de aquél como instrumento suyo”³². Tras esas líneas notables, añade que, en cambio, quien participe en un hecho que otro *ejecuta voluntariamente*, no puede ser sino *acesorio* de esta figura principal, puesto que la acción criminal es de éste y no de aquél”³³. Como destaca CURY, con razón, CARRARA “no sólo manejaba la noción de autor mediato, sino que incluso diferenciaba sus formas auténticas de los casos en los cuales no existe realmente intermediario, porque al que ocuparía esa situación se lo ha transformado, mediante el empleo de la violencia, en un simple objeto en manos del agente”³⁴.

²⁹ Immanuel KANT, *The Metaphysics of Morals. Preface to Part 1, The Metaphysical Principles of Right. Introduction*, § 227, p. 27, en *Ethical Philosophy*, traducción de *Grundlegun zur Metaphysik der Sitten y Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre* por J.W. Ellington, Indianapolis, 1983.

³⁰ El subrayado es mío, S.P.

³¹ Francesco CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, traducción por José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1956- 1967, t. 1, § 428, nota 1, p. 298.

³² CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, Bogotá, 1926, § 191, p. 379.

³³ *Ibidem*.

³⁴ CURY, *El concepto de autor mediato* cit., p. 45.

En Alemania, los penalistas hegelianos³⁵, asimismo inspirados en un consecuente *indeterminismo*, veían en la autoría una *decisión libre* del hechor como *causa* del delito (*Urheberschaft*), de manera que existiría *autoría intelectual* (de la que se excluiría la simple inducción (*instigación*)), si se ejerce influjo sobre un sujeto *carente de voluntad libre*, al que se utiliza para realizar el hecho material. Allí donde el hechor haya actuado por error, violencia, amenaza u orden vinculante no habría *inducción* sino *autoría*. En definitiva, ello se traducía en una equiparación de la autoría física con la *autoría intelectual*. HEGEL mismo había postulado que el hombre en cuanto ser viviente que tiene existencia física y otros aspectos externos puede ser *coaccionado* o caer bajo el poder de otros. La voluntad libre, en cambio, no puede ser coaccionada³⁶.

1.2.3. *Aparición y desarrollo de la noción de autor mediato en Alemania (STÜBEL, FEUERBACH). El asunto de la accesoriidad. La extensión del concepto a través de los conceptos de dominio del hecho y de “autor detrás del autor”. El “criminal de escritorio” y los delitos cometidos a través de un aparato organizativo de poder. La incorporación de la figura de autoría mediata en el Código Penal alemán.*

Coinciden los investigadores en atribuir la denominación *autor mediato* (*mittelbarer Täter*) a CARL CHRISTOPH STÜBEL³⁷, en una monografía publicada en 1828 acerca de la *participación de varias personas en un delito*³⁸, aunque ya FEUERBACH había definido al *auctor delicti* como “aquél cuya acción es la *razón directa* de la existencia del delito”, noción en la que quedaban comprendidos, no sólo el “actor físico” *in sensu strictissimo*, sino también el *auctor intellectualis* (razón intelectual del delito), “que *determina* la voluntad de otro a realizar el efecto antijurídico”. Sin embargo, sería una exageración afirmar que FEUERBACH y STÜBEL habían trazado límites precisos entre lo que modernamente se conoce como *autor mediato* y la figura del instigador, ya que era bastante para ser *autor intelectual* y no *cómplice*, la existencia en el primero de “razones que obliguen al hechor a tomar la decisión de actuar”³⁹.

³⁵ Sobre las opiniones e influencia de los autores inspirados en el hegelianismo se pueden confrontar, extensamente, las obras, ya citadas, de Schröder y Peñaranda Ramos, *passim*.

³⁶ Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 3.ª ed. Stuttgart, 1952, § 5, 7, 90 y 91.

³⁷ SCHRÖDER, op.cit. p. 19; Peñaranda Ramos, op.cit. pp.88 y sigs; José María Rodríguez Devesa/ Alfonso Serrano Gómez, *Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1992, p. 800.

³⁸ C.Ch. STÜBEL, *Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, Dresden, 1928,

³⁹ Cf. SCHRÖDER, op.cit. pp. 19 y sigs.; Peñaranda Ramos, op.cit. pp. 89 y sigs.

Es sabido que se debió a FEUERBACH el Código bávaro de 1813 (que a través de PELEGRINO ROSSI influyó, a su vez, en el Código español de 1848, modelo del nuestro). El artículo 45 de ese Código disponía⁴⁰:

“No sólo I. El que produce inmediatamente el delito por su propio hecho y fuerza corporal, sino también II. El que ha prestado al ejecutor, antes o durante la ejecución, con la intención de que resulte el delito, una ayuda de tal índole, que sin ella no le habría sido posible a éste realizar el hecho; y por último III. Todos aquellos que, con intención antijurídica, *han movido a otros a la comisión y ejecución del delito*, deben ser castigados como autores (*Urheber*) del mismo”⁴¹

No corresponde aquí seguir la huella de los complicados matices que adoptó el debate ulterior en Alemania en torno a la autoría mediata (un tema que, al decir de MAX ERNST MAYER, pasó a convertirse en un tema predilecto para los doctorandos⁴²), en parte determinado por aspectos derivados de la técnica legal del Código imperial de 1871, que no había previsto la ejecución por medio de otro, y, sobre todo, por la antes aludida cuestión de la *accesoriedad*.

En efecto, admitida la llamada *accesoriedad máxima*, la *inducción* punible quedaba restringida a la instigación a un *hecho principal antijurídico y doloso de un ejecutor imputable*, por lo que la *determinación antijurídica y dolosa* a un hechor que *no haya actuado antijurídicamente* (p. ej. colocándolo en una situación objetiva de legítima defensa, para que lesione a otro), o que actuara *sin dolo* o que fuera *inimputable* o *inculpable*, sólo era punible -se sostenía- si se admitía la noción de *autoría mediata*. VON HIPPEL lo explicaba así, haciendo alusión a “lo que ya los italianos sabían y que, en especial, en la época ulterior, se fundamentó por FEUERBACH...”, es decir, que “el *causante físico* (autor, *Täter*), y el *causante intelectual* (autor, *Täter*), es decir, aquél que dolosamente *hace a otro cometer el hecho, determinándolo a ello, son enteramente equivalentes*”⁴³.

El asunto no quedó reducido, sin embargo, como luego se verá, a los casos más notorios de ausencia de voluntad libre en el ejecutor (inimputabilidad, coacción, error) o de ausencia de antijuricidad de su conducta, sino que se extendió, más tarde -cuando ya los escrúpulos técnicos se habían formalmente obviado, con la introducción de la *accesoriedad limitada*⁴⁴- a otros casos en que

⁴⁰ Cf. el texto alemán, con su traducción, en José CEREZO MIR, “La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del derecho penal española”, en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, pp. 163 y sigs. Cf. asimismo PEÑARANDA RAMOS, op.cit. p. 94.

⁴¹ La vieja doctrina alemana distinguía entre las voces *Täter* (hechor) y *Urheber* (autor, causante). El derecho moderno utiliza sólo la primera expresión. La frase en cursiva del texto del artículo es mío (S.P.).

⁴² Max Ernst MAYER, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 2.^a edición, Heidelberg, 1923, p. 376, nota I. Schröder destaca la ironía en la cita de Mayer (op.cit. p. 13).

⁴³ Von HIPPEL, op.cit. t. II, p. 470.

⁴⁴ Una modificación “legal”, en 1943, en pleno régimen nazi, que introdujo la *accesoriedad limitada*, parece haber tranquilizado en este punto dogmático a los intérpretes del Código.

en que una persona que ha tomado la decisión de cometer un hecho punible, sin querer ejecutarlo por sí misma, *hace ejecutar el hecho punible por medio de otra persona* que actúa, si embargo, *con conciencia y voluntad* de realizar el hecho antijurídico.

En efecto, las formas clásicas de *autoría mediata* traían consigo la atribución del carácter de *instrumento* al *ejecutor* que revelaba, a lo menos, “un considerable déficit en su libertad y en su propia responsabilidad”⁴⁵. A ello se vino a añadir una casuística en que el *ejecutor*, aunque actuara con plena conciencia de la ilicitud del hecho (*instrumento doloso*), carecía de un propósito especial (p.ej. el *animus rem sibi habendi*, ánimo de apropiación) o de un elemento de calificación personal (p.ej. el deber funcionario), exigidos por el tipo legal. En tales situaciones aparecía claro que *el hombre de adelante* no podía ser *autor del hecho típico*. La *autoría* únicamente era atribuible al *hombre de atrás*, causante del hecho, en quien existiera aquel ánimo o deber especial, sin perjuicio de la eventual responsabilidad como cómplice del ejecutor. Esas hipótesis fueron reconocidas, con diversos matices, por la jurisprudencia del *Reichsgericht* y por la doctrina⁴⁶.

La noción “clásica” de la *autoría mediata*, reducida a los casos de inimputabilidad, error o coacción del *ejecutor* (en que, por una u otra razón, el ejecutor *no era punible*) se extendió así a acciones de un *instrumento doloso* (partícipe *punible*), esto es, en quien faltaba, no ya la conciencia y voluntad de llevar a cabo el hecho, sino un propósito o un deber especiales, reclamados por el tipo legal.

Una fórmula que permitió ofrecer una solución global a la variada casuística de *cometer a través de otro* –con o sin dolo del ejecutor– se halló, en definitiva, en la teoría de la *autoría* como *dominio del hecho*, concepto formulado, por primera vez, en forma “plenamente válida” por LOBE, en la 5ª edición del *Leipziger Kommentar*⁴⁷. Para ROXIN, debe atribuirse a AUGUST

⁴⁵ HERZBERG, op.cit. p. 53.

⁴⁶ Véase extensamente, sobre el reconocimiento del *instrumento doloso*, SCHRÖDER, op.cit. pp. 81 y sigts. Las opiniones divergentes de Roxin pueden consultarse en su obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, especialmente en los §33 y 34, pp. 351-398.

⁴⁷ El concepto de *dominio del hecho*, que se ha transformado en un criterio de uso frecuente para la definición de la *autoría*, tuvo su origen, primero en Hegler (en el ámbito de la culpabilidad) y luego, sobre todo, en Lobe, en la 5ª edición del *Leipziger Kommentar*, para la teoría de la participación, cuya teoría –afirma Roxin– “no se debe considerar como la de un precursor, sino que representa la *primera formulación plenamente válida que se haya expresado acerca de la idea del dominio del hecho*” (Cf. Claus ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Hamburgo, 1963, p.65; SCHRÖDER, op.cit. pp. 59-61). Cabe observar, de paso, que –como Schröder subraya– Welzel y sus seguidores se vieron enfrentados a dificultades difíciles de superar para hacer compatibles su concepción final de la acción con el elemento “adicional” de *dominio del hecho* (lo que obliga a diferenciar “acciones con diverso contenido de sentido” (hecho principal y acciones de participación): “Las vacilaciones sobre si reconocer abiertamente ese elemento adicional u optar por su derivación directa del concepto de acción, crea hasta hoy ciertas dificultades a la teoría final de la acción y es la causa de considerables divergencias de opinión entre sus representantes” (op.cit.p. 63).

HEGLER (y su teoría de la “supremacía” (*Übergewichtstheorie*) el mérito de precursor del concepto del *dominio del hecho*⁴⁸.

En la *autoría mediata* el *dominio del hecho* se halla situado, en efecto, en el *hombre de atrás* quien, además de cumplir con las eventuales exigencias personales requeridas por el tipo legal, pone en movimiento y controla la acción del ejecutor.

En tales hipótesis, según algunos escritores, la *falta de intervención directa en la ejecución del hecho* por parte del *autor mediato*, la que correría por cuenta y se llevaría a cabo, *incluso dolosamente*, por un sujeto que ha actuado como mero “instrumento” (el *hombre que está delante*), quedaría “sobrecompensada” por el gobierno y dirección de ella por parte del *hombre que está detrás*⁴⁹. Con arreglo a esa doctrina –para expresarlo de manera sintética–, “lo importante no es quién causa el hecho o quién ejecuta la acción típica, sino quien domina la ejecución de ésta”⁵⁰. Si no ha alcanzado una definición teórica unánime en la doctrina alemana, conviene ROXIN en que la posibilidad de admitir *autoría mediata* con un *instrumento doloso* “se ha resuelto por la práctica en sentido afirmativo”⁵¹.

Un importante desarrollo teórico ulterior alcanzó todavía esa doctrina con el concepto de *autor detrás del autor*, que alcanzó popularidad gracias a la monografía de SCHRÖDER del mismo nombre (en base a una expresión antes acuñada por RICHARD LANGE⁵²).

Especial interés reviste la aplicación de esa noción, que ROXIN, como se verá, extiende a los casos en que *el que está detrás* (“criminal de escritorio”) maneja los hilos de un complejo aparato criminal, con ejecutores *dolosos fungibles*, a quienes ni siquiera necesita conocer, bastándole apretar un botón o hacer una llamada telefónica para que el hecho tenga lugar, por obra de alguno de *los que están delante*, dispuestos a actuar (*omnimodo facturus*) y que integran los escalones inferiores del aparato (vid. *infra*). Como el sujeto que va a llevar a cabo la ejecución es *reemplazable* por cualquier otro de los instrumentos *intercambiables*, “no se necesita ni la coacción ni el error para atribuirle el dominio del hecho al que obra por

⁴⁸ ROXIN, op.cit. p. 232.

⁴⁹ Para otros escritores (los partidarios de la teoría *subjetiva* de la participación, minoritaria en la doctrina, pero frecuentemente admitida en la jurisprudencia alemana), lo decisivo para que haya *autoría*, es el *querer dominar el hecho*, de suerte que, si el *hombre que está detrás* tiene la *voluntad de dominar el hecho*, es *autor mediato*, aunque, contrariamente a su representación, el que tenga objetivamente el *dominio del hecho* resulte ser, en definitiva, el *hombre que está delante* (Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER/ Wolfgang MITSCH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1995, § 117, p. 624.

⁵⁰ José Ulises HERNÁNDEZ PALENCIA, *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, 1996, p. 30.

⁵¹ ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p.252.

⁵² En KOHLRAUSCH-LANGE, *Strafgesetzbuch*, 39/40 edición, Berlín,1950, nota IB 1 antes del § 47. Cf. BAUMANN/WEBER/MITSCH, op.cit. p. 624, nota 167.

detrás”⁵³. Es notorio el interés de este enfoque para comprender y abordar técnicamente el fenómeno de la gran criminalidad organizada.

Ha quedado atrás, pues, una teoría de la *autoría mediata* concebida exclusivamente para los casos de ausencia verdadera y propia de *voluntad libre* por parte del ejecutor *impune*, para ampliarse y enriquecerse, mediante las ideas de *dominio del hecho* y de *autor detrás del autor*, y abarcar, así, también relaciones de subordinación, *a través de los diversos niveles sucesivos del engranaje del aparato criminal*, para cometer un delito a través de un *instrumento doloso*. En efecto, con arreglo a esa doctrina, de considerables implicaciones para la política criminal, es también *autor mediato* “cada uno de los que, en el marco de la jerarquía, transmite las instrucciones criminales con poder de mando propio”⁵⁴. Ello vale tanto para organizaciones criminales de tipo *mafioso* como para la dinámica del terror del aparato estatal en un sistema dictatorial (“el ejemplo más extremo está constituido por los asesinatos masivos planeados y ejecutados burocráticamente durante el régimen nacionalsocialista”⁵⁵)⁵⁶. Esa especial forma de *autoría mediata* ha sido reconocida también, “con convincente fundamentación”⁵⁷ por el tribunal supremo alemán (*Bundesgerichtshof*).

Están superadas, pues, buena parte de las discusiones doctrinarias en el derecho alemán, de que da cuenta una enorme bibliografía y encendidas polémicas, procedentes principalmente de quienes, *por negar la calidad de autor al ejecutor carente de voluntad libre y, considerarlo por ende, penalmente irresponsable* (al que hacían equivalente a una herramienta o fuerza de la naturaleza), negaron asimismo, con mayor o menor consecuencia, la necesidad del concepto de *autoría mediata*⁵⁸ o que, atribuyéndole un carácter

⁵³ Günter STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general. 1. El hecho punible* (traducción de Gladys Romero), Madrid, 1982, § 791, p. 242.

⁵⁴ BAUMANN/WEBER/MITSCH, op.cit. p. 613.

⁵⁵ STRATENWERTH, op.cit. § 792, p. 242.

⁵⁶ Cf. Daniel SUTER, *Rechtsauflösung durch Angst und Schrecken. Zur Dynamik des Terrors im totalitären System*, Berlín, 1983; Sergio POLITOFF, “Adeguatezza sociale e terrore nell’America Latina: il ruolo della giustizia”, en *Dei delitti e delle pene*, año 2, N° 2, Roma, 1984.

⁵⁷ Herbert TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 48ª edición, Munich, 1997, §25, 3B, p. 181. Cf. *BGH* tomo 40, p. 237. En sentido aprobatorio de esta caracterización de la referida hipótesis como *autoría mediata* del (“autor detrás del autor”), además de los ya citados Schröder, Roxin y Stratenwerth, puede citarse a Cramer (Cf. SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, op.cit. §25, 25, p. 432), Johannes Wessels (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Karlsruhe, 1975, p. 100) y Reinhart MAURACH/ Karl Heinz GÖSSEL/ Heinz ZIPF (*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Heidelberg, 1984, t.II, § 64, p. 238). Para otros autores, como BAUMANN/ WEBER/MITSCH (op.cit., p. 632), JAKOBS (op.cit. p. 649), se trataría de coautoría (*Mittäterschaft*). Según JESCHECK (op.cit. p.611), la *autoría mediata* sólo es admisible “cuando los propios ejecutores no puedan ser considerados plenamente responsables”.

⁵⁸ El principal representante de esta posición fue Max ERNST MAYER (Op.cit., pp.375 y sigts). Con todo, si bien este escritor, por la razón explicada más arriba en el texto, impugnaba la figura de *autor mediato* cuando el instrumento es “absolutamente irresponsable”, la admitía, en cambio, “si a una persona, que por razones jurídicas no puede ser autor, se la hace realizar un tipo legal” (p. 376),

ficticio, lo motejaron de “homúnculus salido de la retorta de la doctrina del derecho penal”. Tales impugnaciones tienen ahora un puro interés histórico, desde que el Código vigente en Alemania, en el antes referido §25, incorporó a la noción de autoría propiamente tal –separada de la *instigación*– la fórmula “cometer por sí mismo o ...a través de otro”.

1.2.3.1. El asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina alemana.

Directamente vinculada con el tema del *autor detrás del autor* es la pregunta acerca de la eventual responsabilidad penal de las *personas jurídicas*, ya que en las corporaciones, a menudo vinculadas con la criminalidad económica y a veces con hechos de carácter *mafioso* (lavado de dinero, etc.), se da el paradigma de un aparato jerarquizado con ejecutores fungibles.

La posibilidad de que el *dominio del hecho* resida en entes colectivos, cuyos *ejecutores intercambiables* aparecen generalmente, en razón del “añejo axioma” *societas delinquere non potest*, como los únicos que pueden ser alcanzados por la sanción penal, ha reabierto el debate sobre la posibilidad de incriminar penalmente, como tales, a las *personas jurídicas*. “En el último tiempo –se lee en BAUMANN/ WEBER/ MITSCH– se discute de nuevo fuertemente, sobre todo a raíz de regulaciones en el extranjero, la punibilidad de las personas jurídicas”⁵⁹.

El tema no es nuevo en Alemania. VON LISZT ya había escrito: “Se debe afirmar que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las sociedades, hasta donde llegue su capacidad civil, y la punición de tales entidades, en cuanto son sujetos independientes de bienes jurídicos, se presentan, no sólo como posible, sino asimismo como conveniente”⁶⁰. Y añade –contra la opinión de JAMES GOLDSCHMIDT que restringe el delito de las asociaciones al derecho administrativo– que “los delitos de las corporaciones son *posibles jurídicamente*” (tienen capacidad de obrar y son sujetos de bienes jurídicos), y que es recomendable aceptar su incriminación, “pues, por una parte el acto, *detrás del cual se encuentra no uno o varios individuos sino una corporación*, alcanza una significación distinta y más elevada” y “por otra parte, *es contrario a la justicia como a la política criminal, dejar impune al culpable y cargar exclusivamente la responsabilidad sobre un órgano de voluntad ajena*”⁶¹. Y todavía, MAX ERNST MAYER, tras sostener asimismo la posibilidad de que los delitos corporativos sean incriminables penalmente, en un derecho futuro, apuntaba certeramente y con notable anticipación: “En muchos casos tiene

⁵⁹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, op.cit. p. 389.

⁶⁰ FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, t. II, 3ª edición, Madrid, 1927, pp. 299-300. Las cursivas está puesta por mí S.P.)

⁶¹ *Ibidem*.

la corporación un mayor interés en su buen nombre que al de sus *órganos sustituibles* y será, por ello, más prudente que ella misma sea sometida a una condena⁶².

Es interesante anotar que, aunque el Código alemán no ha previsto aún la responsabilidad de las personas jurídicas (y contiene, en cambio, un precepto (§14), con una detallada casuística, “extremadamente discutida”⁶³, acerca del “actuar por otro”), convienen los escritores modernos que “*De lege ferenda*, siguiendo ejemplos internacionales (Holanda, Francia, Noruega⁶⁴, E.E.U.U., Inglaterra, etc.), así como las recomendaciones del Consejo de Europa⁶⁵, aumenta el reclamo cada vez más, especialmente en el derecho económico y en el derecho ambiental, de la creación de sanciones penales también para las empresas económicas estructuradas en la forma de corporaciones (penas societarias)”⁶⁶.

Cabe observar asimismo que, aun los escritores que repiten las razones tradicionales (supuesta “incapacidad de culpabilidad”, etc.) no se muestran ahora enteramente negativos frente a las nuevas tendencias en la materia. Mientras JESCHECK, aunque piense que respecto de las personas jurídicas, “carece de sentido la desaprobación éticosocial” (lo que no es tan evidente), recuerda que desde hace mucho tiempo existen penas administrativas contra las personas jurídicas y conviene en que “a la vista de la posición de poder de los colectivos y de la especial criminalidad económica que se puede desarrollar en el marco de aquellos, resulta comprensible que el legislador crea que necesita la posibilidad de una sanción” y añade que “esta cuestión es tratada en el derecho extranjero de modo mucho más pragmático que en el alemán, y por eso se tropieza allí frecuentemente con la pena para la asociación, dado que la misma parece útil”⁶⁷.

También ROXIN, tras admitir “que habrá que esperar a ver cómo sigue evolucionando la discusión”, observa que “el trasfondo de la discusión es el interés por poder combatir más eficazmente los delitos económicos o medioambientales, pero también, p.ej., el *lavado de dinero* dentro de la criminalidad organizada”. Si bien –dice– aún no está claro como debía hacerse, “pues las propuestas formuladas hasta el momento difieren ampliamente unas de otras”. Reconoce que “dado que existe la necesidad de volver a privar a la

⁶² Max Ernst MAYER, op.cit. p. 96 (la cursiva es puesta por mí, S.P.).

⁶³ TRÖNDLE, op.cit. §14, pp.99-100.

⁶⁴ Vid. Helge ROSTAD, “Las multas a las personas jurídicas. Breve esbozo del sistema noruego”, en *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 519 y sigs.

⁶⁵ Cf. Council of Europe. European Committee on Crime Problems, PC-R-CI (87) 5, de 18 de diciembre de 1987. Vid. Jescheck, op.cit. p. 205.

⁶⁶ TRÖNDLE, op.cit. loc. cit.

⁶⁷ JESCHECK, op.cit. p. 205.

persona jurídica de los beneficios que ha obtenido mediante los delitos de sus órganos y que también en otros aspectos se considera que una actuación penal sobre el patrimonio de la persona jurídica es frecuentemente más eficaz que la exigencia de responsabilidad a sus órganos, no es inusual la pena para las asociaciones en el Derecho extranjero, sobre todo en Inglaterra y en EE.UU.⁶⁸.

KLAUS TIEDEMANN quien, en Alemania, es seguramente la figura más eminente en el estudio del Derecho penal económico (y que ha mirado con simpatía la evolución en esta materia en el Derecho penal neerlandés (vid. *infra* 1.2.4.2.3.)), ha escrito: “Un creciente número de jurisdicciones tienden a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de otras agrupaciones, dado que son ellas las que se encuentran en el origen de las infracciones y quienes comúnmente reciben sus beneficios. Si bien los agentes humanos pueden cambiar, la entidad social y jurídica que es la agrupación puede continuar existiendo y actuando. *Se sabe que el grupo crea una atmósfera o clima que facilita e incita a los autores materiales a cometer delitos en provecho del mismo*”. Para lograr que el derecho penal pueda enfrentar el *abuso de poder* de las empresas, generalmente inalcanzables, hay que renunciar, es claro, a la pretensión de “condenar el alma” de esas corporaciones y de “golpear su cuerpo” de otra manera que “metafóricamente”⁶⁹, pero sí reconocer que el *dominio del hecho* reside en ella y no en uno u otro de sus funcionarios, ya que “una compañía es más que la suma total de sus componentes humanos, y ella, en sí misma, puede cometer los elementos básicos de un delito penal”⁷⁰.

Es significativo que hasta escritores formados en la tradición del finalismo (como JAKOBS), aunque parezca sorprendente, terminen por aceptar, no ya tan sólo la capacidad de acción, sino también la *culpabilidad* de la persona jurídica (“para la acción como para la culpabilidad son las formas dogmáticas (esto es, no sólo los nombres) idénticas para las personas naturales y para las personas jurídicas”⁷¹).

Volveremos sobre el tema, al explicar nuestra posición al respecto (vid. *infra*), pero por ahora resulta útil recordar las admoniciones del filósofo

⁶⁸ Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte general, t.I. Fundamentos. La estructura y teoría del delito* (traducción y notas de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Madrid, 1997, pp. 259-260.

⁶⁹ Vid. C.M. V. CLARKSON, “Kicking Corporate Bodies and Damning Their Souls”, en *The Modern Law Review*, 1996, vol 59, pp. 557 y sigts.

⁷⁰ *Ibid.* p. 569.

⁷¹ Günther JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnung*, 2ª edición, Berlin/ Nueva York, 1993, p. 149. Cf. asimismo de ese mismo autor, sobre la diferencia entre sujeto y “persona”: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996, pp. 50 y sigts. También Hans Kelsen (sobre el concepto de persona jurídica que comprenderá a las personas naturales e ideales), *La teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, 1973, pp. 126 y sigts.

LUDWIG WITTGENSTEIN, en el sentido de evitar que las ontologías, legadas por la tradición, obstaculicen las formas nuevas de pensamiento que resultan de *observar* la realidad⁷².

1.2.4. La autoría mediata en el derecho holandés.

1.2.4.1. La figura de “hacer cometer” en el Código Penal. Su evolución doctrinaria.

Menos conocida es la trayectoria del tema de la *autoría mediata* en el derecho holandés, aunque –que sepamos– fue el Código Penal neerlandés el primero que incorporó resueltamente el *hacer cometer por otro* (*doen plegen*) como forma de autoría, distinta de la simple *inducción* o *instigación* (*uitlokken*). La originalidad de esa doctrina es perceptible también en el desarrollo posterior, particularmente en la noción de *autor funcional* que condujo, como se verá, a la introducción, *contra la ortodoxia generalmente proclamada en la doctrina predominante en otros países*, de la responsabilidad penal de las *personas jurídicas*.

Con arreglo al artículo 47 de ese texto legal, son castigados *como autores* de un hecho punible, “los que *cometen* (*plegen*) el hecho, *lo hacen cometer* (*doen plegen*) o lo cometen en común (*medeplegen*) (1º), y los que, a través de algunos de los medios que la ley señala, “*inducen* (*uitlokken*) dolosamente al hecho” (2º).

El modelo que utilizaron los redactores del Código, en la parte relativa a autoría y participación, fue el Código belga de 1867, el cual, sin embargo, no contenía ninguna referencia explícita a la *autoría mediata*. La incorporación de la figura autónoma de *hacer cometer* (*doen plegen*), que tampoco se contenía en el Código alemán ni en el Código francés, fue un añadido que el legislador tomó de una fuente holandesa (el artículo 272 de la Ley de Municipalidades (*Gemeentewet*) de la época, relativo al que *cometía* o *hacía cometer* determinadas infracciones tributarias. Según algunos comentaristas, ese añadido se juzgó necesario por una “sobreacentuación” del carácter psicofísico del concepto de acción⁷³.

Con arreglo a la Exposición de Motivos (*Memorie van Toelichting*), que acompañó al proyecto de Código Penal neerlandés para su aprobación parlamentaria, “es autor asimismo el que comete el hecho, no personalmente sino a través de otro, como un *instrumento en su mano*. El autor *inmediato* es un *manus ministra*: el que, por el error en que se encuentra o a que se

⁷² Vid. Hanna Fennichel Pittkin, *WITTGENSTEIN: El lenguaje, la política y la justicia. Sobre el significado de Ludwig Wittgenstein para el pensamiento social y político* (traducción de Ricardo Montoro Romero), Madrid, 1984, *passim*, especialmente, pp.20 y sigs: 40 y sigs; 286; 379. Cf. L. WITTGENSTEIN, *Philosophical Investigations* (traducción de G.E.M. Anscombe), Oxford, reprint 1995, §66.

⁷³ Hazewinkel-SURINGA/REMMELINK, op.cit. p. 411.

le ha conducido o la fuerza a que ha cedido, actúa sin dolo, culpabilidad o imputabilidad”⁷⁴. Se infiere de la referida Exposición de Motivos que el legislador tenía en mente una determinada categoría de personas que hacían las veces de *intermediarios*, de los cuales el que *hacía cometer* se servía y que actuaban como instrumentos involuntarios.

La jurisprudencia extendió, sin embargo, más tarde, la hipótesis legalmente prevista de autoría mediata (*middelijk daderschap*) a todos los casos en que el *ejecutor no fuera punible*. El caso concernía a un sacerdote, acusado del hecho probado de que, en un establecimiento de enseñanza por él dirigido, se impartía docencia escolar en locales declarados inutilizables por decisión de la autoridad competente, lo que constituía una infracción penal con arreglo a la Ley de Educación Primaria. El tribunal de la instancia había considerado que, a la responsabilidad del sacerdote por *hacer cometer* no obstaba que las maestras fueran responsables también por *cometer* el hecho prohibido. El *Hoge Raad* (tribunal supremo) casó la sentencia y decidió, en un fallo de 1897, distanciándose de sentencias anteriores del mismo alto tribunal⁷⁵, que la expresión *hacer cometer*, que indica una acción pasiva, más o menos instrumental por parte del que comete el hecho, “no puede interpretarse como mover a la comisión de un hecho punible a una persona que sea penalmente responsable de él”. De otro modo, carecería de sentido la existencia de la figura de *inductor (uitlokker)* (Nº 2º, del art. 47). Como las clases se impartían por educadoras que, a su vez, podían considerarse responsables de la infracción, no correspondía imputar al presbítero el *hacer dar* las clases y, estimando el hecho materia de la acusación *no punible*, dictó el *Hoge Raad* sentencia de reemplazo absolutoria⁷⁶. Por supuesto –reconocía la doctrina– es indispensable para que exista esa figura de *autoría mediata* que haya habido una *acción por parte del ejecutor*, de manera que si hubiera habido *fuerza física irresistible (overmacht)* por parte del que *está detrás*, la conducta de éste no consistiría en *hacer cometer*, sino en *cometer*⁷⁷.

⁷⁴ H.J. SMIDT, *Geschiedenis van het Nederlanse strafrecht*, 2.ª edición elaborada por J.W. Smidt, t.1, Haarlem, 1891, pp. 434- 435. Cf. W.P. J. Pompe, *Handboek van het Nederlanse strafrecht*, 5.ª edición, Zwolle, 1959, p.239; J.M. van Bemmelen/ Th. W. van Veen, *Ons Strafrecht. Het materiële strafrecht. Algemeen deel* (11.ª edición, elaborada y puesta al día por D.H. de Jong y G. Knigge), Arnhem, 1994, p. 188; Hazewinkel-Suringa/Rommelink, op.cit. p. 416.

⁷⁵ En fallos anteriores el *Hoge Raad* había resuelto que la responsabilidad penal de los autores-ejecutores no eran obstáculo para la responsabilidad del que había *hecho cometer* (Cf. ampliamente sobre los antecedentes históricos en A.E. Harteveld, *Doen Plegen*, en J.L. van der Neut (red.), *Daderschap en deelneming*, Alphen aan den Rijn, 1988, pp. 112 y sigts.

⁷⁶ HR, 27de junio de 1896, *Weekblad van het Recht*, 7146. En nota, se señalan fallos anteriores con una distinta doctrina (de 17.12. 1887, W.5521. 11.05.1891, W. 6043, y 4.04.1893, W.6326) Cf. Rüter/R.C. Haentjens, *Arresten strafrecht/strafprocesrecht met annotaties*, Zwolle, 1990, pp. 4 y sigts (9).

⁷⁷ Cf. Harteveld, op.cit. p. 115.

En la evolución dogmática de la teoría de la *autoría mediata*, a partir de la figura legal de *hacer cometer*, se advierte una paulatina transformación de la doctrina holandesa, por la que tal figura “cambió de carácter”⁷⁸. Se admitió, en efecto, la posibilidad de *autoría mediata* “aunque el hechor directo haya sido... más que un simple instrumento”, por haber obrado éste con conocimiento de que ejecutaba algo prohibido⁷⁹ y *por alguna razón* el ejecutor no fuera responsable⁸⁰. Tal es el caso del *instrumento doloso no calificado*: un empleado público se sirve de una persona que no tiene tal carácter para cometer un *delito funcionario* (notario hace escribir datos falsos en sus libros o registros a un dependiente suyo conocedor de la falsedad)⁸¹. Así, como señala POMPE, dejó de ser decisivo, para la figura de *hacer cometer*, el criterio del carácter pasivo, puramente *instrumental* del ejecutor (como aparecía de la *Exposición de Motivos*), pasando a serlo “la *falta de punibilidad* del ejecutor”, por el *hecho doloso* que el mandante hace ejecutar. En efecto –arguye ese autor– bien puede suceder que exista un *delito culposo* por parte del ejecutor del encargo⁸².

El cambio de acentuación, desde el concepto del ejecutor puramente *instrumental* al de ejecutor *impunible*, condujo a formularse la pregunta si en tipos legales que exijan una determinada *calidad* del sujeto activo, es concebible el *hacer cometer* el delito a un *ejecutor calificado* pero inculpable. ¿Es dable que alguien, que no puede *cometer* (“*plegen*”) un delito por sí mismo, justamente porque en él falta una calidad exigida al autor (por el tipo legal), pueda, en cambio, *hacer cometer* el delito por otro en quien esa calidad está presente? VAN HAMEL responde que ello no es posible: “La *autoría mediata* –escribe– se ha establecido por la ley, no como una forma especial de *autoría*, sino como una forma especial de *ser autor*; y a la *autoría* pertenece, entre otras, la calidad de hombre, funcionario, casado”⁸³.

La jurisprudencia del *Hoge Raad* y otro sector de la doctrina piensan distinto. En tal sentido es expresivo el llamado fallo del *pasaporte (Reispas-arrest)*, pronunciado en 1913⁸⁴: el acusado en esa causa, alcalde de la ciudad de Zaandam, había escrito una carta al gobernador de la provincia, pidiéndole

⁷⁸ Hazewinkel-SURINGA/REMMELINK, op.cit. pp. 417 y sigts.

⁷⁹ P. van Heijnsbergen. “Is wijziging van de bepalingen in het wetboek van strafrecht betreffende deelneming aan strafbare feiten (artt. 47,48 en 49) gewenst?”, en *Verspreide opstellen*, Amsterdam, 1929, pp. 125 y sigts (126).

⁸⁰ HARTEVELD, op.cit. p. 114.

⁸¹ G.E. LANGEMEIJER, *Het wetboek van strafrecht verklaard door Mr. T.J. Noyon, zesde druk bewerkt door Mr. G.E. Langemeijer*, Inleiding (Art.1-176), art. 47, §6, p.312.

⁸² POMPE, op.cit. p. 241. En el mismo sentido, G. A. van HAMEL, *Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht*, Haarlem/ 's Gravenhage, 1927, p. 390.

⁸³ Van HAMEL, op.cit. p. 389.

⁸⁴ HR, 21-04- 1913, NJ 1913, 961. Puede consultarse la sentencia en C.F. Rüter/ R.C.P. Haentjes, op.cit., pp. 23 y sigts.

un pasaporte para un viaje a Rusia en favor de un joven conde, y en la carta, dolosamente faltando a la verdad, comunicaba que éste tenía 21 años, en lugar de 17 años, con lo que hizo hacer al gobernador otorgar un pasaporte falso (delito previsto en el artículo 231 del Código Penal neerlandés). La cuestión era si el alcalde, aunque no autorizado (“calificado”) para extender un pasaporte y, con ello, para cometer el delito, podía, con todo, *hacerlo cometer*. El *Hoge Raad* respondió en su fallo afirmativamente.

Concluye la doctrina dominante que la figura jurídica de *hacer cometer* se habría “desnaturalizado”, con respecto a la concepción original, expresada en la *Exposición de Motivos*, de suerte que tal figura tendría lugar toda vez que “A logra dolosamente que B ejecute un hecho punible, por el cual B, debido a una u otra razón, no puede ser castigado”⁸⁵

1. 2.4.2. La aparición del concepto de *autor funcional* en la doctrina penal holandesa.

1.2.4.2.1. Generalidades. La cuestión terminológica. Diferencias con la teoría del autor funcional en Roxin. Dos fuentes de autoría mediata.

Paralelamente al desarrollo dogmático de la figura de *hacer cometer* (*doen plegen*), se produjo en los Países Bajos una evolución en la interpretación del concepto mismo de *cometer* (*plegen*), que condujo a una ampliación del significado de éste y a la aparición de una noción nueva y original, la de *autor funcional*, que refleja la aplicación de criterios que responden también, aunque con otros antecedentes, al paradigma del *autor detrás del autor*. Como se verá, aquella noción posibilitó, finalmente, la consagración legislativa en el Código neerlandés actual de la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*.

La denominación *autor funcional* de la doctrina holandesa tiene muy pocos puntos de contacto (si es que tiene algunos, además del nombre), con el modelo propuesto por ROXIN, en Alemania y que ha encontrado algún eco, también fuera de ese país⁸⁶.

⁸⁵ Hazewinkel-SURINGA/REMMELINK, op.cit. p. 419. Con humor escribe F.A.J. Koopmans (*Het materieel strafrecht*, Groningen, 1997, p. 112), que, en la figura de *hacer cometer* hay una “repartición de papeles entre autor mediato y autor material: el uno es punible siempre que el otro no lo sea”.

⁸⁶ La teoría de ROXIN, reconoce en el concepto de *autor* (“Täter”), los casos de *dominio (individual) del hecho*, a que nos hemos referido más arriba: Además del que verifica la acción típica por sí mismo, las diversas hipótesis de *autoría mediata*, en que *el que está detrás* se sirve de un *intermediario*, al que, sea: 1) *impone su voluntad*; 2) *conduce y da forma* a su actuación, sin que éste se pecte, *aprovechando para ello el entero conocimiento de los hechos* por parte de aquél; o 3) se le hace ejecutar el hecho, en que éste actúa como *instrumento*, en razón de su *fungibilidad* en el marco de un *aparato de poder*, manejado por *el que está detrás*. Pero luego se ocupa ROXIN de una situación distinta, en que ya se ha dejado el campo del *dominio individual del hecho*, para entrar en el del *dominio conjunto del hecho* (esto es, de la *coautoría* (“Mittäterschaft”). Este último es el ámbito en que se desenvuelve su doctrina acerca del *dominio funcional*. Roxin, op.cit. *passim*, sobre todo pp. 275 y sigts. Cf. asimismo, Hernández Plasencia, op.cit.

La doctrina holandesa sobre *autoría funcional* no se refiere a los *coautores* (“medeplegers”), sino a la línea divisoria entre el sujeto que *comete* (“pleger”) y el que *hace cometer* (“doen pleger”), y en el ámbito del primero, da lugar a una *extensión* de la noción de *autor*, propiamente tal, que no se identifica ya con el *ejecutor*, para abarcar asimismo alguna casuística de *autor detrás del autor*. En otros términos, la noción de *autoría mediata* resulta, en el derecho neerlandés, de dos fuentes: a) la figura del que *hace cometer*, formalmente prevista en la ley (“doen pleger”), cuyo alcance –según se ha visto– se reduce a los casos en que el ejecutor, por una u otra razón, *no es punible*; y b) la noción de *autor funcional*, cuyos alcances se explicarán en seguida, pero que –se puede ya anticipar– concierne a casos, especialmente en el *derecho penal económico*– en que se entiende que se *comete* un delito por un funcionario o un empresario, “aunque el trabajo *se ejecute* propiamente por los subordinados que forman parte de la organización”⁸⁷.

De esta suerte, la *autoría mediata*, en el derecho neerlandés, se construye a través de ambas nociones: la de *hacer cometer* (“doen plegen”) y también a través de una sugerente interpretación, que es obra de la doctrina y de la jurisprudencia, de la voz *cometer* (“plegen”). Este último concepto –según se ha reconocido por algunos escritores– tiene semejanza con la idea de *dominio del hecho* y con la responsabilidad que deriva del propio papel que se desempeña en una organización jerarquizada, que REMMELINK (citando a ROXIN) también ilustra con el “criminal de escritorio” en los crímenes de guerra y en los crímenes contra la humanidad⁸⁸.

1.2.4.2.2. Autoría funcional y posición de garante.

En 1936, el presidente de un club de fútbol (un conocido abogado de Dordrecht) fue condenado por una contravención: haber hecho uso de un camino provincial, sin la requerida autorización competente, para tener un acceso más fácil al campo de fútbol. Por supuesto, no era el presidente mismo quien hacía uso del camino prohibido, sino los jóvenes jugadores. El hecho de que el presidente del club *estuviera enterado de una práctica que él podía hacer cesar*, fue motivo para que los sentenciadores consideraran que él había *cometido* la infracción⁸⁹. Se sucedieron numerosos fallos en que el destinatario

p. 42; YÁÑEZ, op.cit. pp. 59 y sigts. Véase un análisis crítico de esta teoría en Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en derecho penal*, Barcelona, 1991, pp. 651 y sigts.

⁸⁷ Hazewinkel-SURINGA/REMMELINK, op.cit. p. 420.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 421.

⁸⁹ DFC-arrest, HR de 29.07. 1936, NJ 1937, 8. Otro caso en que el *Hoge Raad* trazó la línea divisoria entre *hacer cometer* y *cometer (funcionalmente)*, también en los años 30, fue el fallo en que desechando el recurso de casación del director-gerente de una imprenta, condenado con arreglo al art. 419 del C.P. holandés, que castiga al *impresor* de textos penalmente prohibidos, el alto tribunal resolvió que también el director de una sociedad anónima impresora que hace que el personal subordinado imprima físicamente los textos, es

de la norma penal no podía considerarse el que ejecuta materialmente el hecho prohibido de “imprimir”, “transportar”, “construir”, “vender”, etc. (el que con sus manos mueve una palanca o conduce un camión), sino *el que está detrás* y es *dominus causae*, “Tatherr”, esto es, el que decide y controla enteramente la producción del hecho delictivo, lo que no obsta a una eventual responsabilidad secundaria, a título de complicidad, de las figuras generalmente intercambiables de los ejecutores físicos. En tales casos *el que está detrás* no era estimado responsable de *hacer cometer*, sino de *cometer funcionalmente*.

Con el concepto de *autoría funcional* se rompió, en alguna medida, la interpretación de la autoría, inspirada -como todos los códigos de su época- en criterios en que la acción estaba concebida de una manera puramente física. El círculo de autores potenciales fue determinado, según fueran los tipos delictivos de la Parte Especial, abarcando así a personas que, aunque no habían intervenido físicamente en su producción, sí *realizaban el hecho típico*.

En nota a un importante fallo, comenta RÖLING que “con la complejidad de las actividades sociales reguladas por la ley (importar, exportar, construir, pagar salarios, fijar precios, etc.), generalmente son muchos los que están comprometidos y actúan en una relación organizativa, en la cual cada vez más a menudo las personas realizan acciones, no directamente, sino a través de intermediarios... *Cometer* pasa a comprender así algunas conductas que antes se consideraban como *hacer cometer*, como *instigar* o como *coejecutar*”⁹⁰.

El concepto de *cometer* es, así, *reorientado* en base a una nueva realidad social y en base a la pregunta acerca de quién es el principal destinatario de la norma prohibitiva. En el marco de esa nueva realidad pueden los *autores* cometer delitos a través de *intermediarios* y, con frecuencia, en el seno de una *organización*. En tal contexto, *autor*, en sentido propio, no es (o lo es raramente) el que maneja la pluma, la máquina de escribir o el ordenador, sino el que en el tráfico comercial o empresarial cumple una determinada *función*, a la que está referida la acción típica. El que a través de diversas personas vende determinado artículo, es *vendedor*, aunque no haya tenido contacto alguno con los clientes.

Un caso muy comentado⁹¹ (al que se refiere la antes citada nota de RÖLING) resuelto por el *Hoge Raad*, en 1954, concernía a una empresa, de un propietario único, en que se cometieron infracciones a las disposiciones

impresor en el sentido de la ley. La importancia de este fallo es que, pese a considerar que a “los trabajadores del establecimiento, en razón de su tarea subordinada, no se les puede formular un reproche por no haberse cerciorado si los textos eran de naturaleza prohibida”, no imputa al director la figura legal de autoría de *hacer cometer*, sino la de *cometer* el delito (Tribune-arrest, HR, 13.03.1933. NJ 1933, 1385).

⁹⁰ B.V.A. RÖLING, nota al llamado *Ijzerdraad-arrest*, HR, 22.02.54, NJ 1954, 348, en Rüter/Haentjes, op.cit. pp. 193 y sigts. (199).

⁹¹ Het “*Ijzerdraad-arrest*” (“fallo del alambre de hierro”), HR 23 de febrero de 1954, NJ 1954, 378.

relativas a la exportación de una partida de alambres de hierro. No había sido el propietario de la empresa el que había cometido físicamente el hecho punible, sino el empleado encargado de las exportaciones. La acción ilícita consistía en haber llenado formularios con datos falsos. ¿Era el propietario de la empresa, en cuyo interés se había actuado, *autor* del hecho? El *Hoge Raad* fijó el criterio definitorio de la *autoría funcional*: la conducta punible (llenar el formulario con datos falsos) puede entenderse *cometida* por el inculgado, si éste estaba en posición de *poder decidir que tales acciones tuvieran o no lugar* y tales acciones eran de aquéllas que por él eran *aceptadas o solían regularmente ser aceptadas*. “*Poder para decidir que el hecho tenga o no lugar*” y “*notoriamente aceptarlo*” aparecen, pues, como criterios determinantes de la afirmación de la *autoría funcional*, los que, como puede apreciarse, poco difieren de los generalmente admitidos para atribuir la *autoría* de la *comisión por omisión*: Si de acuerdo con su *rol* (“posición de garante”) el sujeto tenía el *poder* de impedir la realización del hecho y *omitió impedirlo* porque *aceptaba* que ese hecho determinado tuviera lugar (o regularmente *aceptaba* la ocurrencia de hechos semejantes) se le puede considerar *autor detrás del autor* del hecho punible⁹².

En la medida en que se hace más frecuente considerar que acciones físicas, en determinadas condiciones, se pueden estimar “asimismo como acciones de otro” (el que está atrás) –escriben DE JONG y KNIGGE– se empezará a manejar la moderna *autoría funcional* probablemente también *fuera de la esfera empresarial*. Se puede pensar en diversas organizaciones y en relaciones profesionales con estructura jerárquica: así, decidió el *Hoge Raad* que se podía atribuir a un médico especialista haber *funcionalmente cometido* un homicidio, aunque las acciones físicas que condujeron a la muerte hayan sido dispuestas por médicos asistentes y/o enfermeras, por encargo suyo⁹³. También se puede pensar –añaden estos escritores– en las *organizaciones criminales*⁹⁴.

Es explicable que los criterios del fallo conocido como el caso del *alambre de hierro* (“*Ijzerdraad-arrest*”) dieran lugar a una nueva pregunta, esta vez acerca de lo que acontecería si el que aparece como *autor funcional* fuera no ya una persona natural, sino una persona jurídica⁹⁵.

⁹² Cf. Van BEMMELEN/Van VEEN (De Jong/Knigge), op.cit. p. 205.

⁹³ HR 29.05. 1990, NJ 1991, 217, citado por los autores mencionados, op.cit.loc.cit.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 206.

⁹⁵ Vid. R.A. TORRINGA, *De rechtspersoon als dader; strafbaar leidinggeven aan rechtspersonen*, 2.^a edición, Arnhem, 1988 p. 29 y sigs; E. M. de KONING-De JONG, *Aansprakelijkheid en strafbaarheid van rechtspersonen*, en *Met Rech op de vlucht. Opstellen over (straf)recht aangeboden aan S.I. Politoff ter gelegenheid van zijn afscheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam*, Arnhem, 1995, pp. 111 y sigs. (114).

1.2.4.2.3. Los criterios de la autoría funcional y la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho holandés: *Societas delinquere potest*.

El principio, a menudo consagrado en diversas legislaciones (entre ellas la nuestra, art. 39, inciso 2º del C.de P.P.) de que “la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales” (*societas delinquere non potest*)⁹⁶ está ciertamente vinculado, por diversas razones a las que luego se hará alusión, a un concepto principalmente físico de autoría. El pragmatismo de los juristas holandeses los hizo rendirse a la evidencia de que, crecientemente, las personas actúan a través de organizaciones (a las que el derecho civil reconoce con frecuencia la calidad de persona). Aparecía, además, que a menudo las leyes configuraban delitos que exigían del autor una cierta *calidad* (el importador, el comerciante, el constructor, el editor, etc.) la que, en rigor, pertenecía a la persona jurídica, dentro de la cual y por cuenta de la cual actuaban los individuos pertenecientes a ella.

Aunque los escritores holandeses tendían a aceptar, sobre todo en la esfera empresarial, en los delitos societarios y, en general en la esfera económica, la posibilidad de *autoría* de la *persona jurídica*, se optaba por hacer *responder* penalmente a las personas naturales que habían intervenido en el hecho. El principio *societas delinquere non potest* estaba consagrado también en el Código Penal neerlandés (art. 51).

La tendencia de la jurisprudencia holandesa fue, en un comienzo, hacer responsables al director o administrador por los hechos cometidos por la persona jurídica, aunque ya en un fallo de 1938 el tribunal supremo hacía constar que la explotación de autobuses sin permiso es un hecho que sólo puede cometer el propietario de los mismos y si éste es una persona jurídica, ésta no es punible. En cuanto al administrador sólo puede ser considerado responsable si la ley expresamente así lo señala⁹⁷.

Fue sólo en 1976 que, a través de una modificación del citado artículo 51 (“los hechos punibles se pueden cometer por personas naturales *o por personas jurídicas*” (inciso 1º)), el legislador holandés decidió introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas (*societas delinquere potest*), sin perjuicio de la eventual responsabilidad también de las personas naturales que hubieren intervenido en los hechos.

Aunque las personas jurídicas aparecen como especialmente “aptas” para cometer delitos en la esfera económica, el legislador holandés estableció, en el citado artículo 51, la responsabilidad penal de las corporaciones en términos

⁹⁶ Vid. Sergio POLITOFF, *Derecho penal*, t. 1, p. 214.

⁹⁷ HR, 21.02.1938, NJ 1938, 820..

generales. Volveremos, más adelante, sobre este asunto, así como sobre otros temas particulares concernientes a la manera como la doctrina construye la responsabilidad penal de las personas jurídicas (causalidad, culpabilidad, etc.).

Por ahora, baste con señalar que los criterios de la *autoría funcional* (como fueron descritos en el fallo sobre el *alambre de fierro* (vid. *supra* **1.2.4.2.2.**) han servido de base a la jurisprudencia y la doctrina penal en Holanda para imputar la condición de *autor detrás del autor* a la *persona jurídica*, que, teniendo la “posición de garante” y el *poder* de evitar el resultado, acepta y estimula semejantes comportamientos, por medio de quienes desempeñan funciones directivas, creando un dolo o culpa “fragmentario y repartido”⁹⁸ a través de diversos niveles de la empresa, generalmente por ánimo de lucro.

1.2.5. La autoría mediata en el derecho penal español.

Salvo la regulación contenida en el Código de 1928, de fugaz vigencia (cuyo artículo 46, 2º consideraba *autores indirectos del hecho* a: “Los que, empleando coacción, amenaza, abuso de autoridad o poder, fuercen a otro a ejecutarlo”), la legislación penal española vino sólo a consagrar la *autoría mediata* en el nuevo Código, de 1995, en el inciso 1º del artículo 28: “ Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. Todavía en el Código de 1973, que conservaba lo que se llamó “las paredes maestras” del Código de 1848, se omitía el concepto⁹⁹.

Si bien el asunto coyuntural de la “*accesoriedad estricta (máxima)*”, que en Alemania puso de moda, en una época, el tema de la *autoría mediata* (vid. *supra*, **1.2.3.**), a través de supuestos en que el inductor y otros partícipes pudieran estimarse favorecidos por una ilógica impunidad, no se había suscitado en España –donde la doctrina consideraba que “con la limitación de la accesoriedad se pueden construir muchos de estos supuestos a base de la inducción o del auxilio necesario”¹⁰⁰–, la doctrina española “venía reclamando insistentemente la definición de la autoría mediata en el C.P.”¹⁰¹

Había quienes –aunque señalaban la conveniencia de introducir un texto expreso de castigo del autor mediato– afirmaban que el asunto “hoy doctrinariamente no presenta problemas”¹⁰². Otros sostenían que –aun en el ámbito de la accesoriedad *limitada*– quedaban hipótesis sin resolver como la actuación a través de un instrumento que se comporta atípicamente (p.ej.

⁹⁸ Cf. TORRINGA, op.cit. p. 37.

⁹⁹ Más que la reconstrucción dogmática con arreglo al nuevo texto legal, nos interesa aquí la manera como la doctrina española se ocupaba del asunto en base a un Código parecido al nuestro.

¹⁰⁰ Rodríguez DEVESA/SERRANO GÓMEZ, op.cit. p. 800.

¹⁰¹ Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1998, p. 434.

¹⁰² BUSTOS, op.cit. p. 286.

autolesión por error) o conforme a Derecho (legítima defensa inducida) que, de no admitirse la *autoría mediata*, deberían permanecer impunes¹⁰³.

La cuestión de si, con todo, quedaban “lagunas de punibilidad por llenar” era negada por algunos escritores, como ANTÓN ONECA, quien detallaba las diversas soluciones que ofrecía la “regulación cerrada sobre la materia”, en la ley española, que –sin necesidad de acudir a una figura no prevista en ella– ofrecía fórmulas de interpretación para “no quedar burlada la voluntad de la ley”¹⁰⁴. También GIMBERNAT, tras referirse con gracia a la facilidad con que los tratadistas alemanes han dado por supuesta la autoría mediata (que se acepta “como lo más natural del mundo”) se ocupó en un fino análisis de la casuística, señalando las dificultades (cuya fundamentación es a menudo “casi insuperable”) para proponer, paso a paso, una solución con arreglo a la luz de las particularidades que ofrecía hasta entonces la dogmática española.

Su conclusión es que hay muchos supuestos, en los delitos de resultado, en que es posible subsumir *directamente* la conducta del autor mediato en el tipo de la parte especial. Ello acontecería cuando (como ocurre con el verbo “matar”), la ley no ha reducido el ámbito de la acción con formas concretas de producción del resultado. GIMBERNAT ha destacado, adecuadamente, “la notable semejanza que existe en las relaciones entre autoría mediata-autoría inmediata, por una parte, y entre impropios delitos de omisión y delitos de acción, por la otra”¹⁰⁵. En ambos casos –explica– hay una equiparación y, en lo que respecta a la segunda de ellas, ya hemos visto que “ciertas formas mediatas de comisión deben ser equiparadas a las inmediatas”¹⁰⁶. Concretizar qué supuestos son éstos –escribe– es tarea de la parte especial”¹⁰⁷. En cambio, no admitirían *autoría mediata* –en su opinión, que difiere de la predominante en Alemania– aquéllos en que el tipo legal señala la clase de actividad requerida para producir el resultado (p. ej. “herir, golpear o maltratar de obra”), hipótesis para las cuales habría que recurrir a la imputación a título de *inducción* o, si se trata de figuras que exigen un elemento subjetivo (vgr. ánimo de apropiación o de lucro, ausente en el que por engaño es inducido a tomar una cosa ajena por encargo del *hombre de atrás*), a la incriminación a otro título (como la estafa)¹⁰⁸.

¹⁰³ Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en Derecho penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, sept-dic. 1969, t. XII, fasc. 3, pp. 461 y sigts. (465) Cf. asimismo José CEREZO MIR, “Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechtswissenschaft”, en *Festschrift für Hans Welzel*, Berlín- Nueva York, 1974, pp.635-653 (639).

¹⁰⁴ José ANTÓN ONECA, *Derecho penal* (2.ª edición, anotada y corregida por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino), Madrid, 1986, pp. 469 y sigts.

¹⁰⁵ Enrique GIMBERNAT ORDEIG, “Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre. Eine rechtsvergleichende Abhandlung auf der Grundlage des deutschen und des spanischen Strafrechts”, en *ZSTW*, t. 80, 1968, pp. 915-943 (934).

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966, pp. 222 y sigts. (250).

¹⁰⁸ *Ibid*, pp. 224-226. Cf. las soluciones propuestas por este escritor para los delitos especiales y los delitos de propia mano

En los delitos *especiales* (p. ej. donde se exige la calidad de funcionario) o en los de *propia mano* (p. ej. los *delicta carnis* (incesto, etc.)) coincide la doctrina en que la *autoría mediata* no es admisible (aunque sí la responsabilidad como inductor o cooperador¹⁰⁹).

Ha sido discutida también, entre los escritores españoles, la posibilidad de *autoría mediata con instrumento doloso*, impugnada por algunos¹¹⁰, aunque reconocida como admisible por otros, aun para casos de *dominio superior del que está detrás* sobre un ejecutor penalmente responsable¹¹¹. La instrumentalización a través de aparatos organizados de poder -que ha alcanzado reconocimiento como paradigma del *autor detrás del autor* en importantes sectores de la doctrina en Alemania y Holanda (vid *supra* 1.2.3 y 1.2.4.2.) ha conseguido, sin embargo, escaso eco en España (“Hitler y algunos otros jefes nazis son inductores... Si la actividad de Eichmann se mantuvo dentro del marco de la llamada “solución final”, su conducta, a pesar de la alta posición que ocupó en el aparato de exterminio, sólo sería de complicidad en cada una de las muertes perpetradas”¹¹²).

Sobre la base de que “el dirigente del aparato podrá tener, como máximo, un *dominio negativo* del hecho, un poder de interrupción de la realización del delito”, se llega a sostener por algunos juristas que “los dirigentes de los aparatos organizados de poder, que operan con personas fungibles para cometer los delitos, se asimilan en mayor medida a la figura de la complicidad o cooperación necesaria”¹¹³.

Puede apreciarse que esos puntos de vista difieren fundamentalmente de las ideas postuladas, especialmente por ROXIN, en Alemania, y sobre todo, de la novedosa doctrina holandesa de la *autoría funcional*, la que reconoce, precisamente en ese *dominio negativo del hecho* el fundamento para reconocer al destinatario principal de la norma prohibitiva.

Anticipando nuestro punto de vista, diremos que -a nuestro parecer- no basta con reconocer “la insuficiencias del derecho positivo, que se limita a regular los supuestos en que intervienen una o más personas no organizadas para el crimen”¹¹⁴, ni basta con afirmar que los artículos del Código Penal relativos a la *autoría* “no están pensados para el genocidio”¹¹⁵. Los crímenes de los aparatos de terror de Estado y de la gran criminalidad *mafiosa* exigen,

¹⁰⁹ El tema de la comunicabilidad o división del título respecto de los partícipes no corresponde aquí. Véase p. ej. Sergio POLITOFF/ Francisco GRISOLÍA/ Juan BUSTOS, *Derecho Penal. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas*, 2.ª edición, Santiago, 1993, pp. 92 y sigts.

¹¹⁰ Cf. RODRÍGUEZ MOURULLO, op.cit. p. 469.

¹¹¹ Cf. BUSTOS, op.cit. p. 287.

¹¹² GIMBERNAT, op.cit. pp. 192/193.

¹¹³ HERNÁNDEZ PLASENCIA, op.cit. p., 276.

¹¹⁴ *Ibid.* p. 257.

¹¹⁵ GIMBERNAT, op.cit. p.189.

más bien, una revisión de los modelos tradicionales para encarar la autoría y participación. Por ello son atrayentes los esfuerzos por dar respuesta a la realidad criminológica de las formas y niveles de la autoría delictiva en nuestro tiempo, dentro de la dogmática penal y de la política criminal, hechos separadamente, por destacados juristas alemanes y holandeses (que a estos últimos los llevó, no sólo a una mejor comprensión de la criminalidad a través de aparatos organizados y jerarquizados de poder, sino hasta a la ruptura del dogma *societas delinquere non potest*).

1.2.5.1. El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la responsabilidad por el hecho de otro en el derecho español.

Cabe observar a este respecto que el Código español (art. 31) a través de una redacción poco feliz (se ha llegado a hablar de “un lapsus del legislador”) ha incorporado un texto¹¹⁶ –cercano a la regulación por el hecho de otro del Código alemán (§ 14, II, 2.)– que imputa “responsabilidad personal” al que “actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en nombre o representación voluntaria de otro”, “aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre”.

Se advierte por los comentaristas que el precepto, así concebido, puede conducir al riesgo de reinstaurar “mecanismos que pueden vulnerar el principio de culpabilidad, rehabilitando la responsabilidad penal por hecho ajeno”. Lo cierto –a nuestro juicio– es que, en el empeño por “solventar los problemas de prueba” y satisfacerse con hallar personas naturales (generalmente fungibles), supuesta o realmente cooperadores en el delito, la introducción de disposiciones como la referida, lejos de ser realista y de “levantar el velo” para hallar a los responsables *físicos*, deja en la impunidad muchas veces al *autor detrás del autor*, que es –como admite una tendencia doctrinaria que gana creciente influencia, a la que adherimos– la *persona jurídica misma* (vid. *supra* 1.2.3.1). La doctrina en España se ha manifestado mayoritariamente en contra de la hipótesis de establecer penas en contra de las personas jurídicas, en base a los conocidos argumentos tradicionales (falta de “entendimiento y voluntad propias”, ausencia de “reprochabilidad subjetiva”, riesgo de afectar a personas inocentes e inaplicabilidad de la prisión, “la pena más característica del Derecho punitivo” y, por ende, de “sus efectos de prevención, reeducación y resocialización” sólo concebibles en

¹¹⁶ Ya se había incorporado una disposición parecida en 1973 (art. 15 bis).

seres humanos¹¹⁷). Menos reparos ha merecido la aplicación de determinadas *medidas* de carácter administrativo, algunas de las cuales (disolución de la sociedad, asociación o fundación; clausura de la empresa; prohibición o suspensión de actividades), se han consagrado, no en el Título IV, del Libro I, sobre medidas de seguridad, sino en el Título VI, sobre “consecuencias accesorias” de los delitos.

Una opinión, claramente minoritaria en España, representada entre otros por ZUGALDIA ESPINAR, más abierta –según nos parece– a la realidad y exigencias que plantean los abusos del poder económico, admite, en cambio, el nuevo principio *societas delinquere potest*. Tales autores reconocen que lo que ahora se plantea es “abrir decididamente las puertas a la sanción penal de las personas jurídicas”¹¹⁸, lo que supone, entre otras cosas, dar la espalda a la primacía de la “eticidad” en la concepción del delito, a la que corresponde “el sentido clásico de una culpabilidad personal moral”¹¹⁹.

En la antes referida Recomendación del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, se propuso “la aplicación de la responsabilidad y de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la *gravedad de la culpabilidad de la empresa* y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan”. BACIGALUPO ha hecho constar que ello demuestra que en Europa existe un difundido consenso en relación a la necesidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas¹²⁰.

Como lo ha enseñado la experiencia holandesa y se ha afirmado por TIEDEMANN, en Alemania, la responsabilidad de las personas jurídicas

¹¹⁷ Serrano BUTRAGUEÑO, op.cit. p. 459. En sentido parecido, entre otros, Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, op.cit.pp.391 y sigts.; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, op.cit. p. 209; José CERESO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General I*, Madrid, 1976, pp. 312 y sigts. En favor de la aplicación de medidas de seguridad, ANTÓN ONECA, op.cit. p. 177. A Francisco MUÑOZ CONDE, “le parece bien que el actual Derecho Penal disponga de un arsenal de medios específicos de reacción y control jurídico-penal de las personas jurídicas”, pero reclama, “para mantener la pureza del lenguaje jurídico y la coherencia con las premisas conceptuales de las que se parte”, al menos, “que se utilicen otros nombres o nomenclaturas distintas a las tradicionales penas o medidas de seguridad” (“Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuesta de reforma”, en *Hacia un derecho penal económico europeo*, pp. 265-283 (278)

¹¹⁸ Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, “Presentación y elogio del Profesor Dr.h.c. (mult) Klaus Tiedemann”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, p. 22.

¹¹⁹ José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR, “Una vez más sobre el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (doce años después)”, en *Hacia un Derecho penal económico europeo* cit. pp. 723 y sigts. (727). Un precursor de esta doctrina en España se puede considerar Quintiliano Saldaña, *Capacidad criminal de las personas sociales (Doctrina y Legislación)*, Madrid, 1927. Cf. asimismo, Masaveu, “La responsabilidad penal de las personas corporativas en la doctrina y en la legislación”, en *Revista de Estudios Penales*, II, 1945, pp. 50 y sigts. cit. p. Cerezo Mir, op.cit. p. 312.

¹²⁰ Enrique BACIGALUPO ZAPATER, “Informe sobre la responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en los países de la Comunidad Económica Europea, cit. p. Zugaldia Espinar, op.cit. p. 726.

puede ser regulada normativamente, en base a la “violación del deber de vigilancia”, que implica que ésta”a través de sus órganos o representantes, haya omitido las medidas necesarias para una conducción ordenada, esto es, no delictiva de los negocios”.

Si se prescinde de la a menudo repetida, algo ingenua objeción, de que la pena “reeducar y socializa” a las personas, lo que sólo se lograría con la prisión, y si se admite que los conceptos de acto y de culpabilidad pueden construirse, con otros paradigmas para las personas jurídicas, restaría sólo el riesgo de afectar a personas inocentes. Ello es inherente al costo social de las penas comunes (que con frecuencia alcanzan a los familiares inocentes del condenado), pero el legislador puede concebir (como lo demuestra la ley holandesa) formas flexibles de ejercitar la acción penal, a veces contra la persona jurídica misma, a veces sólo contra administradores y ejecutivos, y todavía, a veces contra unos y otros¹²¹.

La tentativa de desprenderse del escrúpulo, arraigado en la tradición del apotegma *societas delinquere non potest*, y remplazar, por ende, para las personas jurídicas, las penas por sanciones del *derecho administrativo*, parece ofrecer escaso alivio, ya que diversas instancias y foros internacionales, así como la jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, y la más moderna doctrina, (para evitar “la trampa de las etiquetas”) coinciden en que, en la imposición de sanciones del *derecho administrativo penal*, no es dable prescindir del principio de *culpabilidad*¹²².

2. EL AUTOR DETRÁS DEL AUTOR EN EL DERECHO CHILENO.

2.1. Generalidades. El autor mediato: “¿categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena?”.

La doctrina nacional ha mostrado, con excepciones, escaso interés por la problemática de la *autoría mediata*¹²³. Como escribe CURY (en un estudio monográfico que lleva el título de este epígrafe), “para una parte significativa de la doctrina nacional el concepto de autor mediato sigue siendo hasta ahora desestimable, ora porque todas las situaciones a que se refiere se encuentran expresamente reguladas por la ley en el artículo 15 y, a causa de ello no generan problemas al intérprete nacional, ora porque se piensa que todas o casi todas deben ser tratadas como casos de inducción”¹²⁴. En ello han influido probablemente diversos factores:

¹²¹ Cf. artículo 51 del C.P. neerlandés.

¹²² Cf. extensamente sobre el tema, A.R. HARTMANN, “Het beginsel *geen straf zonder schuld* in het bestuursstrafrecht, en *Recht op de vlucht. Opstellen over (straf)recht aangeboden aan S.I. Politoff ter gelegenheid van zijn afscheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam*, Arnhem, 1995, pp. 65-86.

¹²³ La figura del autor mediato se previó, con todo, expresamente, en el Proyecto de Código Penal de 1946 (art. 16, N° 3°).

¹²⁴ Cury, op.cit. p. 47.

A. La extensa noción de inducción que los comisionados recogieron del Código belga de 1867 y de la opinión de Pacheco.

Según el artículo 66 (4) del Código belga, que en esta parte se tuvo en cuenta, junto al modelo español, por los miembros de la Comisión Redactora de nuestro Código, “se castiga como autor” a “toda persona que, mediante regalos, promesas, *amenazas, abuso de autoridad o poder, maquinaciones o por cualquier otro artificio culpable* hubiere inducido directamente a un crimen o delito”. DUPONT y FIJNAUT, en su comentario al Código belga, observan que “a estos autores se les denomina autores morales, porque son *directamente responsables del delito*, aunque no hayan cooperado directamente en la ejecución”¹²⁵. Esa hipótesis es diversa de la simple “complicidad moral”, del artículo 67 (2), del mismo Código, que castiga a “toda persona que ha dado consejo en la comisión del crimen o delito”.

En la sesión 10, de 14 de mayo de 1870, de nuestra Comisión Redactora se lee: “...El señor Reyes hace indicación para que se separen en dos distintos números las ideas de fuerza e inducción que une en el número 2º de este artículo el C.E., y al efecto propone la siguiente redacción: “Los que fuerzan directamente a otro a ejecutarlo; 3º. Los que por dones, promesas, *maquinaciones o artificios culpables*”¹²⁶, hubieren provocado o inducido directamente a la perpetración del delito o falta”. Después de un largo debate y habiendo convenido unánimes todos los miembros presentes en que la palabra *inducir* del C.E. no podía tener otro sentido que el que explicaba el núm. 3 propuesto por el señor Reyes, tomado del inciso 4º del artículo 66 del C.B., quedó aprobado el inciso en igual forma al del C.E. Se acordó, no obstante, consignar en el acta que dicho significado era el que la Comisión daba a este inciso al consignarlo en nuestro Código, para salvar las dificultades que en la práctica pudieran ocurrir”¹²⁷.

Por otra parte, también PACHECO (cuya influencia en nuestros comentaristas es bien conocida), incluía en la idea de *inducción*, no sólo “el pacto y el consejo”, sino también “el precepto”, el cual “puede conducir *al mismo punto adonde conducen la fuerza y el miedo, a la completa exención del agente material, a la reasunción de la responsabilidad toda sobre la cabeza del que lo ha dictado*”¹²⁸.

Es claro, pues, que el concepto de *inducir* del N° 2º del artículo 15 fue introducido en nuestro Código con criterios que suponían un alcance

¹²⁵ Lieven DUPONT/ Cyrille FIJNAUT, “The criminal Law of Belgium”, en monografía de la *Enciclopedia Kluwer de sistemas penales*, Deventer/Boston, 1993, §233, p. 96.

¹²⁶ Las cursivas puestas por mí (S.P.).

¹²⁷ Cf. *Código Penal de la República de Chile y Actas de la Comisión Redactora, con un estudio preliminar* por Manuel de RIVACOBA y RIVACOBA, Valparaíso, 1974.

¹²⁸ PACHECO, op.cit.t. I, p. 264. La cursiva ha sido puesta por mí (S.P.).

más amplio que la sola situación en que el instigado, *convencido* por el instigador, quiere *dolosamente* concretar el tipo, ya que las hipótesis del ejecutor *engañado* por las “maquinaciones o artificios culpables” del inductor o *subordinado a la autoridad de éste*, aparecían también abarcadas en ese concepto.

Lo anterior explica que, cuando los escritores nacionales hicieron la exégesis de ese precepto incluyeran, algunos de ellos, en la noción de inducción, no sólo los casos en que ha existido plena libertad e intención en el ejecutante, sino también hipótesis tales como “la orden que un superior da un subordinado para que ejecute un delito”, la “disciplina...entre los hijos y pupilos respecto de los padres y curadores”, “el temor reverencial” y la utilización de “maquinaciones o artificios” por parte del mandante¹²⁹. LABATUT reproduce, sin formular objeciones, la noción que hicieron constar los comisionados en la referida sesión 10¹³⁰. Para ETCHEBERRY, si el ejecutor material es inimputable, él es el autor y el hombre de atrás es *inductor*¹³¹.

Un interesante fallo de la Corte Suprema, de 1962, (en que manifiestamente se trata de un caso de *autoría mediata*) decidió que la orden implícita y permanente del propietario de un establecimiento comercial a sus dependientes, para que vendan mercaderías en que se abusa de marcas comerciales ajenas, constituye una *instigación directa a delinquir*, que hace penalmente punible al inductor *aun cuando no haya sido perseguida la responsabilidad de los instigados*¹³².

En suma, para un sector de la doctrina, la mayor parte de la casuística de la autoría mediata quedaría abarcada, sin más, por la figura de inducción del artículo 15, N° 2° comprensiva “tanto de la *instigación en sentido estricto* como en estos casos de autoría mediata”¹³³.

B) El concepto de fuerza comprensivo de la violencia moral.

Aducía PACHECO con elocuencia, al referirse a la fórmula de autoría “*fuerzan* o inducen”, que “el que materialmente, por violencia real, o por *miedo grave*...obliga a otro a la comisión de un acto punible, ese es, sin duda alguna, *el verdadero autor de aquella obra*, ese es el agente que ha

¹²⁹ Vid. Alejandro FUENSALIDA, *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno*, Lima, 1883, pp. 138 y sigs. Cf. asimismo, Pedro Javier FERNÁNDEZ, *Código Penal de la República de Chile explicado y concordado*, Santiago, 1899, p. 127.

¹³⁰ Gustavo LABATUT GLENA, *Derecho Penal*, t. I, 9ª edición actualizada por Julio Zenteno Vargas, Santiago, 1990, p. 198. En contra, Eduardo NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho penal chileno, Parte general*, 2.ª edición (reimpresión), Santiago, 1985, t. II, p. 222, para quien “las maquinaciones y artificios culpables”, aunque comprendidos en la noción de inducción adoptada por los redactores (que no obliga al intérprete), constituye una forma de autoría mediata que excede el concepto de inducción.

¹³¹ Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, 2.ª edición, Santiago, 1976, II, p. 71.

¹³² C.S., 25 de septiembre de 1962, R.D.J., t. 59, secc.4ª, p. 198. Cf. Novoa, op.cit. II, p. 224.

¹³³ Enrique CURY, *Derecho Penal. Parte general*, Santiago, 1985, t. II, p. 238. En el mismo sentido, Yáñez, op.cit. p. 62; Etcheberry, op.cit. loc. cit.

de responder de ella”. Y añadía: “El forzado, el *amedrentado* hasta aquel punto, *no son más que frágiles y miserables instrumentos* de una inteligencia y de una voluntad más poderosa... La cualidad de autor *se traslada aquí* justísimamente”¹³⁴. Aunque predomine en España la noción que la eximente de *fuerza irresistible* se refiere sólo a la fuerza física (a diferencia de la tradición jurídica chilena, que desde antiguo extiende tal concepto a la *fuerza moral*¹³⁵), un gran número de escritores españoles, al ocuparse de la voz “fuerza...”, como clase de autoría, convienen en que se alude tanto a la *vis absoluta* como a la *vis compulsiva*¹³⁶.

En la literatura chilena no se discute que la voz *fuerza* (del artículo 15, N° 2° del C.P.) comprende la coacción. Según LABATUT, existe *autoría mediata* “cuando se ha empleado la fuerza física o moral, situación a que se refiere el art. 15 N° 2; en el primer caso porque la calidad de autor se desplaza del forzado al que ejerció la fuerza, y, en el segundo, porque no es lo mismo imputar una acción que imputar un delito”¹³⁷. Diversas opiniones reducen el sentido de la voz *fuerza* exclusivamente, por la razón antes indicada (el argumento de la superfluidad), a la *vis compulsiva* (fuerza que intimida y no la que actúa sobre el cuerpo del ejecutor)¹³⁸, ya que esta última quedaría comprendida en el N° 1° del artículo 15¹³⁹.

C) El principio de accesoriedad limitada adoptado por el Código Penal chileno.

Buena parte de la discusión en torno a la autoría mediata se suscitó en Alemania, como se sabe, por la vigencia, durante largo tiempo, del régimen llamado de *accesoriedad máxima* en materia de participación (vid. *supra* I,2.3.). La doctrina nacional admite en forma unánime que nuestro Código está inspirado en los criterios de la *accesoriedad limitada*, de manera que es bastante que el autor principal haya ejecutado una acción típica y antijurídica (aunque sea inculpable), para la punibilidad de los inductores (instigadores) y demás que considera partícipes.

¹³⁴ PACHECO, op.cit. t. I, p. 260. La cursiva ha sido puesta por mí (S.P.).

¹³⁵ Cf. los antecedentes en POLITOFF, *Derecho Penal*, pp. 631 y sigts.

¹³⁶ Véase una extensa enumeración de los que piensan en tal sentido (Gómez de la Serna/Montalbán, Viada, Jiménez de Asúa/Antón Oneca, Rodríguez Muñoz, Muñoz Conde, etc.) en DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, op.cit. pp. 722 y sigts. (nota 46). También de los que sostienen la opinión contraria (Ferrer Sama, Puig Peña, Cerezo Mir, Gómez Benítez, Rodríguez Devesa, etc.), op.cit. pp. 721-722 (nota 45).

¹³⁷ LABATUT/ZENTENO, op.cit. pp. 197 y sigts.

¹³⁸ Enrique CURY, *Derecho Penal. Parte general*. Santiago, 1985, II, p. 238. En el mismo sentido, Novoa, op.cit. pp. 283 y sigts.; Mario GARRIDO MONTT, *Derecho Penal. Parte general*, t. II, Santiago, 1997, p. 309 (aunque este escritor piensa que todas las hipótesis de autoría mediata, propuestas en el derecho comparado, pueden quedar comprendidas en el N° 1° del art. 15).

¹³⁹ Véase un detallado análisis y un análisis crítico de las principales posiciones de los escritores nacionales sobre este y otros asuntos concernientes a la autoría, en Miguel SOTO, “La noción de autor en el Código Penal chileno”, en *Gaceta Jurídica*, aó XI, 1986, N° 68, pp. 13-53.

Se aducen, entre otros argumentos, que los arts. 15 y 16 no se refieren a la participación en un *delito*, sino a la participación en un *hecho*. El artículo 15, N° 2°, considera autor al que fuerza a otro a ejecutarlo y la conducta del forzador es punible, aunque el ejecutor del hecho no haya obrado libremente y esté por ello exento de pena. Añade ETCHEBBERRY todavía la norma del artículo 72, que agrava la pena a los que, en la comisión del delito se han prevalido de menores de edad y el artículo 456 bis, que considera como circunstancia agravante en los delitos de hurto y robo la de “actuar con personas exentas de responsabilidad criminal según el N° 1° del artículo 10”¹⁴⁰.

Si de acuerdo con esa opinión dominante, tanto en el Código español, modelo del nuestro, como en el Código chileno, se consagra la accesoriedad *limitada* parecía “absurdo extrapolar a nuestros sistemas una noción que no les es indispensable y que suscita innumerables problemas”¹⁴¹.

Lo dicho no ha impedido, como se verá, que la doctrina, también entre nosotros, haya terminado por reconocer, con mayor o menor extensión, la validez del concepto de autoría mediata.

2.2. Los grupos de casos de autoría mediata. ¿Cuál es el sentido y utilidad para la dogmática de la teoría del autor detrás del autor?

2.2.1. Generalidades.

Aunque a través de los conceptos de *fuerza e inducción* y, hasta –en algunos casos– en el ámbito del N° 1° del artículo 15 relativo a la “ejecución directa”, se pueda captar gran parte de la *casuística tradicional* de la autoría mediata a que se hace referencia en la doctrina penal comparada, subsiste la pregunta de si las ideas de *dominio del hecho* y de *autor detrás del autor* proporcionan criterios para una más coherente y fructuosa reconstrucción dogmática de la responsabilidad penal en casos de pluralidad de intervinientes.

Si bien no es el objeto de este trabajo hacerse cargo de todos los asuntos y casos posibles de *autoría mediata*, sino que nos interesa concentrarnos particularmente en las hipótesis de *autor detrás del autor (doloso)*, cuando exista un aparato con niveles de organización jerárquica, (lo que nos conducirá a la pregunta acerca de la *responsabilidad penal de las personas jurídicas*), es útil hacer una referencia sintética a los grupos de casos más conocidos.

El punto de partida debe ser siempre el *tipo legal*. De ese modo, “la cuestión de los límites dentro de los cuales resulta admisible una autoría mediata se traduce en un problema de la parte especial”, ya que el principio

¹⁴⁰ Alfredo Etcheberry, *Participación criminal*, Santiago, 1988, pp. 13 y sigs.

¹⁴¹ Cury, *El concepto de autor mediato*, p. 47.

de legalidad obliga a “mantenerse también aquí firmemente vinculado al correspondiente tipo de delito”¹⁴². De lo que se trata, señalaba GIMBERNAT, al destacar la semejanza de la teoría de la autoría mediata con la de la comisión por omisión, es que muchas veces habrá que hacer una *equiparación*, la que, empero –en lo que respecta a la autoría mediata–, debiera consistir en equiparar a las *inmediatas* ciertas formas *mediatas* de comisión (vid. *supra* 1.2.5), lo que no es siempre evidente.

2.2.2. El intermediario (“instrumento”) realiza una conducta objetivamente atípica.

2.2.2.1. Los casos de autolesión por el instrumento.

Uno de los personajes de una notable película francesa de la preguerra, *La fin du jour*, es un viejo actor megalómano que se empeña en sugestionar a una joven e ingenua admiradora con la imagen obsesiva de la belleza de la muerte por amor y conducirla así al suicidio. Como en nuestro Código el suicidio no es un hecho típico y tampoco (a diferencia de otras legislaciones¹⁴³), se castiga la *instigación al suicidio* como figura delictiva autónoma, aunque sí el auxilio al suicidio (art.393), se puede suscitar la cuestión acerca de la encuadrabilidad del hecho. Hemos escrito antes que la casuística referida no constituiría auxilio al suicidio, sino *autoría mediata* de *homicidio*, no sólo cuando hay utilización de una perturbación psíquica de la víctima, sino también en situaciones de “subordinación psicológica por causas sentimentales”¹⁴⁴. El Código Penal, según se sabe, no restringe la forma de matar a determinados medios.

Debe recordarse que una hipótesis de *autoría mediata de homicidio* es punible también a título de tentativa ; el auxilio al suicidio (como la instigación al suicidio en otras legislaciones) exige, generalmente, como *condición objetiva de punibilidad*, que la muerte haya tenido lugar. Cuál haya de ser la intensidad del *dominio del hecho* por el que *está detrás* no puede contestarse sino en los casos particulares.

La jurisprudencia alemana ha admitido hipótesis parecidas de autoría mediata :T mueve a O, un ciego confiado a su cuidado, a cometer suicidio, pretextando que al terminar su vida terrena, proseguirá su vida, esta vez plenamente feliz, en la estrella Sirius; F lleva a su marido a beber un veneno, convenciéndolo de su falso propósito de también darse la muerte¹⁴⁵.

¹⁴² RODRÍGUEZ MOURULLO, op.cit. pp.476/477.

¹⁴³ Así, p. ej. el Código español (art. 143.1), el Código italiano (art. 580), el Código holandés (art. 394), etc. No así el Código alemán.

¹⁴⁴ POLITOFF/BUSTOS/GRISOLÍA, op.cit. p.241.

¹⁴⁵ BGHSt 32, 38; y BGH JZ 1987, 474, respectivamente, citados por BAUMANN/WEBER/MITSCH, op.cit. p. 627. Cf. asimismo SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, op.cit. antes del § 25, 92, p. 418.

La hipótesis en examen se extiende también a otros casos de *autolesión*, en que el sujeto que actúa como *instrumento* es víctima del *hombre que está detrás*.

2.2.2.2. Delitos especiales de una persona calificada (intra-neus) a través de una no calificada (extraneus) que actúa dolosamente.

Pertenece también a los casos en que falta la *tipicidad* en la conducta del ejecutor, el caso del *instrumento doloso (autor inmediato)* que no posee una característica especial del tipo legal, que sí concurre en el *hombre de atrás*: p. ej. el funcionario público que hace llenar por un amigo, que *no es funcionario*, un registro público con datos falsos; o el funcionario que, para cometer cohecho, se sirve de un intermediario para recibir el dinero (no nos detenemos acerca de la cuestión de si hay aquí un verdadero *dominio del hecho* por parte del funcionario o si se trata, en rigor, de la *violación de un deber*, que sólo pueda imputarse al funcionario¹⁴⁶). El *funcionario* es, como sea, *autor mediato*; el *extraneus* (*instrumento doloso*) es partícipe¹⁴⁷ (cómplice, “considerado” o no autor, en el sistema de nuestro Código¹⁴⁸).

De igual manera, se debe considerar *autor mediato* (y no simple coautor), con arreglo al artículo 150 A de nuestro Código Penal, al empleado público que hace que un particular aplique torturas u otros apremios ilegítimos a una persona privada de libertad, aunque nuestra ley para este último haya previsto una pena menor (art. 150 B). Como diría ROXIN, “la más atenuada penalidad del extraño corresponde sólo a simples cuestiones de merecimientos de pena que, como sabemos, nada tienen que ver con la autoría”¹⁴⁹

La situación inversa, esto es, el *extraneus* que se sirve de un *instrumento calificado*, es resuelta generalmente en el sentido de que *el hombre de atrás* sólo puede ser *instigador* o *cooperador* (no *autor mediato*) por faltar en él la característica de autor exigida por el tipo legal¹⁵⁰.

¹⁴⁶ Véase sobre el asunto, ampliamente, Roxin, op.cit. pp. 360 y sigs. En el mismo sentido de la solución propuesta en el texto, entre otros, Baumann/Weber/Mitsch, op.cit. p. 627; Bustos, op.cit. p. 286; Muñoz Conde/García Arán, op.cit. p.388.

¹⁴⁷ Los problemas acerca de la comunicabilidad o división del título en los *delitos especiales impropios* (si el partícipe responde por un delito común y no por el delito especial), exceden el objetivo de este trabajo. Véase, por todos Peñaranda Ramos, op.cit *passim*; Bustos, op.cit. pp. 291 y sigs; Muñoz Conde/García Arán, op.cit. pp. 397 y sigs; Gimbernat, op.cit. pp. 228 y sigs. Por razones propias de la dogmática alemana, se pronuncia Roxin por la comunicabilidad (op.cit. p. 363).

¹⁴⁸ En el mismo sentido, Cury, *El concepto...*, p. 51.

¹⁴⁹ Roxin, op.cit. p. 363.

¹⁵⁰ En contra, especialmente, Paul Piolet (“Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre”, en *ZStW*, t.69, 1957, pp. 14-42 (37)), para quien también el *extraneus* puede ser autor mediato.

2.2.2.3. Instrumento doloso en que falta el elemento subjetivo exigido por el tipo.

El caso paradigmático de esta hipótesis es la ausencia del *animus rem sibi habendi* en el ejecutor material del hurto: El dueño de un predio que quiere apropiarse de gallinas del vecino y las hace sacar del gallinero ajeno por uno de sus empleados. Aunque el *ejecutor* esté plenamente consciente de la ajenidad de las cosas que sutrae por encargo de su patrón (y de ahí que sea un instrumento *doloso* de éste), no realiza el tipo legal por faltar en él el *ánimo de apropiación*.

El propietario del predio es *autor mediato*. El ejecutor inmediato se halla, como en la hipótesis del parágrafo anterior en la situación de un partícipe, ya que el *mayor peso* del *hombre que está atrás* (y que lo hace dominar el hecho de la desposesión de la víctima) reside en el *propósito de apropiarse* perseguido por éste, que está ausente en el *ejecutor* (punible, con todo –salvo alguna eventual causal de inexigibilidad de otra conducta– en razón de su *dolo*)¹⁵¹.

2.2.3. El intermediario (“instrumento”) realiza una conducta ajustada a derecho.

También es posible que el *autor mediato* utilice a un sujeto que actúa lícitamente: P. se las arregla, aprovechando su influencia, para que A, actuando como su “instrumento” (un menor de edad o un enajenado mental) lleve a cabo una agresión contra B, en el curso de la cual, como P. ha previsto, B frente al enfurecido A se encuentre en una situación que lo obligue a defenderse legítimamente y a lesionar a su agresor. En tal caso P es *autor mediato* del homicidio o lesiones en la persona de A. Tanto A como B, el agresor y el agredido, han actuado como “instrumentos”. La conducta de B está justificada. Distinta es la hipótesis en que A, plenamente imputable, haya sido informado falsamente por P que A lo ha difamado, ya que, en tal caso, el error en la motivación de B no es suficiente para convertir a P en autor mediato¹⁵².

La doctrina de algunos fallos de la jurisprudencia alemana ha resuelto asimismo algunos casos de decisiones legítimas de un tribunal o de otra autoridad (sentencias condenatorias, en materia civil o penal, órdenes de detención, etc.) que tienen su base en medios de prueba o datos falsos suministrados por el *autor mediato* y en que la autoridad engañada es utilizada como instrumento para una estafa o una privación de libertad¹⁵³. Así, se ha fallado que el logro de la detención de un inocente, moviendo a error a la

¹⁵¹ Sobre ésta (aunque controvertida) opinión dominante, en la doctrina comparada, véase p. ej. SCHÖNKE/SCHRÖDER (Cramer), op.cit. §77, p. 413; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, op.cit. p. 388.

¹⁵² SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, op.cit. §25, 28, p. 433.

¹⁵³ *Ibidem*, § 25, 27, p. 433.

autoridad, constituye detención ilegal; y que quien en un juicio civil, mediante falsas apariencias y presentaciones, intenta que el juez resuelva en contra del otro litigante comete una *estafa procesal* en grado de tentativa¹⁵⁴.

El juez que, en razón de medios de prueba falsos, es engañado y llevado a imponer una pena privativa de libertad a un inocente no actúa ilícitamente; el *hombre de atrás*, en cambio, que utilizó al juez de buena fe es *autor mediato*¹⁵⁵.

También en la doctrina española y entre nosotros se ha sostenido la posibilidad de cometer un delito utilizando como medio (autoría mediata) a una persona que actúa lícitamente. Tal es la llamada *estafa procesal*, “en que el engañado es el juez y el perjudicado la parte contraria o un tercero”¹⁵⁶.

2.2.4. *El intermediario (“instrumento”) actúa sin dolo.*

Se trata de la hipótesis “clásica” de autoría mediata, en que el intermediario actúa *antijurídicamente*, pero *sin dolo*: R es demasiado pequeño para sustraer con facilidad el abrigo ajeno, por lo que pide a T, un tercero de buena fe, que le alcance el abrigo, lo que éste hace. T no sólo actúa sin ánimo de apropiación, sino además *sin dolo* (por error de tipo), ya que *yerra* acerca de la *ajenidad de la cosa*¹⁵⁷. R es el *autor mediato* y el amable T, utilizado como instrumento, sirve a aquél como una “larga mano”. Otro tanto acontece en el ejemplo del médico que dolosamente hace que la enfermera de buena fe inyecte al paciente una dosis mortal de morfina, haciéndola creer que se trata de un medicamento inofensivo¹⁵⁸. El médico es *autor mediato* del homicidio o lesiones.

2.2.5. *El intermediario (“instrumento”) está amparado por una causal de exculpación.*

Otra hipótesis reconocida desde antiguo: el “instrumento” actúa antijurídicamente y *con dolo*, pero su culpabilidad aparece excluida por la presencia de una *causal de exculpación*, sea ella la ausencia de capacidad para ser culpable (*inimputabilidad*: minoría de edad, enajenación mental) o la *inexigibilidad* de otra conducta (miedo insuperable o fuerza moral irresistible (artículo 10, nº 9 del C.P.), producida a través de la coacción del *autor mediato*.

También corresponde aquí el *error de prohibición* del intermediario de buena fe, *inducido* por el *hombre de atrás* o de que éste *se aprovecha*: cuando el subordinado cometió un delito sin advertir la ilicitud del hecho y sin haber

¹⁵⁴ Cf. JESCHECK, op.cit. p. 608.

¹⁵⁵ BGH, 3, 4, cit. p. WELZEL, op.cit. p. 94.

¹⁵⁶ Francisco GRISOLÍA, “La estafa procesal en el derecho penal chileno”, en *Revista chilena de Derecho*, vol 24, Nº 3, 1997, pp. 418-422 (418). Cf. José CEREZO MIR, “Estafa procesal” en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1966, pp. 179 y sigts.

¹⁵⁷ Cf. p. todos BAUMANN/WEBER/IMITSCH, op.cit. p. 628.

¹⁵⁸ Cf. por todos, CURY, *El concepto...*, p. 48.

estado en condiciones de percatarse de ella, su actuar es inculpable, pero el superior que dio las órdenes a sabiendas de su ilicitud es *autor mediato*¹⁵⁹.

2.2.6. *El intermediario (“instrumento”) realiza un hecho que reúne todos los elementos del delito. A) El error sobre el sentido de la acción; B) El manejo del intermediario a través de un aparato organizativo.*

En la casuística examinada hasta ahora el ejecutor/“instrumento” aparece en una posición caracterizada porque *falta algo a su acción* para ser *autor* en el sentido del respectivo tipo legal, lo que determina que esté exento de pena o que se le deba estimar sólo un *partícipe* (aunque, en nuestro sistema legal, el carácter secundario de la función de éste, cuando sea punible, no influya siempre sobre el nivel de su penalidad, cada vez que se le “considere” autor).

Más interesante es el caso en que en forma más estricta debiera hablarse de *autor detrás del autor*, es decir, cuando la conducta del *hombre que está delante*, esto es, del *autor inmediato*, cumple *todas* las exigencias del tipo delictivo, de la antijuricidad y de la culpabilidad. Ello puede suceder, fundamentalmente en dos casos:

A) Si *detrás* hay un sujeto que manipula al hechor sobre el *sentido de la acción*; o bien,

B) Si el ejecutor actúa en el seno de un *aparato organizativo*, en que las órdenes se suceden jerárquicamente hacia los autores inmediatos, desde *los hombres que están detrás*, los llamados “delincuente de escritorio”. Esta segunda hipótesis es de mucho mayor significación y alcance teórico y práctico.

A) El error sobre el sentido de la acción en el “instrumento doloso”: el caso DOHNA.

CURY hace referencia a una hipótesis, algo truculenta pero instructiva, propuesta originalmente por el conde ZU DOHNA y que ha provocado no pocas discusiones en la doctrina¹⁶⁰:

A se entera de un atentado preparado para matarlo, por haber traicionado a la organización de que formaba parte. La decisión de eliminarlo se ha tomado

¹⁵⁹ JESCHECK, op.cit. p. 609. Afirma un sector de la doctrina que esta última hipótesis de *autoría mediata* es también admisible cuando el error del “instrumento” era *evitable*, ya que la existencia de responsabilidad (aunque disminuida) del ejecutor crédulo, no obsta al *dominio del hecho* por el que *está detrás*. Se cita un caso famoso de la jurisprudencia (“*Katzenkönig*”, BGHSt 35, 347), en que el *hombre de atrás* convenció a un sujeto ignorante y crédulo que debía dar muerte a un vecino que representaba el mal y amenazaba al mundo. La víctima sobrevivió al atentado con arma cortante. El error *evitable* del ejecutor le significa sólo una atenuación de su responsabilidad penal propia por el homicidio frustrado; pero el *hombre de atrás* es autor mediato y no mero inductor (Cf. Baumann/Weber/Mitsch, op.cit. p. 630; Schönke/Schröder/Cramer, op.cit. §25, 38, p. 434) Una opinión contraria sostiene Jescheck, op.cit.loc.cit.

¹⁶⁰ Enrique CURY, *Derecho Penal. Parte General*, t.II, Santiago, 1992, p. 237. Cf. también, MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, op.cit. p. 238; BAUMANN/WEBER/MITSCH, op.cit. p. 631; STRATENWERTH, op.cit., 783, p. 240.

a instancias de B, quien ha hecho la denuncia a la organización. Ésta, que ha acogido la idea, ha confiado la misión a C, un asesino alquilado, informándole de un lugar solitario, donde A suele pasear por las tardes, y la hora aproximada en que puede hallar a su víctima. B no conoce a C, ni los detalles del plan de éste, de todo lo cual, en cambio, está enterado A. Éste hace llegar a B un telegrama aparentemente suscrito por E, una mujer por la que B está sentimentalmente interesado, citándolo al lugar usualmente concurrido por A. B acude a la cita y C, que aguarda la llegada de A, dispara sobre B, suponiéndolo A, y le da muerte.

La cuestión planteada –que CURY considera “a lo menos dudosa”– es resuelta por un sector de la doctrina, con la que coincidimos, como un caso de *autoría mediata*. Es claro que el *error in persona* en que incurrió C no le quita la calidad de autor *inmediato* del homicidio (art. 1º, inciso 3º, de nuestro Código Penal), ya que, el legislador ha pensado con razón que “cada vida es igual en valor a otra, por lo que basta que el hechor ha reconocido en su víctima a una persona”, pero el asunto de la *autoría mediata* de C no tiene que ver con eso, sino con lo que ROXIN llama la “relevancia del sentido concreto de la acción para el dominio del hecho”¹⁶¹. En efecto, si miramos el hecho concreto de la muerte de B y nos preguntamos “de quién es la obra voluntaria”, sólo aparece A “como quien ha *dado forma* a ese resultado”¹⁶².

Por razones diferentes (la *teoría subjetiva* de la autoría), se concluye también por BAUMANN/ WEBER/ MISTCH, que existe en el caso DOHNA *autoría mediata*, ya que no puede negarse en A, “quien tiene una visión de conjunto sobre el curso de los acontecimientos e incorpora a la víctima en el conjunto de condiciones para lograr el resultado”, la “*voluntad de dominar el hecho*”¹⁶³.

Lo interesante del caso referido es que consiste en una hipótesis en que, si bien *nada falta* en el ejecutor, en el plano de las exigencias para constituir un delito, es el *autor detrás del autor* quien *domina el hecho* y es éste, por ende, el *autor mediato*.

B) La dirección del intermediario (“instrumento doloso”) a través de un aparato organizativo de poder.

La instrumentalización del *ejecutor doloso* a través de un aparato organizativo de poder es un tema que impuso la realidad a la dogmática penal. Diversos juicios en Alemania acerca de los crímenes contra la humanidad cometido en la época nazi¹⁶⁴ y, particularmente, el proceso EICHMANN, en

¹⁶¹ ROXIN, op.cit. p. 214.

¹⁶² *Ibidem*, p. 215.

¹⁶³ BAUMANN/WEBER/MITSCH, op.cit. §29, 144, p. 631.

¹⁶⁴ Cf. Sergio POLITOFF, “La justicia al servicio de la verdad histórica. Escolios acerca de la tesis doctoral de Dick de Mildt, “In the name of the People. Perpetrators of Genocide in the Reflection of their Post- War prosecution in West Germany. The “Euthanasia” and “Aktion Reinhard” trial Cases, La Haya, 1996”, en *Ius et Praxis. Derecho en la Región. Universidad de Talca*. Año 3, Nº 2, 1997, pp.283-292.

Jerusalén (1961-1962¹⁶⁵), pero también, en un contexto distinto el proceso STASCHYNSKI, en la RFA¹⁶⁶, “condujeron a desarrollar criterios que permitieran abarcar como autores, tanto al ejecutor inmediato como a los que, desde atrás organizaban (los crímenes) y daban las órdenes”¹⁶⁷.

Una gran recepción alcanzó en la literatura alemana el fallo del tribunal de Jerusalén en el sentido de que, contra lo que suele acontecer en delitos comunes, en la clase de crímenes que de aquí se trata, masivos no sólo desde el punto de las víctimas sino también de los victimarios, “la medida de la responsabilidad no disminuye, sino *crece*, con la mayor distancia del lugar de los hechos”¹⁶⁸.

ROXIN señala, tras un análisis del caso EICHMANN y de otros semejantes, la existencia de otra forma de *dominio del hecho* (junto a la coacción y el error), a saber la que tiene lugar *a través de un aparato organizativo de poder*. El criterio definitorio del *dominio del hecho* reside aquí en el carácter recíprocamente intercambiable de los ejecutores, en su *fungibilidad*. Ellos serían ruedecillas en el funcionamiento del aparato, sin que importe la persona individual del ejecutor¹⁶⁹. Si uno se pregunta –señala ese escritor– si en el exterminio de los judíos fueron las “competentes” instancias de autoridad, o en el caso del agente STACHYNSKI los servicios secretos extranjeros que encargaban los asesinatos los que tenían el *dominio del hecho*, es notorio que tal dominio *situado en esas instancias de poder* no derivaba de error o coacción sobre los ejecutores y que es inútil tratar de resolver “semejantes casos, con ayuda de las tradicionales categorías (de autoría y participación)”¹⁷⁰.

El factor decisivo para fundamentar, en esos casos, dicha forma de *dominio del hecho*, consiste en que los ejecutores (a quienes no se ha forzado ni se les ha usado como factor de “causalidad ciega”), aunque son autores plenamente libres y responsables, tal circunstancia carece de relevancia para *los hombres que están detrás*. Desde el “punto de observación” de éstos –anota ROXIN– los ejecutores inmediatos no representan sino figuras anónimas e intercambiables. Es cierto que éstos tienen pleno dominio de sus propias acciones (y en tal sentido no son meros partícipes), pero en cuanto ruedecillas reemplazables en cada instante para la actividad del aparato de poder, son *los hombres que están detrás* quienes quedan situados en el centro del acontecimiento¹⁷¹.

Aunque, como regla, en esta clase de crímenes (como sucedió en el caso

¹⁶⁵ Vid. especialmente: ROXIN, op.cit. pp. 246 y sigts.

¹⁶⁶ Relativo a un agente secreto que asesinaba por encargo, con una pistola envenada, a exiliados políticos (Vid. Roxin, op.cit. p. 105, nota 52). Vid. también SCHRÖDER, op.cit. p. 168. Cf. BGH, 18, 87.

¹⁶⁷ SCHRÖDER, op.cit. p. 167.

¹⁶⁸ Íbidem, p. 167.

¹⁶⁹ ROXIN, op.cit. pp. 242 y sigts.

¹⁷⁰ Íbidem.

¹⁷¹ Íbidem, p. 245.

EICHMANN), la masividad de los delitos se refiere no sólo a la cantidad de víctimas sino también a la de los hechores, destaca ROXIN con razón que ello, aunque significativo, no es siempre indispensable para que opere el *dominio del hecho* por el aparato de poder. Bastaba, en efecto, una llamada telefónica con una orden del *Führer* a un comando cualquiera de ejecución para que un hecho criminal determinado tuviera lugar (hipótesis en que intervienen pocos hechores) y el número de las víctimas pueden ser, en ocasiones, pocas y hasta una o dos personas (como sucedió con el asesinato de ORLANDO LETELIER y su acompañante, en Washington, y del general PRATS y su esposa, en Buenos Aires, realizados ambos por un aparato organizativo).

“Con pérdidas y mermas (de ejecutores) hay siempre que contar en tales organizaciones –añade el citado autor– sin que el mecanismo del aparato de poder resulte por ello seriamente afectado. Si uno falla, entra otro en su lugar y justamente esa circunstancia hace del que interviene en cada hecho singular, a pesar del dominio de su propia acción, instrumento a la vez del hombre que está detrás”¹⁷².

Como SERVATIUS –el abogado de EICHMANN– hiciera presente en el juicio, su cliente no se hallaba ni en la cúspide ni al final de la cadena de autores sino al medio de esa cadena (“nunca estuve detrás de las alambradas de los campos de exterminio, ni tuve que ver con las operaciones de gaseamiento”, arguyó entonces el acusado, mostrándose como un burócrata que no hacía sino recibir órdenes y repetirlas, a su vez, a quienes le estaban subordinados). Ello no impide que se le caracterice, adecuadamente, como *autor detrás del autor*.

Al decir de ROXIN, “el que ha sido colocado, dentro de un aparato organizativo, en alguna posición que le permite, en razón del dominio de voluntades que de que está investido, dar órdenes a quienes le están subordinados, es autor mediato, si utiliza esas facultades para que hacer que se pongan en ejecución acciones punibles”¹⁷³.

Por supuesto, esta construcción de la *autoría mediata* (“autores de escritorio”) no se reduce a crímenes de origen estatal, ya que puede tratarse de sindicatos del crimen u organizaciones *mafiosas*, cuyo claro requisito ha de ser –como señala STRATENWERTH– “que la organización tenga a su disposición una reserva suficientemente grande de personas de las que pueda servirse; de otra manera, el agente individual no sería reemplazable”. “Por otra parte –agrega– el que obra por detrás dentro de la organización debe tener un poder considerable para ordenar y no ser sólo un simple “emisario” pues, de otro modo, carecerá de dominio sobre el suceso”¹⁷⁴.

¹⁷² Ibid. p. 248.

¹⁷³ Ibid., p. 248.

¹⁷⁴ STRATENWERTH, op.cit. p. 243.

La gran criminalidad moderna, especialmente la organizada en torno al tráfico de estupefacientes, se ha convertido en un temible modelo de esta cadena de autores detrás de los autores. Las colosales sumas comprometidas en el producido de la actividad ilícita, comienzan a circular desde las ínfimas y dispersas ruedecillas fungibles del comercio de las drogas en el barrio o población (más allá del cual no llega generalmente la represión penal), hasta las sofisticadas operaciones de lavado de dinero en que los “autores de escritorio” invierten los beneficios en bancos, carteles e instituciones financieras transnacionales, y a los cuales el sistema penal, a pesar de los esfuerzos de la colaboración jurídica y policial internacional, alcanza raramente¹⁷⁵.

Las ideas referidas de ROXIN han alcanzado (aunque haya habido algunas voces disidentes¹⁷⁶) un importante eco y apoyo en la doctrina alemana¹⁷⁷. Escaso interés han suscitado, en cambio, en España, donde se las ha seguido raramente o se las ha ignorado¹⁷⁸.

Entre nosotros, sólo CURY se ha ocupado del asunto y, siguiendo a GIMBERNAT, desestima la autoría mediata y se pronuncia por la tesis de la instigación, argumentando que la “omnipotencia para obtener un realizador del hecho típico” no es lo decisivo para concluir en el dominio del hecho, si el ejecutor material es “plenamente libre y consciente de la naturaleza y significado de su comportamiento”¹⁷⁹. Por mi parte, he defendido en estrados, para un caso semejante, la tesis del autor detrás del autor¹⁸⁰.

3. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ¿ PUEDE EL ESTIGMA DE LA PENA ALCANZAR EL “CUERPO” DE LAS CORPORACIONES Y EL REPROCHE DE LA CULPABILIDAD ALCANZAR SU “ALMA”? CONDUCTA Y CULPABILIDAD DE LOS

¹⁷⁵ Vis. Sergio POLITOFF/Jean PIERRE MATUS (coordinadores), *Tratamiento penal del tráfico ilícito de estupefacientes. Estudios de dogmática y jurisprudencia*, Santiago, 1998, *passim*.

¹⁷⁶ Así, JAKOBS, *op.cit.* §21, 103, p. 649 (inducción o coautoría); JESCHECK, *op.cit.* p. 611 (“sólo cuando los propios ejecutores no puedan ser considerados como autores plenamente responsables”); BAUMANN/WEBER/IMITSCH, *op.cit.* §29, 146, pp. 631/632 (desde el punto de vista de la teoría subjetiva (*animus auctoris*): coautoría).

¹⁷⁷ Cf., entre otros, SCHÖNKE/SCHRÖDER/CRAMER, *op.cit.* §25, 25, p. 432; WESSELS, *op.cit.* p. 100; STRATENWERTH, *op.cit.* 791/792, pp. 242/243; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *op.cit.* §48,II, 64, p. 238; TRÖNDLE, *op.cit.* §25, 3, pp.180/181.

¹⁷⁸ Las principales objeciones provienen de Gimbernat, quien especula sobre supuestos sentimientos de culpabilidad nacional que habrían dado origen a la entera teoría y opta -ya se ha dicho antes- por la instigación (*op.cit.* pp. 181 y sigts). Una enumeración de las opiniones acerca de la citada doctrina de Roxin pueden hallarse en HERNÁNDEZ PLASENCIA, *op.cit.* pp. 257 y sigts., aunque este escritor concluye que “la gran mayoría de nuestra doctrina no se pronuncia ni a favor ni en contra de esta construcción” (*op.cit.* p. 264, nota 498). Véase también DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, *op.cit.* p. 647.

¹⁷⁹ Cury, *op.cit.* II, p. 237.

¹⁸⁰ Sergio POLITOFF/Jorge MERA, *El caso Schneider*, Santiago, 1972, *passim*.

ENTES COLECTIVOS. DOLO Y CULPA. EL RÉGIMEN LEGAL CHILENO Y LAS PERSPECTIVAS *DE LEGE FERENDA*.

3.1. Generalidades. ¿Un derecho penal aplicable a las personas jurídicas?

Las modernas compañías no deben verse como un simple conglomerado de individuos. Como escribe el escritor inglés CLARKSON, profesor en Oxford, “la mayoría de las decisiones que se adoptan en las corporaciones, su política y conducta depende de estructuras organizativas y líneas de autoridad dentro de la corporación”¹⁸¹. Desde ese punto de vista, es adecuado preguntarse si los criterios acerca del *autor detrás del autor* son aplicables al caso en que *el que está detrás del autor inmediato individual es una persona jurídica*.

El concepto de *autor funcional*, al que ha dado un desarrollo interesante la doctrina holandesa (vid. *supra* 1.2.4.2.3.) destaca el hecho de que el que *imprime*, el que *fabrica*, el que *construye*, el que *distribuye*, etc. no es, por lo general, el obrero que mueve las palancas de la impresora, trabaja en el torno, mezcla el cemento con la arena o lleva los paquetes de la empresa a sus destinatarios. Las normas prohibitivas se dirigen, en general o fundamentalmente, a aquel *que está detrás*, que tiene el *dominio* de las operaciones y por *cuya cuenta e interés* se actúa por los ejecutores materiales.

Antes hicimos referencia a un fallo significativo de nuestra Corte Suprema (*supra*, 2.1.B), pronunciado en 1962, en un caso en que el recurrente había argumentado que no podía hacerse responder como *inductor* al propietario de una empresa, acusado de la venta de productos farmacéuticos, utilizando fraudulentamente marcas registradas, si no se determinaba y enjuiciaba al empleado *autor material de la venta*. Sostuvieron los sentenciadores que el propietario de la empresa comercial (droguería), al emitir y distribuir impresos de propaganda de productos con nombres de marcas registradas, “y al mantener en su droguería una existencia de esos productos con la marca registrada” su propósito era el de vender tales productos “y como la venta habría de hacerse necesariamente por los empleados a cargo de la respectiva sección del negocio, esos hechos significan en la práctica una *orden implícita y permanente* para que procedieran a su expendio en las condiciones anotadas”, por lo que su conducta quedaba encuadrada en la hipótesis de inducción del artículo 15 del Código Penal en su número 2º. A ello no obstaba “la circunstancia de que no se haya perseguido la posible culpabilidad del empleado ejecutor material del hecho punible” (considerandos 12 y 13)¹⁸².

Aunque el fallo caracteriza la conducta del empresario como la de un *inductor*, parece claro que los sentenciadores tenían en mente una visión

¹⁸¹ Clarkson, op.cit. p. 568.

¹⁸² C.S. 25 de septiembre de 1962, R.D.J. t.39, 2.ª parte. secc.4ª, p. 198.

semejante a la del *autor funcional*, esto es, la de un verdadero *autor mediato* cuyos ejecutores, según el grado de su conocimiento de los hechos, de su significación y de su libertad de determinación, pudieran o no ser responsables como partícipes.

La pregunta siguiente concierne a la hipótesis de que ese empresario que cometía fraude respecto de las marcas de sus productos *hubiera sido una persona jurídica*. ¿Debiera ser la solución, para el derecho penal, la de optar por una *responsabilidad por otro* o “delegada” o, resueltamente por la *autoría mediata de la persona jurídica*?

Al impugnar la responsabilidad por otro (*vicarious liability*) observa CLARKSON, con razón, que “si es la compañía la culpable, entonces es la compañía la que merece la persecución y el castigo”. Añade: “si se trata de individuos, nadie podría argüir seriamente que otra persona que el culpable, debiera ser perseguido, por razones indirectas”. Por supuesto –dice– si se hallan individuos merecedores de reproche, éstos “pueden ser perseguidos *adicionalmente*”. Por el contrario, “la persecución únicamente de tales individuos pudiera ser carente de sentido (“*pointless*”) e inapropiada, ya que ignora las presiones corporativas que puedan ser colocadas sobre ellos por la estructura de la corporación”. Bien se puede instar “para que sea (por ejemplo) el vicepresidente de la compañía el que vaya como responsable a la cárcel”, pero “las prácticas institucionales y presiones van a continuar después del sacrificio”¹⁸³.

Se ha visto antes que el Código Penal holandés optó, sin ambages, por admitir el principio *societas delinquere potest*, al establecer, en 1976, en su artículo 51¹⁸⁴ que “los hechos punibles se pueden cometer por personas naturales y por personas jurídicas”. La pregunta acerca de si el hecho se ha cometido por la *persona jurídica* se responde en Holanda con el criterio llamado del “contexto social”. Por ejemplo –escribe DE DOELDER, profesor en Rotterdam– “cuando se compra algo en un comercio, no se compra la cosa al vendedor privado de la tienda”, sino que, considerado el acto “en el contexto social”, es “de la persona jurídica misma que se adquiere el artículo (por ejemplo, del gran almacén)”¹⁸⁵.

También se reconoce la responsabilidad penal de las *personas morales*, entre otros, en el Código francés (arts. 131-37 y sigts.) y en el Código noruego

¹⁸³ Clarkson, op.cit.loc.cit.

¹⁸⁴ Esta modificación del primitivo artículo 51, que consagraba el principio contrario y hacía responsables a las personas naturales intervinientes, había sido precedido antes por una disposición en una Ley sobre delitos económicos (*WED*), de 1951), que, como se hizo constar en la *Exposición de Motivos* de la modificación del Código, “no hacía sino generalizar una construcción existente en otras leyes” (Cf. De Koning-De Jong, op.cit. p. 113).

¹⁸⁵ Hans de DOELDER, “La punibilidad de las personas jurídicas en Holanda”, en *Hacia un derecho económico europeo*, pp.497-499 (498).

(art. 48, a) y b)). La responsabilidad penal de las *corporaciones* es admitida asimismo en el derecho inglés y norteamericano¹⁸⁶. En otros países, se abre paso, poco a poco, una visión realista (ya anticipada en Alemania, por juristas liberales como VON LISZT, MAX ERNST MEYER y BAUMANN (vid. *supra* I.2.3.1.)), que sostiene que ya no importa (o importa menos) “la persona a quien en la empresa corresponde la acción socialmente nociva”, porque la mala voluntad de esta persona “que es plenamente fungible”, no es lo decisivo –como creía la criminología tradicional– sino “la actitud criminal colectiva, es decir, el espíritu de grupo establecido en una colectividad de personas y, por tanto, también en una empresa económica, por una pluralidad de procesos de aprendizaje, en cuanto fuente de una conducta uniforme lesiva de bienes jurídicos por parte de los miembros del grupo”¹⁸⁷.

En otras palabras –postula SCHÜNEMANN– al lado del paradigma del “hombre dañino”, para el cual se ha concebido el Derecho penal individual, la sociedad industrial moderna requiere un tratamiento penal para la criminalidad de las empresas, esto es, regulaciones de un Derecho penal colectivo, respecto del cual algunas criterios tradicionales del Derecho penal individual que parecían axiomáticos (a partir del apotegma *societas delinquere non potest*) se han vuelto prepósteros. Concluye ese escritor, profesor en Munich, que, si la ciencia penal en Alemania jugó un papel destacado en el ámbito del Derecho penal individual, “no debería dormirse frente a esta evolución, para no despertarse repentinamente, cual provincia”¹⁸⁸.

3.2. ¿Golpear el cuerpo de la corporación y hacer reproches a su “alma”? Fines de la pena y sanción penal a las personas jurídicas.

“El sistema de las sanciones aplicables, penas o medidas –arguye MUÑOZ CONDE–, descansa en unos presupuestos psicológicos individuales, culpabilidad-peligrosidad, en función de los cuales se asigna al sistema de sanciones unas finalidades de prevención general o especial que difícilmente pueden lograrse en el ámbito de las personas jurídicas”¹⁸⁹. Se ha argumentado también, con resignado escepticismo, que “sólo se puede alcanzar un efecto preventivo de una compañía si los costos esperados exceden a las ganancias”¹⁹⁰.

Aun si se prescinde de la incertidumbre acerca de la efectividad preventiva de las penas, no debiera merecer dudas que, si es a la compañía a la que

¹⁸⁶ Cf. CLARKSON, op.cit. *passim*; extensamente, sobre el tema, N. JÖRG, *Strafbare rechtspersonen en Amerika*, Arnhem, 1990.

¹⁸⁷ Bernd SCHÜNEMANN, “La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea”, en *Hacia un derecho penal económico europeo*, pp. 565- 600 (571-572).

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 600.

¹⁸⁹ MUÑOZ CONDE, *Delincuencia económica*, p. 278.

¹⁹⁰ COFFEE, “No Soul to Damn: No Body to Kick : An Unscandalized Inquire into the Problem of Corporate Punishment (1981) 79 *Michigan L Rev* 386 (389), cit. por CLARKSON, op.cit. p. 562.

debe reprocharse un hecho dañoso, “es la compañía la mercedora del estigma y vergüenza asociados a la publicidad adversa que va unida a la condena criminal”¹⁹¹. Hacer responder al encargado de un taller o a los obreros por graves atentados contra el medio ambiente o al agente de la filial de una gran empresa bancaria o a algún cajero como únicos responsables de operaciones de *lavado de dinero* es no sólo injusto, sino inefectivo desde el punto de vista de la prevención. Por otra parte, en muchos casos no hay individuos singulares identificables por las políticas de la compañía que han conducido al daño previsible causado. Como dice CLARKSON, “muchas grandes compañías tienen estructuras complejas y procedimientos que hacen difícil para alguien, desde afuera, establecer quién es responsable por una decisión determinada”¹⁹².

Sólo castigando a la compañía (generalmente con multas) se puede esperar una respuesta positiva de ésta en cuanto al establecimiento de los necesarios resguardos y del respeto a las normas prohibitivas. Por otra parte, mientras los hechos sean considerados simples *contravenciones* cuyas sanciones sea una mera *multa administrativa* (“*Geldbusse*”) que, a diferencia de la *multa penal* (“*Geldstrafe*”) no deja una “mácula” sobre el sancionado, el efecto preventivo será necesariamente ineficaz¹⁹³. Según SCHÜNEMANN, si un individuo integrado en una empresa realiza un hecho violatorio de una norma que resulta beneficioso para el éxito económico de dicha empresa, el efecto como factor criminógeno (el riesgo de que se sigan cometiendo hechos parecidos) “no puede ser nunca compensado por una simple optimización de las figuras de la imputación en el Derecho penal individual”¹⁹⁴.

En cuanto a la resonancia de la sanción en personas inocentes (los accionistas), cabe tener presente que a ellas no alcanza el estigma de la condena y de la pena penal (vid. además *supra* 1.2.5.1.). Ello sin contar que *también en el derecho penal común aplicado a particulares* el costo social alcanza a miembros de la familia del condenado y a otras personas inocentes con él vinculados o de él dependientes. Por otra parte -se aduce, con razón- no se puede permitir a una compañía que para asegurar el máximo de provecho a los accionistas acepte la realización de acciones ilícitas. “No castigar a la compañía por un delito significa permitirle que “acumule y distribuya a sus asociados un monto de utilidades que no refleja los costos sociales de producción. La justicia como equidad requiere, como mínimo, que el costo de los delitos perpetrados por la empresa sea *internalizado* por ésta”¹⁹⁵.

¹⁹¹ Ibid. p. 562.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ Sobre el modelo alemán en el derecho comparado, ver también: Jaime Malamud GOTI, *Política criminal de la empresa. Cuestiones- Alternativas*, Buenos Aires, 1983, pp. 77 y sigts.; JESCHECK, op.cit. p.205.

¹⁹⁴ SCHÜNEMANN, op.cit. p. 580.

¹⁹⁵ FISSE/BRAITHWAITE, “The Allocation of Responsibility for Corporate Crime: Individualism, Collectivism and Accountability” (1988), 11 *Sidney L Rev* 468, p. 508, cit. por CLARKSON, op.cit. p. 563.

3.3. La capacidad de acción de la persona jurídica. La autoría.

En los países que, como Holanda, Francia o en el derecho anglosajón, han consagrado explícitamente la responsabilidad penal de las asociaciones y personas jurídicas, se admite, por supuesto, la capacidad de acción de éstas. Pero también en otros sistemas jurídicos en que, como acontece en Alemania se ha optado por establecer, por ahora, respecto de las empresas, *contravenciones de Derecho penal administrativo*, es notoria la tendencia a reconocer que “la persona jurídica *actúa*, en el derecho penal, como en el derecho civil a través de sus órganos”¹⁹⁶. Al decir de JAKOBS, la estructura y los órganos de una persona jurídica se pueden definir como un *sistema*, de tal suerte que las acciones de los órganos de la empresa, con arreglo a sus normas estructurales, pasan a ser acciones propias de la persona jurídica¹⁹⁷.

En el caso que la conducta del individuo no corresponda a la estructura de la empresa y al giro de actividades que le son propias, no podrá hablarse de conducta de la persona jurídica, sino –para emplear una fórmula de la doctrina y la jurisprudencia holandesas– de un *corpus alienum*. Así, cuando en la empresa suceden cosas que son enteramente ajenas y están fuera de la actividad diaria de ésta, ellas quedan situadas fuera de su esfera de riesgo y, por ende, de su control, por lo que no pueden considerarse acciones de la persona jurídica. Así, si un vendedor de un supermercado de propiedad de una persona jurídica vende partidas de cocaína clandestinamente no hay aquí una acción de la persona jurídica. Distinto es el caso si el tráfico de cocaína tiene lugar regularmente y en tan gran escala como para ser considerado como parte integrante de la política de la empresa, caso en el cual (sin perjuicio de la responsabilidad de las personas naturales), la persona jurídica debiera ser imputable como autora del delito¹⁹⁸.

Aunque el Código holandés no diga expresamente con respecto a qué delitos es concebible su eventual perpetración por personas jurídicas, una parte de la doctrina suele considerar que ha de tratarse, en principio, sólo de delitos que supongan una *autoría funcional*. En otros términos, sería impensable atribuir a la persona jurídica la calidad de *autora* (aunque sí la de partícipe) en delitos que consistan, en su núcleo esencial, en una actividad física (como el homicidio, la violación, las lesiones corporales o manejar un vehículo en estado de ebriedad); si, en cambio, sería concebible la autoría por la persona jurídica de delitos que carezcan de ese núcleo de actividad física (como un fraude tributario o una

¹⁹⁶ BAUMANN/WEBER/MITSCH, op.cit. p. 191.

¹⁹⁷ JAKOBS, op.cit. p. 149. En contra, entre otros, JESCHECK, op.cit. pp. 204 y sigts.

¹⁹⁸ TORRINGA, op.cit. p.33. Véase fallo del *Hoge Raad* de 29 de mayo de 1984, *NJ 1985*, 6, en que se decidió que en un caso en que una empresa de contratación de obras públicas se habían realizado diversas acciones fraudulentas y un incendio dispuesto por uno de los administradores, no podía considerarse el incendio como parte de los hechos imputados a la persona jurídica, por cuya cuenta y en cuyo beneficio había actuado el administrador, por constituir un *corpus alienum*.

falsificación documentaria), que son fácilmente imaginables en la forma de una *autoría funcional*¹⁹⁹.

En contra de esa opinión, aduce KOOPMANS que la acción de la persona jurídica supone una atribución a ésta de conductas de personas naturales que la integran, realizados en interés de la empresa, por lo que nada impediría imputar a ésta la *autoría* del hecho de que sus empleados, *por encargo de los órganos de dirección*, realizaran, por ejemplo, actos de violencia sobre los trabajadores de una empresa rival, para disuadirla, de participar en un determinado negocio²⁰⁰. Ese tema, como muchas otras cuestiones que suscita una doctrina en plena elaboración, no puede profundizarse aquí.

Menores problemas plantea, por la inversa, la *comisión por omisión* (que es, como regla, el modo como se configura la adecuación típica de la *autoría funcional de las personas jurídicas*), ya que en esos casos la atribución del resultado tiene su origen en que la empresa aparece como *autor detrás del autor* por llenar una función social (propietario, transportista, impresor, industrial pesquero, etc.) que le impone el *deber de impedir que se produzcan determinados resultados ilícitos*.

Así, el tribunal supremo holandés (*Hoge Raad*) decidió, en síntesis, en un fallo de 1981, relativo a una empresa pesquera (en que mantuvo los criterios desarrollados en el caso antes comentado de los “alambres de hierro” (vid. *supra* 1.2.4.2.2.)) que existe *autoría (funcional) de la corporación* cuando la empresa: 1) podía *disponer* que las acciones prohibidas *tuvieran o no lugar*; y 2) *aceptó* que esas acciones prohibidas *tuvieran lugar* o *acostumbraba aceptar* que se llevaran a cabo acciones semejantes²⁰¹.

3.4. Un juicio de culpabilidad para “máquinas inteligentes” sin capacidad emocional.

En el párrafo que destinamos al asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la doctrina alemana (*supra*, 1.2.3.1.) se hizo notar ya una creciente tendencia a admitir, no sólo la capacidad de acción, sino también la *culpabilidad* de las personas jurídicas. Según JAKOBS, “tanto para la acción como respecto de la culpabilidad son las formas dogmáticas (no sólo los nombres) idénticas en la persona natural como en la persona jurídica”²⁰².

Lo curioso es que aquellos escritores que quieren zafarse de la pregunta acerca de la culpabilidad de las personas jurídicas y proponen que se renuncie a ella y se opte por una responsabilidad *penal-administrativa* se enfrentan a

¹⁹⁹ Cf. TORRINGA, op.cit. p. 31.

²⁰⁰ KOOPMANS, op.cit. p. 133.

²⁰¹ El llamado “segundo fallo pesquero” (*tweede Visserij-arrest*), HR, 1 de julio de 1981, *NJ 1982*, 80, con nota de Th.W. van Veen.

²⁰² JAKOBS, op.cit. p. 149.

una resuelta tendencia jurisprudencial y doctrinaria, en el ámbito internacional, que exige *también para las sanciones administrativas* la concurrencia de culpabilidad. Así se ha resuelto por diversos organismos y foros internacionales²⁰³ y también por el Tribunal Federal Constitucional alemán, que en 1966, decidió que el principio de culpabilidad deriva del Estado de Derecho y se extiende, por ende, a “las sanciones *similares a la pena* por cualquier injusto”²⁰⁴.

Lo que se postula para las colectividades es “un concepto de culpabilidad en sentido amplio orientado a las categorías sociales y jurídicas, en lugar de la culpabilidad humana, en sentido clásico, entendida como falta personal”²⁰⁵.

Aunque escudriñar en las persona jurídicas en busca de “alma” es tan ocioso como buscar su “capacidad emocional”, pudiera convenirse, al menos, en que ellas responden, metafóricamente, a la imagen propuesta por algunos de “máquinas inteligentes”, que operan autónomamente y “pueden ser objeto de reproche por sus políticas, procedimientos y sistemas”. En suma, que son algo distinto que la mera suma de sus componentes²⁰⁶.

En las *Recomendaciones del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, acerca de “El concepto y los principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa”, celebrado en El Cairo en 1984, además de constatar que “la responsabilidad penal de las personas jurídicas está reconocida en un número creciente de países como una vía apropiada para controlar la delincuencia económica y de la empresa” (13), se convino en que “el principio fundamental de la culpabilidad debe ser respetado también en el Derecho Penal Económico y de la Empresa”. Añade la resolución que “cuando existan tipos delictivos que no presupongan una imputación subjetiva (dolo o imprudencia) o no exijan la prueba de la misma (“strict liability offences”), deberá admitirse como eximente la circunstancia de no haber podido obrar de otro modo”. Los trabajos de reforma deben orientarse hacia la más pronta abolición de tales delitos de responsabilidad objetiva” (11).

3.4.1. *Dolo y culpa*²⁰⁷ en los delitos de las personas jurídicas.

En los países en que se reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha abordado consecuentemente la pregunta acerca de

²⁰³ CF. HARTMANN, op.cit. *passim*.

²⁰⁴ SCHÜNEMANN, op.cit. p. 585.

²⁰⁵ TIEDEMANN, en Jeschek-Festschrift, 1985, p. 1411, cit. p. SCHÜNEMANN, op.cit. p. 586.

²⁰⁶ Vid. CLARKSON, op.cit. pp. 566 y sigts.

²⁰⁷ Cabe señalar aquí que, mientras un sector doctrinario importante, niega la posibilidad de *autoría mediata imprudente* (cuestión sobre la que no queremos ocuparnos aquí; véase sobre el asunto en general y en favor de la admisión de tales hipótesis, por todos: Hernández Plasencia, op.cit. pp. 321 y sigts.), tales casos son de evidente procedencia (y seguramente constituyen la gran mayoría de las hipótesis en la práctica) cuando se trata de las personas jurídicas como *autor detrás del autor*.

las formas de culpabilidad. Así, en el derecho anglosajón, al referirse a la culpabilidad (*mens rea*), se ha afirmado que “ el curso o planes de acción (*policies*) de la corporación son los equivalentes en ésta a la intención, la imprudencia o negligencia (*recklessness or negligence*), y (que) una compañía que se conduce con una política expresa o implícita de no acatamiento de una prohibición criminal expresa la culpabilidad criminal (*criminal culpability*) de la corporación”²⁰⁸.

CLARKSON expresa que las personas jurídicas, “a través de sus reglas, políticas y procedimientos operativos pueden exhibir el grado requerido de *mens rea* y se les puede reprochar por ello”. Se refiere a la muerte de personas imputables a grave negligencia de las compañías: caso de la explosión del barco petrolero *Piper Alpha*, que ocasionó la muerte de 167 personas, o del naufragio del barco *Herald of Free Enterprise*, en que perecieron 192 personas, donde se constató que la corporación, de arriba a abajo (“*from top to bottom*”) *estaba infectada con la enfermedad de la incuria e indolencia (“sloppiness”)*. Concluye que “la responsabilidad no se debe limitar únicamente a aquellos casos en que la conducta de la compañía cae muy por debajo de lo que pudiera razonablemente esperarse, sino asimismo a todos los casos en que los riesgos serían obvios para cualquier compañía en la misma situación. La aplicación de los mismos criterios de examen crítico a las compañías y a los individuos servirá para poner énfasis que *los delitos de las compañías no son los parientes pobres (“poor cousins”) de los crímenes cometidos por los individuos*”²⁰⁹.

Al abordarse en la literatura jurídica holandesa el *dolo* y la *culpa*, como formas de la *culpabilidad*, se han subrayado las particularidades de tales conceptos con respecto a las personas jurídicas, cuando éstas aparecen imputadas como el autor que *está detrás*. “Puede suceder –anota un autor– que las actividades de un *subcontratista* sean consideradas como *hechos* de la *persona jurídica / contratista principal*” y que, sin embargo, “esté ausente la *culpabilidad* de la persona jurídica, que se había preocupado de disponer las necesarias medidas de vigilancia”²¹⁰.

El entonces Ministro de Justicia neerlandés, VAN AGT (al responder a una pregunta formulada en el curso del debate en torno a la introducción de la punibilidad de las personas jurídicas en el art. 51 del Código Penal), explicó que la posibilidad de imputar el *dolo* de una persona a la corporación en que ella presta servicios, “depende la organización interna de la referida corporación y de la tarea y responsabilidad que a la persona se le haya confiado”²¹¹.

²⁰⁸ Brent FISSE, “Recent Developments in Corporate Criminal Law and Corporate Liability to Monetary Penalties” (1990), 13 UNSW LJ 1, cit. p. Clarkson, op.cit. p. 570.

²⁰⁹ CLARKSON, op.cit. p. 571.

²¹⁰ W.H. VELLINGA, *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld*, Arnhem, 1982, p. 8.

²¹¹ Cit. p. TORRINGA, op.cit. p. 34.

Es evidente que “el dolo y la culpa de la persona jurídica ofrece menos problemas si su presencia fluye de decisiones tomadas por la administración de ella”. En tal caso, el dolo o la culpa de la administración constituyen el dolo o culpa de la persona jurídica. Con arreglo a la opinión de HULSMAN, “sólo el el dolo de un órgano de la administración puede conducir al dolo de la persona jurídica”²¹².

Según TORRINGA, en cambio, autor de una monografía sobre el tema, la atribución de dolo o culpa a la persona jurídica también es admisible cuando, aunque no exista una resolución formal del directorio de la compañía u otro órgano de administración de la empresa (ya que no es lo acostumbrado dejar una huella formal sobre el papel de un propósito delictuoso), ella resulte de las “usanzas” de la empresa: el clima psicológico promovido y favorecido por ésta entre los empleados (en que para éstos aparece claro que los medios ilegítimos están aprobados y estimulados), los encargos ilícitos que se hacen en los diversos niveles jerárquicos dentro de la corporación y, en general, la línea de conducta general deshonesta que en ella impera, permitirán que el *dolo* o *culpa* se infieran en forma “fragmentaria” de la situación de hecho en que la conducta típica tuvo lugar²¹³.

3.5. El asunto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ante la legislación y la doctrina chilenas.

El artículo 39, inciso 2º, del Código de Procedimiento Penal establece que: “la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que afecte a la corporación en cuyo nombre hubieren obrado”.

Tal es el *criterio general substantivo*, pese a lo cual existen algunas leyes aisladas, poco claras en su alcance, que establecen penas para la persona jurídica misma, como: la Ley 17.105, de 14 de abril de 1969, de Alcoholes, que establece penas de multa y clausura de establecimientos con personalidad jurídica (art.172); y el DL 211, de 1973²¹⁴ (Ley Antimonopolios), cuyo artículo 3º, “tratándose personas jurídicas” establece la pena de disolución de la misma²¹⁵,

²¹² L. H. C. HULSMAN, “Preadvies”, en *Handelingen van de Nederlandse Juristen Verenigen*, 1966, 1, p. 164.

²¹³ TORRINGA, op.cit. pp. 36 y sigts.

²¹⁴ Texto refundido por DL 511, publicado en el Diario Oficial el 27 de octubre de 1980.

²¹⁵ De la jurisprudencia publicada, sólo conocemos un caso de disolución de una asociación, pero no impuesta por los tribunales ordinarios, sino por la Comisión Resolutiva de la Ley Antimonopolios, una instancia administrativa establecida por los artículos 16 y siguientes de la citada ley (Vid. resolución 67, en la *Recopilación de la Jurisprudencia de la Comisión Resolutiva de la Ley Antimonopolios (1978-1980)*, a cargo de Waldo Ortúzar Latapiat, Fiscal Nacional de la Fiscalía Nacional Económica, Santiago, 1985, pp. 208 y sigts.).

“sin perjuicio de la responsabilidad penal a que se hagan acreedores sus representantes legales o las personas naturales que por ellas obraron”.

Con todo, el tema de la posibilidad teórica (de *lege ferenda*) de incriminar o no a las personas jurídicas ha sido abordado también en Chile, con los criterios tradicionales en uno u otro sentido.

La cuestión de que la pena afligiría a un ser abstracto “que carece de alma”²¹⁶, ha sido uno de los argumentos favoritos para impugnar tal posibilidad. También se ha postulado la aplicación de sanciones administrativas (“ya que ellas pueden adoptarse sin la realización de ningún hecho que presente caracteres delictuales”²¹⁷).

GARRIDO MONTT agrega un argumento de política criminal: las modernas tendencias hacia la *descriminalización* justificarían el abandono de la idea de la sanción penal, ya que las infracciones de los entes colectivos consistirían principalmente en hechos de carácter patrimonial o contra la fe pública²¹⁸.

El punto es de gran interés, ya que todas las corrientes progresistas coinciden hoy en el *reduccionismo* del sistema penal (al que nosotros también adherimos), pero de ello no debiera seguirse que la descriminalización y despenalización en el ámbito del derecho penal individual haya de significar necesariamente la renuncia a las verdaderas necesidades de la política criminal actual, que debiera atender, sobre todo, a la protección penal de los más débiles frente al *abuso de poder* de las grandes corporaciones y de la gran criminalidad.

Dice SCHÜNEMANN, con elocuencia –criticando en esto el derecho penal mínimo *à outrance*– que tales escrúpulos “minimalistas” van a desembocar, en lo que él llama: “una alianza, tan bizarra como sacrilega, entre un doctrinarismo, entendido originalmente de forma progresiva, y la agitación, harto conocida, del *lobby* de la industria”²¹⁹

Entre los escritores que han defendido la tesis de la incriminación debe destacarse a PEDRO SILVA²²⁰, cuyas ideas revelan un visionario realismo: “Las sanciones a los órganos o ejecutores de la infracción –dice– son insuficientes para reprimir los actos punibles de las corporaciones, *las cuales pueden continuar ejerciendo sus actividades delictuosas por medio de otros representantes*; fuera de que es injusto el castigo impuesto (únicamente) a los ejecutores *cuando se han limitado a cumplir acuerdos de la corporación*, y como personeros de

²¹⁶ Luis Cousiño MAC IVER, *Derecho Penal chileno*, t. 1, Santiago, 1975, p. 276.

²¹⁷ *ibidem*, p.278.

²¹⁸ Mario GARRIDO MONTT, *Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Santiago, 1992, p. 57.

²¹⁹ SCHÜNEMANN, *op.cit.* p. 598.

²²⁰ Coautor con Gustavo Labatut de un Proyecto de Código Penal (1938), en que se encuentra prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

ésta, han utilizado los medios y recursos sociales”²²¹. Es interesante anotar que ese autor utiliza, penetrantemente, los argumentos de la *fungibilidad* de los ejecutores (una de las bases de la teoría del *autor detrás del autor* (vid. *supra* **1.2.4.2.1.**) y de la teoría del *dominio del hecho* (*supra* **1.2.3.**), que constituyen precisamente lo que, a mi juicio, vincula la teoría de la *autoría mediata* a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

²²¹ Pedro SILVA FERNÁNDEZ, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista de Ciencias Penales*, t. IV, 1938 (pp.317 y sigs.(320). La palabra entre paréntesis la he añadido para mayor claridad: vale la pena recordar que el reconocimiento a la corporación de la calidad de autor detrás del autor no es obstáculo para hacer responder, asimismo, a los ejecutores dolosos en calidad de partícipes.