

YÁÑEZ, Sergio. "Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno". Revista de Ciencias Penales. t. XXXIV, n° 1, 1975, p. 49-64.

Republicado en Polít. crim. n° 1, 2006, CH3, con autorización de los herederos.

PROBLEMAS BASICOS DE LA AUTORIA Y DE LA PARTICIPACION EN EL CODIGO PENAL CHILENO *

SERGIO YÁÑEZ PÉREZ
*Profesor de Derecho Penal en
la Universidad de Chile y
en la Universidad Católica de Chile.*

I

A principios de nuestro siglo se quejaba Kantorowicz¹ de que la teoría de la Participación en el delito era el capítulo más obscuro y confuso de la ciencia penal alemana.

A pesar del tiempo transcurrido, de las variadas teorías elaboradas y del vasto trabajo jurisprudencial realizado en esta materia, siguen subsistiendo los arduos problemas de delimitación entre las diversas formas de participación en un delito, no sólo en Alemania, sino que, en general, en la teoría jurídica científica de los diversos países.

En Chile, sin embargo, se puede apreciar una gran uniformidad de pareceres en la doctrina y la jurisprudencia para abordar los problemas de la participación criminal. Esta rara unanimidad parece apoyarse en el criterio de que nuestro ordenamiento penal positivo habría optado por una solución meramente pragmática, en que, sin mayor sujeción a criterios diferenciadores teóricos, se habrían asimilado a la autoría, en forma casuística, diversas modalidades de actuación que, en realidad, son de complicidad.

Novoa sostiene que los Miembros de la Comisión Redactora del Código Penal chileno, al concretar los tres números de que consta el artículo 15, "temerosos de que el texto español no fuera lo suficientemente claro, lo adicionaron en sus números 1º y 3º, *sin haber profundizado debidamente la teoría del concurso de personas*" y que "el resultado fue una indicación de tipo empírico y un mayor ensanchamiento aún del concepto de autor"².

* El presente artículo corresponde sustancialmente a la relación sobre el tema presentado por el autor en las Jornadas Internacionales de Derecho Penal, celebradas en Valparaíso (1975) con ocasión del Centenario del Código Penal Chileno.

¹ Citado por Roxin, "Täterschaft und Tatherrschaft". Hamburgo, 1963, pág. 1.

² Novoa, "Curso de Derecho Penal chileno", tomo II, Santiago, 1966, pág. 207.

Estas frases resumen el punto de vista imperante. La reglamentación de la autoría y participación en nuestro Derecho sería criticable, ya que se expresa en términos meramente empíricos y contingentes y trae como consecuencia un desorbitado ensanchamiento del concepto de autor.

Al cumplirse los 100 años de la promulgación del Código Penal chileno, parece oportuno y conveniente replantear los problemas en torno a sus disposiciones sobre autoría y participación, y someter a revisión y crítica los criterios casi unánimemente imperantes en estas materias.

La excesiva extensión que se ha dado al concepto de autor justifica plenamente la reapertura de la discusión en torno a la teoría de la participación.

La garantía del tipo, de acuerdo al principio constitucional del *nullum crimen nulla poena sine lege*, inherente a un Estado de Derecho, establece de partida una limitación de la punibilidad, en el sentido de sancionar fundamentalmente a quien haya ejecutado una acción que corresponda a la descripción del tipo. La colaboración o el comportamiento no típico de otras personas sólo pueden ser penados por disposiciones especiales que aparecen como causas de extensión penal. Por consiguiente, una legislación que no se oriente hacia el tipo y se aleje en demasía del llamado concepto restrictivo de autor, puede estar apartándose también de las garantías fundamentales para el individuo³.

II

La doctrina y la jurisprudencia chilenas estiman, en forma uniforme, que el Código Penal ha dado una desmesurada extensión al concepto de autor en desmedro de la calidad de cómplice.

En estos términos casi exactos se expresa Etcheberry⁴; Del Río sigue el mismo predicamento^{4a}. Labatut sostiene que "nuestro Código concede una desmesurada amplitud al concepto de autor, en desmedro de la complicidad, *reducida al mínimo*"⁵. Novoa, por su parte, dice que por "razones prácticas prefirió la ley un concepto muy extensivo, que de hecho se aparta del significado común de la palabra *autores* y que incluye actuaciones que propiamente no caben en ella" y agrega que "es muy natural que tal ensanchamiento del concepto de autor tenía que hacerse a expensas del cómplice que, en nuestra

³ Cfr. Roxin, "Sobre la autoría y participación", en "Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho". Homenaje al Prof. Luis Jiménez de Asúa, Buenos Aires, 1970, págs. 58-59.

⁴ Etcheberry, "Derecho Penal", tomo II, Santiago, 1965, pág. 91.

^{4a} Raimundo del Río, "Elementos de Derecho Penal", Santiago, 1939, pág. 234.

⁵ Labatut, "Derecho Penal", tomo I. Parte general, 4ª ed., Santiago, 1963, pág. 384.

ley, *quedó reducido a su más mínima expresión*"⁶. En el mismo sentido, Cury manifiesta que "no todos los partícipes enumerados por el Art. 15 del Código Penal son autores"⁷.

Este mismo criterio lo encontramos en los comentarios más antiguos, como los de Alejandro Fuensalida⁸, Pedro Javier Fernández⁹ y Florencio Bañados¹⁰.

Novoa, siguiendo en esto a Pacheco¹¹, asevera que el propio "legislador lo comprendió así y por ello la expresión con que comenzó el precepto enumerativo no fue la de "son autores", sino la más cautelosa de "se consideran autores"¹². Igual razonamiento encontramos en Etcheberry y Cury¹³.

¿Es efectivo que nuestro ordenamiento jurídico-penal, en la disposición enumerativa del Art. 15 del C.P. estableció un concepto tan amplio de autor, en desmedro de la complicidad?

Para poder contestar a esta pregunta se hace imprescindible el análisis de las diversas situaciones que plantea la disposición citada.

III

El N° 1 del Art. 15 del Código Penal comprende a aquellos autores a los que la doctrina generalmente denomina autores directos, ejecutores o inmediatos.

El Art. 12 del Código español de 1850 era de factura más sencilla, ya que en su N° 1 consideraba autores a "los que inmediatamente toman parte en la ejecución del hecho"^{13a}. La Comisión Redactora del Código Penal chileno prefirió innovar en la disposición y estableció dos situaciones diversas para los

⁶ Novoa, op. y vol. cit., pág. 206.

⁷ Cury, "Orientación para el estudio de la Teoría del Delito", 2ª ed., Santiago, 1973, pág. 266.

⁸ Alejandro Fuensalida, "Concordancias y comentarios del Código Penal chileno", tomo I, Lima, 1883, pág. 137.

⁹ Pedro Javier Fernández, "Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado", 2ª ed., tomo I, Santiago, 1899, pág. 128.

¹⁰ Florencio Bañados, "Código Penal de la República de Chile, concordado y comentado", Santiago, 1920, pág. 59.

¹¹ Joaquín Francisco Pacheco, "Código Penal español, concordado y comentado", tomo I, Madrid, 1870, pág. 258.

¹² Op. y vol. cit., pág. 206.

¹³ Cury, op. cit., pág. 266; Etcheberry, op. y vol. cit., pág. 258.

^{13a} Sobre el origen histórico de las disposiciones del Código español sobre la materia cfr. José Cerezo Mir, "Die Auseinandersetzung um den finalen Täterbegriff in der spanischen Strafrechts Wissenschaft" en el libro Homenaje a Hans Welzel, 1974, pág. 635 ss.

que toman parte en la ejecución del hecho, ya sea de una manera inmediata y directa, o ya sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

La primera situación, que corresponde a la del N^o 1 del Art. 12 del Código español (actualmente, Art. 14), no es conflictiva y ha sido entendida generalmente, conforme a la concepción objetivo-formal, como realización en todo o en parte de los elementos de la descripción típica. Se coincide así, en general, con la interpretación de la doctrina española.

El verdadero problema se plantea en relación a la segunda parte de este primer número del art. 15, introducido por nuestra Comisión Redactora. Esta disposición ha sido entendida por la doctrina y la jurisprudencia en una forma muy amplia, sin límites, y constituye una de las razones principales por las cuales se considera que nuestro Código adopta un criterio muy extensivo de autor.

Se suele incluir en este precepto a todos los que intervienen para alejar a aquellas personas que podrían intervenir y ayudar a evitar el delito, ya sea la policía¹⁴, los parientes¹⁵, o, en general, a los que, sin ejecutar el hecho por sí mismos, se ocupan de alejar los obstáculos que podrían impedir el realizarlo a los ejecutores directos¹⁶ o a los que permiten, con su conducta, que otros puedan ejecutarlo con seguridad¹⁷.

Desde luego, todos los autores incluyen, asimismo, la situación del "que queda apostado a alguna distancia del lugar con el encargo de avisar a los delincuentes la posible llegada de la policía o de personas que puedan oponerse a la perpetración del hecho"¹⁸. Este es el personaje característico que en nuestro país suele denominarse "el loro".

La jurisprudencia ha seguido un predicamento similar. A modo de ejemplo, podemos citar un fallo de la Corte Suprema¹⁹ en que se sostiene que el individuo que, presenciando la lucha entre otros dos, ahuyenta por dos veces a un perro que viene en auxilio de su amo que resultó muerto en esa lucha, es coautor en el homicidio por haber procurado impedir que se evitara el delito, ya que probablemente pudo evitarse el crimen con el auxilio de ese animal; la Corte de Apelaciones de Talca, en una sentencia²⁰, aplica la segunda parte del Art. 15 N^o 1, y tiene por coautores de violación a los que se colocan en la puerta de la pieza en que se comete el hecho, para impedir la entrada a

¹⁴ Etoheberry, op. y vol. cits., pág. 92.

¹⁵ Cury, op. cit., pág. 267.

¹⁶ Novoa, op. y vol. cits., pág. 209.

¹⁷ Labatut, op. y vol. cits., pág. 385.

¹⁸ Novoa, op. y vol. cits., pág. 209.

¹⁹ C. S., contra Luis López y otro. G. T., 1911, T. II, págs. 1145 ss.

²⁰ Corte de Talca, contra Herminia Torres y otros. G. T., 1914, T. I, pág. 636.

quienes pudieran auxiliar a la víctima; la Corte Suprema en otro fallo²¹ declara que "el loro", apostado para asegurar la tranquila actuación de los ejecutores de un robo con homicidio, es cóautor en virtud de la segunda parte del N° 1 del Art. 15.

Conviene recordar que en este precepto no se exige ningún acuerdo o concierto previo respecto a los autores principales, lo que da una pauta respecto a la extensión de la autoría.

Cury señala²², con razón, que muchas de estas situaciones son, en realidad, de complicidad, pero que están asimiladas a la de los autores en virtud de esta segunda parte del N° 1 del Art. 15 agregado por nuestros legisladores.

A nuestro entender, aquí radica uno de los errores fundamentales de la opinión dominante, que la lleva a sostener la amplitud del concepto de autor en nuestro Código Penal.

Nuestra opinión es que la mayoría de estas situaciones no quedan comprendidas en la disposición citada.

A través de los diversos artículos dedicados a la autoría y la participación en el Código Penal, se presentan diversas situaciones en que algunas personas actúan en forma simultánea a la ejecución del hecho o la comisión del delito. Tenemos la ya mencionada disposición de la segunda parte del N° 1 del Art. 15; la del Art. 15 N° 3 que se refiere a los que concertados para su ejecución lo presencian sin tomar parte inmediata en el hecho, y la del Art. 16, que incluye a los que cooperan en la ejecución del hecho por actos simultáneos.

Dos son situaciones de autoría y una de complicidad. Esto demuestra que para diferenciar la autoría y la participación no puede recurrirse en nuestro derecho a la "teoría de la simultaneidad" o "de la actuación antes o durante el hecho", desarrollada por la jurisprudencia italiana en la Edad Media y aún imperante en el derecho angloamericano²³.

Nuestra doctrina y la jurisprudencia se han limitado, por su parte, a entender las disposiciones del Código en forma meramente empírica, estimando que hay que atenerse sencillamente al hecho que el legislador incluyó dos de estas situaciones como autoría —la de impedir o procurar impedir que se evite el hecho y la de presenciarlo sin tomar parte inmediata en él—, y que la tercera, referente a la complicidad, debe determinarse en forma subsidiaria,

²¹ G. T., 1928, T. I, pág. 397.

²² Op. cit., págs. 267, 269, 270.

²³ Roxin, "Täterschaft und Tatherrschaft", págs. 41 ss.; Glanville Williams, "Criminal Law", 2ª ed., Londres, 1961, págs. 346 ss.

como actos de cooperación que no sean de los que se hayan incluido en el Art. 15. A lo más, Labatut²⁴ busca una fundamentación a esta diferenciación basándola en la concepción de la cooperación necesaria, que estaba establecida en el N° 3 del Art. 12 del Código español y que fue abandonada por nuestra legislación.

En realidad, subyacen en estas disposiciones concretas criterios decisivos para la determinación de los conceptos de autoría y participación.

En el Art. 15 N° 1 el elemento esencial es el haber *tomado parte en la ejecución del hecho*, en el Art. 15 N° 3 es el *concierto previo* y en el Art. 16 la *mera cooperación*.

Es extraño, pero nuestra doctrina, en general, ha olvidado o pasado por alto algo tan esencial como es el que las dos situaciones que describe el Art. 15 N° 1 se refieren a formas de *tomar parte en la ejecución del hecho*.

En Fuensalida²⁵ se encuentran algunas alusiones interesantes al respecto pero es Novoa quien especialmente se ocupa de esta exigencia. Sostiene que también en la segunda situación del N° 1 del Art. 15 es necesario que el sujeto tome parte en la ejecución del hecho, pero, en forma sorpresiva, subjetiviza el concepto, estimando que en este caso el tomar parte en la ejecución del hecho significa "el conocimiento de que ese hecho está siendo realizado directamente por otro u otros y el saber que con la actuación propia se ayuda impidiendo o tratando de impedir que él se evite"²⁶. O sea, que el tomar parte en la ejecución del hecho se convierte en *tener conocimiento* que otro está ejecutando el hecho.

El prescindir de este requisito objetivo que es el tomar parte en la ejecución del hecho, es la razón fundamental por la cual nuestra doctrina y jurisprudencia ha incluido en este número situaciones que en realidad sólo pueden ser abarcadas por el Art. 16, como casos de complicidad.

El Art. 15 N° 1, sin embargo, es bastante claro y establece como requisito expreso, que el sujeto tome parte en la ejecución del hecho, sea de una u otra de las formas señaladas.

Ahora bien, tomar parte en la ejecución del hecho sólo puede significar realizar actos ejecutivos. Como muy bien señala Gimbernat, al analizar la disposición pertinente del Código español, la expresión "ejecución del hecho" debe ser interpretada en sentido técnico, en el mismo sentido empleado para

²⁴ Op. y vol. cits., págs. 285, 286.

²⁵ Op. y vol. cits., págs. 145 y 157.

²⁶ Op. y vol. cits., págs. 209.

separar la tentativa y la frustración (punibles) de los actos preparativos (impunes) ²⁷.

Si hemos partido de la base que en el Art. 15 N^o 1, primera parte, estamos hablando del autor directo, inmediato, y si el hecho es punible, sea a título de autoría o participación, si ha llegado al grado de ejecución, es obvio que la expresión "ejecución del hecho" debe tener el mismo sentido que en las disposiciones sobre tentativa y frustración del Art. 7.

Es comprensible que un criterio diferenciador tan importante en el proceso de desarrollo del delito tenga también relevancia en los problemas de autoría y participación ²⁸.

Desde el momento que tenemos claro que el tomar parte en la ejecución del hecho significa realizar actos ejecutivos, y que esta exigencia se refiere también a los que impiden o procuran impedir que se evite, se nos hace evidente que muchas de las situaciones que la doctrina y la jurisprudencia consideran abarcadas por esta disposición, no pueden ser subsumidas en ella y son sólo actuaciones de complicidad.

Tomemos el caso del vigilante, llamado vulgarmente "el loro" en nuestro medio. No realiza acciones típicas, ni acciones conectadas directa e inmediatamente con la acción típica (en el sentido de la concepción objetivo-material) ²⁹; por tanto, no realiza acciones ejecutivas y no toma parte en la ejecución del hecho. O sea, a pesar de que procura impedir que el delito se evite, no es abarcado por el Art. 15 N^o 1, ya que no toma parte en la ejecución del hecho, y su intervención es de mera complicidad ³⁰.

²⁷ Gimbernat, "Autor y cómplice en Derecho Penal", Madrid, 1966, págs. 93 ss.

²⁸ Cfr. Gimbernat, op. cit., págs. 94-97.

²⁹ Ver infra.

³⁰ En el mismo sentido, Gimbernat, op. cit., pág. 107. "Volviendo al vigilante. Que su actividad no es ejecutiva y que, por ello, no cumple los presupuestos del 14,1 me parece que debería estar fuera de discusión. En un robo con fractura o con escalamiento, por ejemplo, su comportamiento aparece completamente desvinculado de la acción típica (cuyo comienzo lo señala el rompimiento de la pared o la penetración en el edificio por una vía que no sea la destinada al efecto). Indisolublemente vinculados a la acción típica están aquí sólo los comportamientos inmediatamente anteriores de los sujetos que escalan o fracturan por sí mismos, o los de los que les van a ayudar en estas acciones concretas ("escalar" y "fracturar"). A la misma conclusión hay que llegar respecto del que vigila mientras otro hurta; las acciones ejecutivas son aquí, exclusivamente, las cometidas por el sujeto que "toma", inmediatamente antes de realizar la acción típica, o por el que le ayuda directamente —distrayendo, por ejemplo, la atención del sujeto pasivo— a hacer posible que pueda "tomar". Por último, hay que afirmar en base a análogas consideraciones que tampoco la actividad de vigilar mientras otros cometen un homicidio se halla unida indisolublemente a la acción típica de matar".

Del mismo modo, aquellas personas que procuran ahuyentar o ahuyentan a quienes pudieran prestar ayuda a la víctima y evitar el delito, tampoco realizan acciones ejecutivas, no toman parte en la ejecución del hecho y, por tanto, su intervención debe ser entendida como complicidad³¹.

De lo anteriormente expuesto se desprende que en este precepto no existe la desmesurada extensión del concepto de autor de que han hablado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia, sino que los casos que abarca se mueven dentro de marcos muy estrechos que fija la realización de actos ejecutivos.

Pero, queda flotando una gran interrogante: ¿por qué, entonces, el legislador incluyó esta segunda situación de los que impiden o procuran impedir que el hecho se evite? ¿No bastaba con el tomar parte en el hecho en forma inmediata y directa?

La duda es válida; sin embargo, nos parece que el legislador chileno con una intuición jurídica encomiable plasmó diferenciaciones muy finas dentro del actuar ejecutivo.

Para penar a quien realiza totalmente y por sí mismo el tipo penal, no se requiere recurrir al artículo 15 N° 1, ya que son suficientes las disposiciones de la Parte Especial que describen los tipos delictivos.

El Art. 15 en general se refiere a situaciones en que interviene en el hecho delictivo más de una persona. Esto es claro en el N° 1 de la disposición citada, pues se habla de "tomar parte", lo que supone una contribución a la realización de un todo, interviniendo, entonces, diversas personas en esta realización³².

Ahora bien, en este "tomar parte" debemos hacer distinciones. El que toma parte en la ejecución del hecho "de manera inmediata y directa" es aquella persona que realiza la acción descrita en el tipo. Es decir, aquel sujeto que realiza la acción típica propiamente dicha, la que significa el núcleo esencial del tipo delictivo, como el matar, el apropiarse, el yacer, etc. Lo directo e inmediato se refiere a la acción que va a decretar en definitiva la lesión jurídica.

Existen tipos delictivos, sin embargo, que constan de dos acciones; así por ejemplo los delitos complejos o compuestos. En la violación, un sujeto puede yacer con la víctima y otro ejecutar la violencia, sujetándola o golpeándola; en el robo con violencia o intimidación en las personas, uno puede apropiarse de la cosa mueble ajena y otro ejercer la violencia o la intimidación.

³¹ En estas situaciones pueden presentarse casos en que sí se realicen acciones ejecutivas.

³² Cfr. Gimbernat, op. cit., págs. 92 s.

Estas personas que no realizan propiamente la verdadera acción típica, quedan, desde luego, comprendidas en el Art. 15 N^o 1, pues realizan acciones ejecutivas, aún más, acciones típicas, pero no quedan comprendidas en los que actúan en forma inmediata y directa, que ya vimos se refiere a las que ejecutan la acción delictiva esencial, núcleo del tipo. Estos sujetos, a los que Gimbernat denomina autores "ejecutores", distintos de los autores directos o autores en sentido estricto³³, quedan comprendidos en la segunda parte del N^o 1 del Art. 15.

Así se nos hace patente el sentido y la importancia de esta segunda parte del Art. 15 N^o 1, agregada por la Comisión Redactora. El que ejerce la violencia en la violación para que otro yazga con la muchacha, impide o procura impedir que el delito se evite; el que usa de la violencia o intimidación con una persona, para que otro se apropie de sus pertenencias, impide o procura impedir que el delito se evite.

Estas dos situaciones planteadas, de delitos compuestos, abarcan la ejecución de acciones típicas; sin embargo, la disposición del Art. 15 N^o 1, puede ser más amplia, ya que se refiere a la ejecución del hecho, o sea, a la realización de acciones ejecutivas.

Si bien la llamada concepción objetivo-formal, identifica acción ejecutiva con realización total o parcial de la acción típica, tiene mayor acogida en el presente la concepción objetivo-material, que considera acciones ejecutivas aun aquellas que, sin ser típicas, están conectadas inmediata y directamente con la acción típica^{33a}.

Ya vimos que en el caso de los delitos compuestos no se plantean problemas; las acciones son típicas y se pueden subsumir, generalmente, en los casos que señala el N^o 1 del Art. 15.

¿Qué sucede con quien golpea y sujeta a la víctima mientras otro le da muerte? Esta acción estimamos que es indudablemente ejecutiva por su conexión inmediata y directa con la acción de matar³⁴ y, además, impide o procura impedir que el delito se evite.

³³ Gimbernat, "Gedanken zum Täterbegriff und zur Teilnahmelehre", ZStW 80. Band, Heft 4, pág. 916 "Denomino coautores "ejecutores" a aquellos partícipes que, sin realizar la acción típica, realizan, ya sea un elemento del tipo (como, por ejemplo, el empleo de la violencia en el robo con violencia o intimidación en las personas) o por lo menos una acción ejecutiva..."

Cabe señalar, que este concepto, puede servir a una diferente estructuración de la autoría en el Derecho Penal español, por las diferencias en la legislación.

^{33a} Cfr. Welzel, "Derecho Penal Alemán", Santiago, 1970, págs. 262s.

³⁴ Así, Gimbernat, "Autor y cómplice en Derecho Penal", cit., págs. 107 s.

Sin embargo, pueden existir acciones ejecutivas en que no pueda estimarse precisamente que impiden o procuran impedir que el delito se evite, como el sujetar la escala para que penetre otro por vía no destinada al efecto, para materializar el robo con fuerza en las cosas. Aquí, a pesar de tomar parte en la ejecución del hecho no lo hace en ninguna de las formas señaladas en el N° 1 del Art. 15.

Entonces, cosa sorprendente, este primer numeral del Art. 15, resulta más bien restrictivo, aún para la concepción objetiva y restrictiva del autor.

El resultado de este análisis de la disposición nos ofrece, entonces, un cuadro diferente del que comúnmente presenta la doctrina y la jurisprudencia chilenas.

El Art. 15 N° 1 se mantiene dentro de los marcos de la concepción objetivo-formal, y se mueve, por consiguiente, en los cauces de un Derecho Penal que apoya en la descripción típica la distinción entre autoría y participación.

Otra consecuencia importante es que nuestro Art. 15 N° 1 puede ser vinculado a la concepción del "dominio del hecho", ya que los representantes de esta teoría están de acuerdo en que la realización de propia mano de los elementos que componen el tipo de un hecho punible, determinará el dominio del hecho y la calidad de autor ³⁵.

Aun la restricción planteada respecto a los actos de ejecución que no correspondan a ninguna de las dos situaciones comprendidas en el precepto, es conciliable con la concepción del dominio del hecho. Roxin, uno de los principales impulsores de esta doctrina, plantea la posibilidad de que la realización de algunos elementos del tipo, excepcionalmente, no signifique necesariamente tener el dominio del hecho ³⁶.

IV

Por razones de mayor claridad en el desarrollo de las ideas que sustentamos, vamos a ocuparnos primeramente del N° 3 del Art. 15 y sólo a continuación del N° 2.

La gran mayoría de los autores se refieren a esta categoría de personas que intervienen en el hecho delictivo, como autores-cómplices o como autores-cooperadores, y estiman que revisten indudablemente la calidad de cómplices

³⁵ Roxin, "Sobre la autoría y la participación", cit., pág. 57.

³⁶ Roxin, "Täterschaft und Tatherrschaft", cit. pág. 137.

y que sólo han sido asimilados a los autores por el legislador chileno. Así Etcheberry³⁷, Cury³⁸, Labatut³⁹, del Río^{39a}.

Labatut⁴⁰ y Bañados⁴¹ creen que se trata de cómplices primarios o necesarios y justifican esta extensión en virtud de la doctrina de la cooperación necesaria.

El problema en este caso es diferente al analizado anteriormente. Nuestra doctrina interpreta esta disposición adecuadamente en lo que se refiere a su extensión, lo que no sucedía en el caso anterior, pero de todos modos sostiene enfáticamente que las situaciones que señala este número son de complicidad y no de autoría. Por ello, les da el calificativo de autores-cómplices o autores-cooperadores, a pesar de que en el texto en ningún momento se hable de cooperación, como sucede, por el contrario, en el Art. 16, que fija los criterios de la complicidad.

No nos parece apropiado, tampoco, remitirse a la muy problemática doctrina de la cooperación necesaria, ya que nuestro Código innovó precisamente en este punto y substituyó el texto español.

A nuestro entender la doctrina chilena está equivocada y ello se debe, en gran medida, a que no ha podido desprenderse del transfondo doctrinal de la disposición española.

Se ha olvidado de destacar lo que en este número es lo esencial, *el concierto previo*, que es lo que imprime el carácter particular a esta forma de autoría, ya que une las diversas acciones parciales en un todo.

No se trata, por consiguiente, de cómplice o cooperadores, sino que de coautores que ejecutan conjuntamente un hecho. Varias personas realizan el hecho en diferentes funciones, de tal modo que cada aporte completa los aporte de los demás, configurando un hecho unitario. Esta forma de autoría se basa en la división del trabajo y requiere de la decisión común respecto del hecho, el concierto previo y de la realización común del hecho⁴².

En la coautoría también tiene especial relevancia el concepto del dominio del hecho. Roxin habla de un dominio del hecho "funcional", pues es común a

³⁷ Op. y vol. cit. pág. 91.

³⁸ Op. cit. págs. 264-270.

³⁹ Op. y vol. cit., págs. 385, 389.

^{39a} Op. cit., pág. 234.

⁴⁰ Op. y vol. cit., pág. 385.

⁴¹ Op. cit. pág. 61.

⁴² Cfr. Jescheck, "Lehrbuch des Strafrechts", 2ª ed., Berlín, 1972, pág. 512; Welzel, op. cit., págs. 154 s.

diversas personas y cada uno lo tiene en sus manos, a través de su función específica en la realización del hecho total⁴³.

Merece destacarse que Roxin en el libro Homenaje a Jiménez de Asúa piensa que en el Art. 14 N° 3 del Código Penal español, que señala como autor "al que hubiere colaborado en la ejecución del hecho, con una acción sin la que él mismo no se hubiera realizado" y en el Art. 45 del Código Penal argentino, que contiene una disposición similar, "el legislador no ha pensado en otra cosa que en el discutido dominio funcional del hecho"⁴⁴.

En nuestro Derecho, que se apartó de esa equívoca redacción española y estableció expresamente el concierto previo y las formas de ejecución conjunta, nos parece ello más evidente y habiendo "dominio funcional del hecho", hay autoría.

Desde ese punto de vista, no nos cabe dudas que estamos frente a formas de coautoría y no de complicidad.

Como hemos dicho, en la disposición del N° 3 del Art. 15, se consagran expresamente los dos elementos necesarios, reconocidos generalmente, para la coautoría: el concierto previo y la ejecución común del hecho.

En relación con el primer elemento llama la atención que ni la doctrina, ni la jurisprudencia chilenas, hayan elaborado conceptos más precisos sobre el concierto previo, respecto del cual nos parece necesaria la distinción entre lo que sería propiamente la "confabulación" y un simple acuerdo respecto a un aporte, una simple acción parcial que vaya a realizar un colaborador.

Las dos formas que señala el número mencionado plantean, eso sí, problemas.

El facilitar los medios con que se lleva a efecto el hecho, parece una situación bastante limitada. Nuestra doctrina, sin embargo, nos parece que con razón, la ha interpretado en forma amplia, estimando que, no sólo incluye la entrega de instrumentos materiales, sino también la manera o modo de comisión⁴⁵ y, en general, los medios intelectuales⁴⁶. De esta forma puede abarcar prácticamente la mayoría de las situaciones importantes que pueden presentarse, aun, por ejemplo, la de jefe de la banda que maneja los hilos del hecho de manera meramente intelectual.

De todos modos, esta situación de facilitar los medios lleva inserto otro problema de importancia. Por regla general, la facilitación de los medios será

⁴³ Cfr. Roxin, "Sobre la autoría y la participación", cit., págs. 63 s.

⁴⁴ Op. cit., pág. 66.

⁴⁵ Cfr. Etcheberry, op. y vol, cit., pág. 95.

⁴⁶ Cfr. Del Río, op. cit. pág. 234.

un acto preparatorio y Roxin estima que la colaboración en la preparación no es suficiente para estimar que hay coautoría, ya que no existiría dominio funcional del hecho, y que por consiguiente se trataría de casos de complicidad⁴⁷. Este mismo criterio lo siguen Gallas⁴⁸, Jescheck⁴⁹, Cerezo^{49a}. Pero, hay autores como Welzel que afirman que "también es coautor el que objetivamente sólo realiza actos preparatorios de ayuda, cuando es coportador de la decisión común al hecho"⁵⁰. O sea, dentro de los criterios de Welzel y también de Bockelmann⁵¹, estos casos contemplados por nuestro código serían de coautoría.

La segunda forma que establece el N° 3 del Art. 15, el presenciar el hecho sin tomar parte inmediata en él, suscita dudas, ya que a primera vista esta mera presencia parece inofensiva. Etcheberry, además, pone de relieve que este caso estaría señalando que el criterio de causalidad no sería decisivo en materia de participación en nuestro derecho⁵².

Jescheck y Engisch, por el contrario, estiman que una simple colaboración o apoyo psíquico puede ser causal para un hecho⁵³.

La Comisión Redactora del Código, en esta línea, estimaba que se aumenta la fuerza y poder de los ejecutores con la sola concurrencia, aunque no se tome parte directa en la acción^{53a}.

El análisis de este tercer número del Art. 15, nos lleva a la conclusión que en este caso tampoco estamos ante situaciones de complicidad que hayan sido asimiladas a las de autoría, como sostiene nuestra doctrina, sino que estamos frente a verdaderos coautores que tienen cada uno en sus manos el dominio del hecho a través de su función específica en la ejecución total.

47 "Täterschaft . . .", cit. págs. 292 ss.; "Sobre la autoría . . .", cit. pág. 68.

48 "Beiträge zur Verbrechenslehre", 1968, pág. 104.

49 Op. cit., pág. 517.

49a Op. cit., pág. 651 s.

50 Op. cit. pág. 159.

51 "Strafrechtliche Untersuchungen", 1957, pág. 101.

52 Op. y vol. cits., pág. 95.

53 Jescheck, op. cit. pág. 526 "No cabe dudas de que el apoyo psíquico puede ser causal para un hecho, de acuerdo a la fórmula de las condiciones . . ."

Engisch, "Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug", en Festschrift für Hellmuth von Weber, Bonn, 1963, pág. 269. "Lo que se ha expresado para los casos especiales de la relación de causalidad entre la producción del error y la disposición patrimonial en la estafa, tiene que ser válido, asimismo, según mi opinión, en todos los otros casos de una causalidad penal psíquica relevante, por ejemplo, en las formas de participación de la instigación y la complicidad psíquica . . ."

Cabe señalar, que el poner énfasis en la causación del resultado puede llevar a la teoría extensiva de autor y a las distinciones subjetivas del "animus auctoris" y "animus socii".

53a "Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno", Sesión 125.

V

El N° 2 del Art. 15, a primera vista muy simple, es en realidad bastante heterogéneo.

En primer lugar hay que considerar que si se aplica fuerza física directa sobre el cuerpo de otro (vis absoluta) usándolo como un objeto para la realización de un hecho delictivo, estamos frente a un caso de autoría directa.

Mucha más importancia reviste la posibilidad de incluir en esta disposición los casos de autoría mediata, o sea, de realización del hecho no de propia mano, sino mediante otra persona.

Sin entrar al problema de si se puede subsumir la actuación de un autor mediato directamente en la descripción típica⁵⁴, podemos estimar, a grandes rasgos, que algunos casos, como el uso de la coacción —fuerza irresistible, para estimar que hay dominio del hecho— pueden ser incluidos en la situación de los que fuerzan a otro ejecutarlo. Igual predicamento podemos seguir respecto del que debe acatar la orden del superior y en los casos que Roxin llama de “dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado”⁵⁵. En casos de ciertos inimputables se puede estimar que son inducidos a ejecutarlo. Los casos de error se prestan a muchas dudas y discusiones^{55a}.

Lo importante es que, de cualquier modo, en este número también se incluyen situaciones de verdadera autoría; especialmente, de autoría mediata, diferentes a las formas de autoría contempladas en los números 1° y 3°.

En este número 2° del Art. 15, encontramos, eso sí, por primera vez, una situación que no es de autoría, sino de participación. Se trata del caso del inductor o instigador, que de acuerdo a la opinión dominante, es un partícipe y no un autor.

Esta inclusión se justifica, pues en la mayoría de las legislaciones se aplica al instigador la misma pena que al autor.

Cobra importancia a este respecto la expresión se “consideran autores”, ya que supone que al instigador se le aplicará la misma pena que al autor, pero sin que se pierda de vista su calidad de partícipe, sobre todo para tomar en consideración los efectos del principio de accesoriedad.

⁵⁴ Cfr. Gimbernat, “Autor...”, cit. págs. 222 ss.; “Gedanken...”, cit. págs. 935 ss.

⁵⁵ “Sobre la autoría...”, cit. pág. 63.

^{55a} Sobre el problema de la autoría mediata —similar al nuestro— en el Código Penal español, cfr. Rodríguez Mourullo, “El autor mediato en el Derecho español”, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1969, N° 3, págs. 465 ss.

VI

Resumiendo: El Art. 15 N^o 1 se refiere a casos de autoría directa o de autores ejecutores, en que es necesario haber realizado una acción típica o, por lo menos, actos ejecutivos.

El Art. 15 N^o 3 comprende los casos de coautoría en que varias personas realizan conjuntamente, cada una en diversas funciones, el hecho delictivo.

El Art. 15 N^o 2 incluye un caso de autoría directa, diversas modalidades de autoría mediata, en que el hecho es realizado mediante otra persona y, por extensión excepcional, una situación no de autoría, sino de participación, como es la del instigador.

Este Art. 15, en general, es decisivo en la materia, ya que fija los criterios esenciales respecto a la autoría y la participación. El Art. 16, a pesar de que señala la acción de colaboración como el elemento fundamental de la participación, opera en forma subsidiaria o residual, a causa de la construcción casuística de esta materia. Podemos prescindir, por otra parte, de las disposiciones sobre encubrimiento, ya que más que una forma de participación en un delito, constituyen formas delictuales especiales.

La imagen que nos presenta el Art. 15 es diferente a lo que ha sostenido hasta la fecha la doctrina y la jurisprudencia. No presenta esa desmesurada extensión del concepto de autor en desmedro de la complicidad, de que tanto se ha hablado; se mantiene dentro de márgenes muy discretos en materia de autoría, y sólo por excepción, en el caso del instigador, se extiende a una situación de participación.

No sin sorpresa, se puede constatar que este centenario Código incluyó en sus disposiciones, diferenciándolas en números diversos, las tres formas de autoría que reconoce la doctrina moderna, la autoría directa, que puede ser caracterizada como el realizar el hecho por sí mismo, la autoría mediata, que es realización por intermedio de otro y la coautoría, como realización conjunta⁵⁶.

Además, a pesar de su reglamentación casuística, permite la aplicación de un concepto abierto, de un principio regulativo⁵⁷ como es el dominio del hecho. A cada de estas figuras fundamentales de autoría corresponde cierta forma de dominio del hecho que Roxin ha caracterizado como "dominio de la acción", "dominio de la voluntad" y "dominio funcional"⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. Fundamentación del "Proyecto alternativo alemán", Parte General, Tübingen, 1966, pág. 63.

⁵⁷ Cfr. Roxin, "Täterschaft...", cit., pág. 125; "Sobre la autoría...", cit., pág. 61.

⁵⁸ Cfr. "Sobre la autoría...", cit., págs. 62-65; "Täterschaft...", cit., pág. 127 ss.; ibidem, págs. 142 ss. y 275 ss.

No pretendemos, desde luego, sostener que todas estas disposiciones que norman la autoría y la participación en nuestro Código Penal no deban ser reformadas; a lo largo de este examen se ha vislumbrado infinidad de problemas. Pero, sí conviene resaltar que toda reforma debe apoyarse en los contenidos reales de las instituciones que se trata de modificar y apreciar, como en este caso, la profunda vitalidad dinámica que puede emanar de una legislación y la intuición jurídica creadora de sus realizadores.