

ACTUACIÓN CONJUNTA E IMPUTACIÓN DE RESULTADOS

ALEX VAN WEEZEL

Pontificia Universidad Católica de Chile

SUMARIO: I. Introducción. II. La teoría del “grano de arena”. III. Alternativas de imputación recíproca. 1. Unión en la causalidad. 2. Unión en la voluntad. 3. Todos son autores solitarios en comisión por omisión. 4. Autoría de todos los que infringen un deber de cuidado. IV. Deberes mancomunados de evitación del tipo. V. Un solo suceso. VI. Qué es lo propio del actuar conjunto.

PALABRAS CLAVE: Delitos imprudentes - intervención colectiva - imputación de resultados

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina predominante afirma que en el ámbito de la imprudencia no hay intervención delictiva, sino sólo autorías paralelas. En esta presentación sostendré, por el contrario, que la intervención delictiva es posible e indispensable para resolver adecuadamente problemas de imputación de resultados en contextos complejos, con independencia de si la conducta de cada agente puede estimarse dolosa o imprudente respecto de esos resultados¹. Consideremos los siguientes ejemplos:

Caso 1: Un laboratorio vende un alimento medicinal para personas con déficit de potasio, pero que por error de fabricación no contiene la dosis rotulada, sino una dosis mucho menor. Personas que consumieron el medicamento fallecen por déficit de potasio, pero el fallecimiento también pudo deberse a un déficit de asimilación no suficientemente controlado por el médico tratante.

Caso 2: Con el terremoto de 2010 se viene abajo un edificio y fallecen ocho personas. Se comprueba que el calculista no consideró la norma antisísmica y que el funcionario municipal, que debió controlar el cumplimiento de la norma, no lo hizo. Tampoco lo hicieron los constructores, ni los inspectores de obras, ni quienes autorizaron la recepción del edificio ya construido.

Estos casos no son iguales. Un déficit de asimilación de potasio puede ser un asunto que incumbe al médico tratante y no a terceros, de modo que las explicaciones de los fallecimientos son o pueden ser alternativas. En el segundo caso, en cambio, se requiere que concurran varias conductas imprudentes para que

¹ Este trabajo conserva el estilo propio del lenguaje oral en el que fue preparado y expuesto en las X Jornadas de Ciencias Penales, celebradas en noviembre de 2013 en la Universidad Diego Portales.

el resultado se produzca. Es decir, puede ocurrir: (i) que no se conozca la causa precisa, aunque se sabe que fue alguna de las identificadas, cada una de las cuales se reconduce a un agente distinto, o bien, (ii) que para explicar el resultado haya que “sumar” causas. Lo que ambos casos tienen en común es que presentan un problema de causalidad (en el amplio sentido de “imputación de resultados”), y éste es justamente el punto de vista desde el que quisiera abordar la cuestión de la intervención delictiva en el ámbito de la imprudencia.

Desde luego que hay también otros puntos de vista posibles. Por ejemplo, la comunicabilidad de cualificaciones personales que fundan el injusto (ciertos delitos funcionarios que aceptan imprudencia: sin intervención delictiva, no hay comunicabilidad), o bien la comunicabilidad en delitos que exigen tendencias subjetivas o la imputación de un cierto conocimiento del contexto². Las dudas se presentan porque los efectos de la atribución a varias personas de una responsabilidad que se extienda a la totalidad de lo obrado, al “hecho total”, son muchos: se atribuye a unos lo que aparentemente sólo ha sido causado por otros (los ejecutores materiales), se castiga conductas que tienen lugar antes del comienzo de la tentativa (inducción, algunas formas de complicidad), se castiga conductas que en sí mismas ni siquiera alcanzan a ser una tentativa inidónea (como “no hacer nada” en el contexto de un delito activo), se considera típicas conductas que no calzan con la descripción de los tipos legales de la parte especial, etc.

II. LA TEORÍA DEL “GRANO DE ARENA”

Si el punto de vista escogido es el de los problemas de causalidad –imputación de resultados–, primero conviene examinar si existe acuerdo en el punto de partida. Pues todo lo que sigue tiene sentido si y sólo si se mantiene una exigencia fundamental: que la imputación del resultado a una conducta sólo es posible cuando esta conducta es típica y constituye la explicación prevalente o preponderante de ese resultado. En cambio, si uno piensa que para imputar un resultado basta un leve incremento del riesgo (en un juicio *ex post*) de que ese resultado sobrevenga, entonces desaparece una buena parte de los casos problemáticos. Concretamente, en casos como los propuestos al inicio no será difícil encontrar la forma de imputar el resultado a todos los sujetos que entren en consideración. El quebrantamiento de un deber que eleva en algo el riesgo será suficiente para atribuir a cada uno el resultado en su totalidad.

² Especialmente en el derecho penal internacional; sobre ello recientemente MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el Derecho internacional y en el derecho interno chileno conforme a la Ley N° 20.537, en *Polít. crim.* 8, N° 16 (2013), pp. 363 y ss. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A1.pdf]; cfr. también entre otros AMBOS, Kai, *La parte general del Derecho penal internacional* (Montevideo, 2005), pp. 185 y ss., sobre todo respecto de la coautoría.

Pero ¿es de recibo una idea como la que subyace a esta doctrina del incremento del riesgo? ¿Basta con aportar un “grano de arena” a la producción de un resultado para que sea posible imputar ese resultado al aportante?

A mi juicio, la respuesta a ambas preguntas ha de ser negativa y, aunque hay muchas razones que fundan esta opinión, por razones de tiempo sólo mencionaré una que me parece determinante. En el derecho alemán, desde el cual escriben autores como Roxin³ o Joecks⁴, el homicidio y las lesiones imprudentes están tipificadas como “causar la muerte” o “causar lesiones”. No ocurre así en Chile. Los artículos 492 y 490 Código Penal, que son las normas fundamentales al respecto, se refieren al “que ejecutare un hecho [o incurriere en una omisión] que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas”, y se ha entendido que estos delitos contra las personas serían el homicidio y las lesiones. En la dogmática y en la jurisprudencia se lee entonces la norma de conducta como “el que mate a otro imprudentemente”, “el que lesione a otro imprudentemente”, etc. Pues bien, ocurre que matar o lesionar a otro no es lo mismo que causar su muerte o afectar su salud; es causar su muerte o afectar su salud a través de una forma de conducta que cuenta como “matar” o “lesionar”. Las afectaciones de la salud son muy variadas: el frío la afecta, el estrés la afecta, la falta de sueño, el humo del tabaco, el esmog de Santiago, respecto de un niño: la indiferencia de sus padres, etc. En todas estas formas de afectación intervienen o pueden intervenir varias personas. Pero ninguna cuenta como tal si no se cumplen las exigencias típicas que impone el verbo “matar” o, más claramente aun, los verbos “herir, golpear o maltratar de obra”⁵. Los artículos 492 y el 490 del Código Penal se remiten a estas descripciones típicas⁶.

Si la forma de causar no es irrelevante o, dicho de otro modo, si hay que realizar un proceso de subsunción bajo el tipo penal correspondiente y este proceso no se limita a constatar una causalidad, por ejemplo, en el sentido de la equivalencia de las condiciones; si esta subsunción exige al menos dos condiciones: (i) un resultado típico prevalentemente explicado por una conducta, (ii) la cual a su vez se puede subsumir bajo una descripción típica determinada; entonces, la tipicidad no puede identificarse con la causalidad como equivalencia. Esta conclusión no desaparece si se afirma que sólo hay responsabilidad de aquel cuya violación del deber de

³ ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo I (München, 2006), pp. 392 y ss.

⁴ JOECKS, Wolfgang, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (München, 2011), § 25, nn. 273 y ss. (283).

⁵ En análogo sentido, pero respecto del derecho alemán, SCHILD, Wolfgang, Comentario preliminar al § 25 ss., n. 4 en KINDHAÜSER, Urs. NEUMANN, Ulfried, PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *Nomos Kommentar zum StGB* (2013).

⁶ STC Rol N° 2142, considerando 22°: “Los delitos culposos se remiten, en cuanto a la conducta concreta que resulta penalmente punible, a tipos dolosos previstos en el mismo Código Penal”.

cuidado es condición *sine qua non* de la lesión, pues así se volvería exactamente al mismo punto de partida: en hipótesis como las del Caso 1 no se sabe cuál es la causa precisa; y en hipótesis como las del Caso 2 hay que sumar causas, pues cada agente puede sostener que su conducta no es capaz de explicar el resultado, sino que es necesario añadir a la suya otras conductas, ¿y qué podría justificar hacer responsable a aquel agente de lo que hicieron o dejaron de hacer otros? Es sorprendente constatar que algunas sentencias ni siquiera se detienen en este aspecto al momento de imputar resultados en estos casos (recuérdese la sentencia del BGH en el caso del aerosol protector de cuero⁷). Pero esto, que quizá se pueda resultar explicable –aunque en absoluto justificable– en el ámbito doloso (el sujeto exhibe una “mala voluntad” y por lo tanto responde de todo lo que hubiera podido prever) es totalmente incomprensible en el ámbito imprudente, donde ni siquiera se trata de alcanzar el resultado lesivo, sino por lo general todo lo contrario: se quiere el riesgo, pero sin el resultado.

La dificultad queda muy en evidencia en un fallo de la Corte de Apelaciones de Talca que anuló la sentencia y el juicio en un caso que guarda alguna semejanza con el Caso 2⁸. La sentencia de nulidad es una verdadera interpelación: “Los hechos de la causa tienen el carácter de múltiples y complejos, se desarrollaron en distintos lugares y épocas, por diferentes personas y entidades, en cuyo devenir las actuaciones de los acusados constituyen una más de una serie de intervenciones profesionales, por lo que no se ajusta a las circunstancias la afirmación contenida en el fallo de que la relación de causalidad fluye evidente, y tampoco es efectiva la ejecución inmediata y directa que la sentencia les atribuye, pues ninguna de esas conclusiones se aviene con la coherencia que debe existir, respecto del resultado final (desplomes más muertes)”⁹. Es como si la corte preguntara al tribunal de juicio oral: ¿me quiere decir usted que la muerte de las víctimas se explica porque este funcionario municipal no objetó el plano del calculista? Con otras palabras: ¿se puede decir realmente que el funcionario “mató” a las víctimas en el sentido del artículo 492 en relación con el artículo 391 del Código Penal?

No pretendo sostener que la respuesta a esta pregunta deba ser negativa, pero es claro que al tribunal de apelaciones no le basta una argumentación basada en un aporte causal cualquiera, más la infracción de un deber de cuidado, para fundar la responsabilidad por el resultado en esta hipótesis análoga a la del Caso 2. Esta reticencia parece apropiada, pues falta precisamente el fundamento para una im-

⁷ BGHSt 37, 106 y NJW 1990, pp. 2568 y ss.; igualmente en el fallo del Tribunal Oral en lo Penal de Talca en causa RIT 181-2011, referido a un caso similar al Caso 2 (“la causalidad fluye evidente”).

⁸ SCA Talca, 31.VII.2012 (Rol de ingreso 257-2012), recaída en el recurso de nulidad deducido contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Talca citada en la nota anterior.

⁹ SCA Talca, 31.VII.2012, considerando 12°.

putación recíproca de las diversas contribuciones (negativas) de los actores. Como de acuerdo al derecho penal chileno no basta con aportar un “grano de arena” para imputar la consumación, la corte reprocha al tribunal del fondo haber ido demasiado rápido en su argumentación.

III. ALTERNATIVAS DE IMPUTACIÓN RECÍPROCA

¿Cómo se podría, sin embargo, fundar una imputación recíproca en el ámbito de la imprudencia? Probablemente sean tres los caminos más recorridos en la literatura y en la jurisprudencia comparadas: unión en la causalidad, unión en la voluntad, unión “normativa” al estilo de la dogmática de la omisión. A éstos se añade una variante de la última alternativa, la infracción del deber de cuidado por parte de todos los que actúan imprudentemente.

1. Unión en la causalidad

Las formas de *unión en la causalidad* son variadas, pero en los últimos años ha adquirido especial relevancia —especialmente respecto de constelaciones similares al Caso 1— una forma de causalidad normativizada que se denomina “*inus condition*” por su sigla en inglés (“*insufficient, but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition*”). Según Mackie, cuando hablamos de causas en el lenguaje común nos referimos generalmente a este tipo de condiciones. Decimos, por ejemplo, que un cortocircuito es la causa de que la casa se haya incendiado por completo. Si se considera el conjunto de elementos relevantes —cortocircuito, proximidad de material inflamable, ausencia de bomberos—, se advierte sin embargo que todos ellos, y precisamente en su conjunto, no son más que la condición suficiente pero no necesaria del incendio, pues obviamente muchos otros conjuntos de elementos también son aptos para provocar que una casa se incendie por completo. Ahora bien, en el conjunto de elementos identificado como condición suficiente del incendio en el caso concreto, el cortocircuito no es más que una parte insuficiente —aunque *ceteris paribus* el fuego no pudo surgir sin el cortocircuito, éste por sí solo no pudo causar el fuego— y no redundante de una condición no necesaria pero sí suficiente para la producción del efecto. Por lo tanto, el cortocircuito es una “*inus condition*” de la ocurrencia del incendio completo de la casa y, en este sentido, es causa según el uso del lenguaje ordinario¹⁰.

Sin embargo, que el valor fundante de esta noción es relativamente modesto, como muestra el mismo ejemplo del cortocircuito. El ejemplo revela que el presupuesto del modelo siempre es una cierta regularidad basada en la experiencia. ¿Qué ocurre, entonces, si se desconoce la regularidad (baja absorción de potasio

¹⁰ MACKIE, John, *The cement of the universe* (Oxford, 1988), pp. 34 y ss.

vs. déficit de suministro de potasio)? ¿Y qué ocurre si las partes múltiples e insuficientes de una condición no necesaria pero suficiente provienen, todas ellas, de personas autorresponsables? ¿Qué podría justificar que se sume estos fragmentos para imputarlos todos, como un “hecho total”, a todas estas personas¹¹?

2. Unión en la voluntad

Una alternativa es entender que las diversas contribuciones se hallan unidas por la voluntad consciente de crear el peligro que se realizó en el resultado. Esta *unión en la voluntad* goza de una vasta tradición y con ella empalman los argumentos procedentes de la doctrina de la creación mancomunada de un peligro. Así, por ejemplo, para Binding la afirmación de una coautoría en los casos en examen no representaba ninguna dificultad especial¹². En contra de la doctrina de Berner (que Binding caracteriza como “un patético sinsentido”), según la cual la “culpa” no estaría en condiciones de “construir un puente de una voluntad a otra”¹³, mantiene la convicción de que “para los efectos de una unión de voluntades, la naturaleza jurídica y moral de la voluntad individual es completamente indiferente”. En análogo sentido, Renzikowski afirma en la actualidad que “[y]a que la imputación recíproca exige sobre todo un proyecto común de acción, no es necesario que todos los intervinientes dispongan de *la misma* representación del peligro. En particular la coautoría es posible también entre personas que actúan dolosamente y personas que actúan imprudentemente”¹⁴.

La fundamentación subjetiva del injusto que subyace a esta teoría ha forzado, sin embargo, a realizar una separación lo más tajante posible entre el dolo, por una parte, y la decisión común de ejecutar el hecho, por la otra¹⁵. Sin embargo, actualmente la problemática se presenta en una forma distinta de la que adoptaba en los

¹¹ Hay algunas hipótesis en que no es problemático hacerlo: en las decisiones colegiadas, la votación de cada miembro del cuerpo colectivo tiene el sentido de formar una mayoría. Por eso se ha dicho que en tales constelaciones la coautoría se encuentra prácticamente “formalizada”. Pero también en estos casos resulta evidente que el fundamento de la adición de causas no es una especie de unión en el plano causal, sino una pertenencia recíproca de índole normativa.

¹² VON BINDING, Ernst, *Die Normen und ihre Übertretung*, tomo IV (de Leipzig, 1919), pp. 623 y ss.; VON BINDING, Ernst, *Grundriß des deutschen Strafrechts* (Allgemeiner Teil, 1907), pp. 152, 154.

¹³ BERNER, Albert, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa* (Berlin, 1847), p. 173.

¹⁴ RENZIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (Tübingen, 1997), p. 289.

¹⁵ Se podría incluso sostener que la doctrina de la creación mancomunada del peligro consiste precisamente en trabajar del modo más coherente posible esta separación, pues, desde el punto de vista histórico-dogmático, ella era cualquier cosa menos evidente.

tiempos de Binding, quien consideraba que el dolo comprendía la *antijuridicidad* de la conducta y que la imprudencia consistía en desconocer en forma contraria al deber esta antijuridicidad. La forma en que resultaría posible mantener, pese a esta diferencia decisiva, la separación entre el dolo y la decisión de ejecutar el hecho, considera los siguientes pasos¹⁶:

– el objeto primario de la imputación sería el actuar ajeno –que se imputa a cada coautor como si fuera propio– y no la realización del delito o la producción del resultado;

– la imputación recíproca de conductas ajenas sería “posible siempre cuando la *conducta* ajena sea recíprocamente querida como propia, esto es, cuando se quiere actuar mancomunadamente”¹⁷. Por eso, la decisión común sólo necesita referirse a las conductas;

– y por la misma razón, la decisión común no puede equipararse al dolo del hecho.

Sin embargo, el cercenamiento del resultado típico no es compatible con una fundamentación subjetiva del injusto del delito de resultado, y la afirmación de que una voluntad enriquecida con la conciencia de la antijuridicidad no es elemento del dolo no hace desaparecer esa incompatibilidad. Pues, ¿cómo podrían los intervinientes *querer causalmente* lo mismo o “colocar evitablemente” una “parte de la causación” de un tipo delictivo objetivo (para no decir: ejecutar concertadamente un hecho común), antes de que, respectivamente, “lo mismo”, el tipo objetivo o el hecho típico se encuentren suficientemente circunscritos? En tanto la constitución de una relación de intervención delictiva requiera al menos de una unión de voluntades, dicha relación no puede darse por establecida sin referencia al objetivo que se trata de realizar. Pero cuando este objetivo tiene que quedar fuera de consideración, sea porque no es típicamente relevante, sea porque no puede ser concebido como “lo querido”, se acaba en la incapacidad de delimitar en forma suficiente el suceso de interés para el derecho penal. Si, pese a todo, se insiste en ello, se termina convirtiendo a los delitos imprudentes en delitos de peligro. De esta manera, quizás sería posible hablar de *un* hecho (lo cual también es dudoso), pero no de un *delito* en el sentido del artículo 14 del Código Penal, pues las puestas en peligro –más aún si son imprudentes– sólo en casos excepcionales se encuentran amenazadas con una sanción penal. Una pretendida separación entre voluntad y dolo o, utilizando la terminología de la doctrina que se comenta, entre la decisión de ejecutar la acción y el dolo, fracasa pues el concepto de “creación de un peligro” no es apto para dotar de contornos a un hecho antijurídico en sentido penal.

Las tesis de la unión en la voluntad no pueden fundar, por lo tanto, la imputación de un resultado que necesariamente deben “recortar” en los casos en que su produc-

¹⁶ Clara exposición en RANSIEK, Andreas, *Unternehmensstrafrecht* (Heidelberg 1996), p. 70 y s.

¹⁷ RANSIEK, ob. cit., p. 70 y s.

ción no es intencional. Incluso para quienes consciente y mancomunadamente han creado un peligro, la realización de éste en un resultado atribuible específicamente a la conducta de uno de ellos sería siempre, en cierto modo, un “exceso” desde el punto de vista de los demás. Roxin lo ilustra con un ejemplo que, como tantos otros emanados de su pluma, se ha convertido en clásico. Si cien personas participan en una partida de caza en un bosque donde cazar no está permitido debido al riesgo para los transeúntes, ¿habría que imputar a todos ellos la muerte de un transeúnte que resulta abatido por el disparo de uno de los cazadores?

3. Todos son autores solitarios en comisión por omisión

En los casos de causalidad no clarificada y en donde el criterio de la causación previsible del resultado parece insatisfactorio o inaplicable, la jurisprudencia comparada ha aceptado¹⁸, o al menos ha considerado¹⁹, la posibilidad de apreciar una autoría omisiva (en solitario) *de cada agente respecto del hecho total*. Esta concepción ha sido sustentada también en la doctrina²⁰. El argumento principal se puede resumir de la siguiente manera: de la participación en la creación del peligro emana, respecto de cada agente, una posición de garante por injerencia. Esta posición de garante surte efecto retroactivamente y fundamenta su responsabilidad por la omisión, antes de la conducta activa, de las medidas necesarias para impedir que los riesgos que ésta iba a engendrar se realizaran. Esta concepción ya ha sido refutada con acierto en la doctrina²¹, de modo que no es necesario ahondar aquí en su discusión. En este contexto basta con llamar la atención sobre un aspecto: las posiciones de garante pertinentes pueden fundamentar, según los casos, tanto la competencia de un solo agente (y si son varios, una competencia múltiple), como una competencia mancomunada ¿Qué significa, por ejemplo, la afirmación de que el *holding* químico-industrial tiene la responsabilidad de que no lleguen al mercado productos nocivos? Se trata aquí de deberes de aseguramiento, de cuyo cumplimiento son responsables determinadas instancias al interior de la empresa, quienes deben tomar las decisiones acerca de la producción y distribución de los

¹⁸ BayObLG NJW 1990, p. 3032.

¹⁹ OLG Schleswig NSTZ 1982, p. 116 y s.

²⁰ Cfr. WALDER, Bern, Bewußte Beteiligung, ungewollte Folgen, en M. SEEBODE (ed.), *Festschrift für Spendel* (1992), pp. 369 y ss. En esta dirección probablemente también HEINE, Günther, en SCHÖNKE, Adolf, SCHRÖDER, Horst, StGB, Comentario preliminar al § 25 y ss. (2010) pp. 115 y ss.

²¹ Cfr. WEISSER, JZ 1998, p. 235 y s., RENZIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, pp. 139 y ss., 291; OTTO, JK 1991, StGB, § 13/16, todos con ulteriores referencias. En este sentido ya BINDOKAT, JZ 1979, p. 436: quien recién se incorpora el hecho no tendría deber alguno de inocular un aporte realizado con anterioridad y que sigue siendo eficaz respecto de los demás agentes.

productos. Según la estructura de la compañía, esta competencia puede pertenecer a personas, órganos o ambos. Si el deber recae sobre un órgano compuesto por varias personas, cabría concluir que, en principio, se trata de una responsabilidad mancomunada, esto es, si el producto ya se encuentra a disposición del público, una competencia mancomunada por el retiro del producto nocivo²². En el ámbito del tráfico motorizado es, sin embargo, diferente. La responsabilidad mancomunada aquí no se encuentra formalizada, de modo que todo depende de la concurrencia de un contexto vinculante, el cual además no siempre se encuentra ya dado por el hecho de que todos los agentes conducen usando las calles públicas. Como cada conductor es, en principio, garante en solitario, la responsabilidad mancomunada se determina según la concreción correspondiente del principio de confianza y su contrapartida²³. Si en el caso concreto no es posible acreditar un contexto vinculante, cada conductor será responsable en solitario de lo que le corresponda.

Ni la injerencia ni la asunción bastan, por sí solas, para fundamentar una responsabilidad mancomunada, capaz de incorporar el comportamiento contrario a deber de un tercero plenamente responsable. Por lo tanto, el camino de la omisión sólo es transitable con ayuda de otros criterios (en los casos de interacción entre quienes se comportan imprudentemente, por ejemplo, del hecho de la “creación mancomunada del riesgo”). Sin un criterio adicional, la “solución vía omisión” abriría de par en par las puertas a dudosas figuras de imputación, que la dogmática alguna vez ha denominado “*random collections*” o imputación participatoria²⁴. La

²² Esto no implica, sin embargo, que cada miembro del órgano esté obligado a impedir que los demás adopten decisiones equivocadas. La responsabilidad alcanza ciertamente al gremio como colectivo, pero cada miembro del gremio cumple su deber en la medida en que contribuye con su voto a que se adopte la decisión correcta. Algo distinto podría valer si, por ejemplo, quien preside gozara de un derecho a veto. Esto significa que, incluso en los casos de responsabilidad mancomunada, la imputación conoce diferentes grados según la estructura de la división de trabajo de que se trata.

²³ Así, habrá lugar especialmente para una responsabilidad mancomunada en aquellos casos en que no se trata simplemente de los riesgos generales del tráfico, sino de un riesgo que va más allá de ellos y que ha sido creado en forma conjunta, como en el caso de una carrera con resultado de lesiones o muerte de un tercero. En tales casos no sólo entra en consideración el deber de compensación que obliga a los conductores entre sí, sino también el deber típico del actuar conjunto que consiste en tener en cuenta, hasta el límite del riesgo creado en conjunto, conductas culpables del otro o de los otros.

²⁴ Como ocurre, por ejemplo, con la imputación al individuo, sobre la base del dolo o de la intención, del “ataque generalizado o sistemático” propio de los crímenes de lesa humanidad (artículos 1º y 2º de la Ley N° 20.357), con el establecimiento de deberes múltiples de supervigilancia en el ámbito de la criminalidad empresarial, etc. Pero con ello ni siquiera se alcanzan los objetivos perseguidos. Especialmente la extensión de los deberes de supervigilancia en el contexto de la así llamada “imputación supervisorista”, se percibe frecuentemente como un fortalecimiento de la protección de los bienes jurídicos, lo cual no siempre es efectivo, cuando de este modo se insiste en aplicar la imputación individual incluso en contra de una relación de intervención delictiva

renuncia a una organización común borraría el límite entre la actuación en solitario y el actuar conjunto, y conduciría incluso al fenómeno inverso: que las reglas de imputación para los casos de actuación conjunta se terminen aplicando a los casos de autoría en solitario, cuando de este modo se hace posible la subsunción del hecho bajo los tipos penales pertinentes. Con otras palabras, si se sustituye la fundamentación de la mancomunidad por la fundamentación de cada una de las posiciones de garante individuales, entonces se está ante una *petitio principii* (la cuestión consiste precisamente en saber si el deber de garante es uno mancomunado), o bien ante la disolución de la diferencia entre intervención delictiva y autoría en solitario.

Sin embargo, el establecimiento de un deber de garante (también) respecto de las consecuencias de las conductas de terceros roza el núcleo de la problemática, en la medida en que con ello se atiende a la *imputación* de la realización típica a cada uno de los actores. No se trata simplemente de una supuesta causalidad del resultado en el sentido de la equivalencia, sino de la competencia por la realización típica. Así, por ejemplo, sostiene Walder que en ciertos casos de coautoría imprudente todos los actores estarían obligados, “en razón de la peligrosidad de algunas partes de la tarea asumida en común, a adoptar medidas de cuidado, cada uno por sí y también por los demás”²⁵.

4. Autoría de todos los que infringen un deber de cuidado

Una variante muy extendida de la solución a través de la identificación de posiciones de garante individuales respecto del hecho total consiste en suavizar la posición de deber de los actores exigiendo como elemento del tipo objetivo, en lugar de una posición de garante en el sentido de la dogmática de la omisión, sólo

perfectamente construible. Pues la imputación individual exige concretamente, entre otras cosas, que la conducta individual ya sea jurídicamente desaprobada (lo cual a su vez conduce con frecuencia al fracaso de la imputación, o bien a un equivocado relajamiento de los presupuestos de la desaprobación), que se acredite específicamente la causalidad del comportamiento aislado respecto del resultado típico (lo cual puede llevar a un relajamiento de las exigencias de la causalidad), y que el individuo reúna en sí mismo todas las cualificaciones personales exigidas por el tipo penal, de modo que pueda ser sancionado como autor en solitario. Por otro lado, el comienzo de la tentativa debería coherentemente determinarse según la conducta individual, con la consecuencia de que, si el supervisado abandona espontáneamente la ejecución del hecho, no tendría cabida respecto del obligado a supervisar un desistimiento con efecto liberador de responsabilidad, pues el delito de este último ya estaría consumado con la omisión de las medidas de supervigilancia.

²⁵ WALDER, Bern, *Festschrift für Spendel* (Berlín, 1990), p. 368. Agrega además: “Conocidas son las ‘comunidades de peligro’, que fundamentan posiciones de garante de sus miembros, deberes de protección, frente a amenazas externas. Pero también existen ‘comunidades peligrosas’, que desencadenan deberes de supervigilancia para hacer frente a los riesgos que emanan de sus miembros individuales en el marco de la actividad concreta y peligrosa de la comunidad en cuestión” (p. 369).

la lesión de un deber *sui generis*, concretamente, la lesión de un deber de cuidado. Conforme a ello, el resultado se puede imputar a quien infringe el deber incluso en caso de que falte la causalidad individual, si es que la lesión del deber se produjo en forma “mancomunada”²⁶.

Sin embargo, ¿es correcta la premisa fundamental de esta concepción? Pues no es para nada evidente que en el ámbito del delito imprudente se requiera una particular violación de un deber de cuidado como parte integrante del injusto. Al contrario, en la dogmática jurídico-penal actual parece suficientemente fundada la idea de que la prohibición en los delitos imprudentes no está construida en forma diversa que en los delitos dolosos: “compórtate de tal manera que tu organización no se arroge una competencia de organización ajena”. La forma concreta de aparición de la evitabilidad no cumple ninguna función en la construcción de la norma²⁷.

A mi juicio, el concepto de infracción al deber de cuidado sólo puede explicarse a partir del desarrollo dogmático anterior a la teoría de la imputación objetiva, esto es, desde una perspectiva histórica. Se trataba de evitar la ausencia de límites de la determinación del injusto según el dogma causal, lo cual en el ámbito de la imprudencia resultaba más difícil por el hecho de que la teoría de la acción final no estaba en condiciones de ofrecer una solución satisfactoria. Por esta razón se ofrecía una vez más (como en el desarrollo de la prohibición de regreso) la posibilidad de recurrir a una fundamentación normativa. Pero como no parecía viable la construcción de posiciones de garante especiales –los delitos imprudentes debían seguir siendo delitos comunes–, surgió un deber común de nuevo cuño que haría posible excluir del ámbito del injusto determinadas causaciones²⁸. Tal aproximación podía insertarse también –aunque no sin algunas dificultades: la lesión del deber de cuidado, ¿era un elemento del tipo o de la antijuridicidad, o quizá pertenecía en parte incluso a la culpabilidad?– en la estructura del delito predominante en la época: una vez que se había constatado la presencia de una causalidad previsible, se reducía el círculo de los que en principio resultaban responsables mediante la exigencia adicional de una lesión del deber de cuidado.

Sin embargo, si se analiza el contenido del deber de cuidado, lo que aparece a la vista es una colorida variedad de reglas de imputación de toda clase, que van

²⁶ De un modo paradigmático y fundamental sobre esta concepción ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Berlín 1967), p. 534 y s., quien, sin embargo, trata sólo muy brevemente la problemática de la causalidad no aclarada.

²⁷ Cfr. JAKOBS, Günther, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (Berlín, New York 1991), 9/6, ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, (Berlín, New York, 2006), p. 697, SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung*, en G. GRÜNWARD (ed.), *Festschrift für Schaffstein* (1975), pp. 129 y ss.

²⁸ Cfr. ENGISCH, Karl, *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1939 (Barcelona, 1964), p. 277 y s.; le sigue WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht* (Berlín, 1967), p. 128 y s., pp. 131 y ss.; ROXIN, Claus, *Täterschaft*, ob. cit., p. 527.

desde criterios para la determinación del riesgo no permitido (normas del tráfico, máximas de experiencia, etc.) hasta los así llamados tipos de cuidado” (miembros concienzudos y ponderados del correspondiente círculo del tráfico), pasando por los principios de confianza y de autorresponsabilidad²⁹. El deber de cuidado no es otra cosa que una síntesis más o menos afortunada de los criterios de imputación objetiva³⁰. Por eso afirma Roxin con razón que el elemento consistente en la violación del deber de cuidado “nada aporta más allá de los criterios generales de imputación”³¹. Con independencia de la cuestión de si todos los delitos imprudentes pueden concebirse como delitos de infracción de un deber³², según lo expuesto no es posible fundamentar en forma convincente una coautoría de varios intervinientes basándose en el elemento de la violación del deber de cuidado. En primer lugar, pues el concepto mismo del deber de cuidado es cuestionable, o bien se disuelve en los criterios generales de imputación objetiva. En segundo lugar: incluso si se presupone su corrección, sólo estaría en condiciones –según la concepción predominante– de fundamentar una autoría en solitario, concretamente, la autoría de cada uno de los que han lesionado el deber³³. En tercer lugar: si se quiere hablar de un deber mancomunado, entonces primero hay que explicar sobre qué descansa tal mancomunidad; pues incluso en las típicas situaciones de división del trabajo es preciso distinguir ante todo si se trata de una división del trabajo que vincula o, en cambio, de una que separa los ámbitos de responsabilidad³⁴.

También Roxin se percata de esto último³⁵, pero sin extraer de ello la consecuencia de que el origen de la mancomunidad no se halla ni en la fuente ni en el objeto del deber. La “delimitación precisa entre los deberes comunes y los deberes

²⁹ Cfr. por ejemplo KÜHL, Kristian, en LACKNER, Karl, KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch* (München, 2011), nn. 37 a 45.

³⁰ Cfr. BURGSTALLER, Manfred, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht* (Manz, 1974), pp. 45 y ss., pp. 96 y ss., pp. 184 y ss.

³¹ ROXIN, Täterschaft, ob. cit., pp. 1063 y ss. Ya en este sentido JAKOBS, Günther, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt* (Berlín, 1972), pp. 61 y ss.

³² Lo que por lo demás se rechaza hoy en día en forma prácticamente unánime: JAKOBS, *Studien*, ob. cit., p. 67 y s. ROXIN, *Täterschaft*, ob. cit., pp. 1064 y ss., p. 697, con ulteriores referencias.

³³ Entre muchos otros autores véase PUPPE, Ingeborg, Comentario preliminar a los §§ 13 y ss en KINDHAÜSER, Urs. NEUMANN, Ulfrid, PAEFFGEN, Hans-Ulrich, *Nomos Kommentar zum StGB* (2013), nn. 245 y ss.: cada uno de los que se conduce en forma contraria al deber crea por sí solo un peligro desaprobado y funda ya en virtud de ello la imputación del resultado, en caso de que este peligro se realice en un proceso dañoso.

³⁴ Sobre división de trabajo vinculante y no vinculante véase VAN WEEZEL, Alex, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit* (Berlin, 2006), pp. 288 y ss.

³⁵ ROXIN, *Täterschaft*, ob. cit., p. 536 y s. con referencia a STRATEMWERTH, Günter, *Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht*, en P. Bockelmann et al. (eds.), *Festschrift für Eb. Schmidt* (1961), pp. 383 y ss.

autónomos” –escribía Roxin– deberá “seguir esperando una adecuada clarificación científica”³⁶. Pero justamente aquí se encuentra la respuesta a la cuestión de la intervención delictiva. Que cada actor sea competente por el hecho no significa al mismo tiempo que todos lo sean en común. Tampoco es que primero haya que fundamentar la competencia de cada uno y luego la mancomunidad: en los casos de actuación conjunta, la mancomunidad surge desde un comienzo. Y desde la perspectiva inversa: ¿cómo explicar que uno sea garante por lo que otros hacen autorresponsablemente? Este es justo el problema, cómo se llega a ser garante de lo que otros hacen, problema aún más difícil de resolver que fundar la posición de garante del sujeto que debe controlar un objeto peligroso, ya que normalmente no tenemos facultades para inhibir o reprimir la conducta libre de otros.

IV. DEBERES MANCOMUNADOS DE EVITACIÓN DEL TIPO

La alternativa a los caminos anteriores es la construcción de un deber mancomunado de evitación del tipo penal, en términos que conectan con las intuiciones de autores que han realizado aportes decisivos a la solución del problema. Hace un momento mencionaba a Walder, para quien en ciertos casos –y sólo en ciertos casos– de coautoría imprudente, todos los actores están obligados, “a adoptar medidas de cuidado, cada uno por sí y también por los demás”³⁷. La misma idea subyace a la recién mencionada distinción de Roxin entre “los deberes comunes y los deberes autónomos”, cuya precisa delimitación –a su juicio– aún estaba a la espera de clarificación científica”³⁸. Mi propuesta es un intento de avanzar en esta dirección.

El derecho civil patrimonial conoce deberes mancomunados en la responsabilidad contractual (artículo 1511 y siguientes del Código Civil). También los conoce en materias de familia, como el deber de cuidado personal conjunto de los padres ¿Es posible fundar algo similar en derecho penal? A mi juicio, debería serlo. Lo prueba el hecho de que rara vez se objeta su afirmación en los casos en que es posible imputar dolo a todos los actores. Aun para quienes sustentan el concepto tradicional de accesoriadad en la intervención delictiva en los delitos dolosos, el hecho principal se imputa también al cómplice, éste ataca accesoria o mediatamente el mismo bien jurídico que el delito supuestamente protege, o bien

³⁶ ROXIN, *Täterschaft*, ob. cit., p. 538.

³⁷ WALDER, Bern, *Festschrift für Spindel*, ob. cit., p. 368 (cursivas en el original). Agrega además: “Conocidas son las ‘comunidades de peligro’, que fundamentan posiciones de garante de sus miembros, deberes de protección, frente a amenazas externas. Pero también existen ‘comunidades peligrosas’, que desencadenan deberes de supervigilancia para hacer frente a los riesgos que emanan de sus miembros individuales en el marco de la actividad concreta y peligrosa de la comunidad en cuestión” (ibídem, p. 369).

³⁸ ROXIN, *Täterschaft*, ob. cit., p. 538.

participa del quebrantamiento de la norma que realiza el tipo del hecho principal. El problema, entonces, no es la responsabilidad mancomunada en sí misma, sino su fundamento, que hasta ahora sólo parece haber soportado formas tradicionales y extremas de actuación cooperativa.

Una forma de fundar deberes mancomunados es la teoría unilateral de las normas de Kelsen. En derecho, el sujeto queda constituido recién por el deber que le incumbe. Cuando la Constitución dice que al Senado le corresponde la rehabilitación de quienes han perdido la ciudadanía, el sujeto es plural porque la facultad-deber es mancomunada. Lo mismo ocurre con el directorio de la sociedad anónima, que sólo puede tomar decisiones en sala legalmente constituida. Por lo tanto, los deberes que recaen sobre el cuerpo colegiado en cuanto órgano son mancomunados en relación con los directores individualmente considerados. No existe en derecho, diría Kelsen, una persona constituida en forma previa al estatuto de sus derechos y deberes. En este sentido, siempre que uno o más actores tienen deberes coincidentes o complementarios, esos deberes surten el efecto de fundir sus esferas de responsabilidad³⁹. El constructivismo procede de un modo muy similar.

Otra vía de fundamentación discurre por el cauce de la teoría de la acción, al estilo de las “*We-intentions*” –*I intend that we J*–, desarrolladas principalmente por Bratman⁴⁰. Incluso desde esta perspectiva subjetiva –o incluso subjetivista–, actuar conjuntamente supone siempre una red de intenciones que se entrecruzan. Esta red es visible para todo el mundo, pertenece al “conocimiento general o común”, es decir, tiene una dimensión irreductiblemente intersubjetiva. Pero Bratman exige una “voluntad consciente” que es propia del actuar estrictamente colaborativo. Christopher Kutz, en cambio, ha demostrado que para el actuar conjunto basta una “apertura a la mancomunidad”⁴¹. Existen muchos casos en los cuales se habla de actuación conjunta pero en los que no hay un “conocimiento común”. Frente al ejemplo del dueto usado por Bratman, y que está referido a una acción cooperativa, Kutz utiliza el ejemplo de los dos amigos que quieren viajar *juntos* a Chicago y es incierto si ambos pueden conseguir pasajes de avión o sólo de tren. En el ejemplo,

³⁹ KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre* (Viena, 1960), p. 122: “El contenido de un deber jurídico es normalmente la conducta de un solo individuo; pero también podría ser la conducta de dos o más individuos. Tal es el caso cuando el deber puede ser cumplido por uno o bien por otro individuo, es decir alternativamente, a la vez que se infringe cuando ninguno de los individuos lo cumple. También puede consistir en que el deber sólo se puede cumplir mediante la actuación conjunta de todos, es decir, en forma cooperativa, y resulta infringido cuando esa cooperación no tiene lugar”.

⁴⁰ BRATMAN, Michael, Shared Cooperative Activity, en *Philosophical Review* 101, N° 2 (2006), pp. 327-341.

⁴¹ KUTZ, Christopher, Acting Together, en *Philosophy and Phenomenological Research* 61, N° 1 (2000), pp. 1-31 (citado aquí en la versión alemana aparecida en SCHMID, Hans, SCHWEIKARD, David, *Kollektive Intentionalität* (2009), pp. 433-478).

los amigos no pueden comunicarse durante el proceso en el cual cada uno compra su pasaje. Pero ambos saben que quieren viajar juntos y, para cada uno, la opción del avión es mejor que la del tren, de modo que orientan sus decisiones según ello. Incluso si ninguno sabe qué hará el otro, en caso de que finalmente se encuentren en el avión o en el tren estarán viajando juntos a Chicago. Esta realidad que expresa el lenguaje tiene que ser reconocida por el derecho so pena de disfuncionalidad.

V. UN SOLO SUCESO

En el pasado he intentado explicar qué es lo propio del actuar conjunto a partir de lo que Jakobs denomina la “semántica del contacto social”⁴², pero en esta oportunidad quisiera conectar también con planteamientos de la teoría de la acción como los que acabo de esbozar y que me parece conduce a resultados muy próximos. En la teoría analítica de la acción, la definición de lo mancomunado comienza por una superposición en el plano intencional, por ejemplo, la conciencia *de cada sujeto* de estar realizando un aporte o contribución, la presencia de “intenciones participativas” que se superponen.

Sin embargo, para que pueda existir una superposición el plano intencional se requiere una condición en el plano extensional. Esta condición consiste en que se trate del mismo suceso. La mancomunidad depende de la descripción extensional del suceso y, concretamente, de que exista una *intersección en la forma como se realizan efectivamente, en el mundo, las intenciones de cada uno*⁴³. Esta zona de intersección no puede ser un conjunto vacío. Utilizo nuevamente un ejemplo de Kutz: tú y yo viajamos en el auto a la casa de un amigo; tú viajas pensando que vamos a una cena tranquila y conversada, yo lo hago pensando que vamos a una fiesta sorpresa. La intersección está dada por el viaje en auto a la casa de nuestro amigo⁴⁴. Este ejemplo pone de manifiesto que la coincidencia extensional depende de la descripción del suceso: viajar a una cena tranquila con amigos, viajar a una fiesta sorpresa para un amigo, viajar a la casa de un amigo. Pues bien, en derecho penal esta descripción del suceso se realiza en el tipo objetivo y sus remisiones implícitas o explícitas a las normas extrapenales. El tipo subjetivo existe sólo para el tipo objetivo.

En un derecho gobernado por el principio de legalidad, no existe alternativa. Veámoslo en el ejemplo de la coautoría. Según el artículo 15 del Código Penal, la coautoría requiere en principio que dos o más personas tomen parte en la ejecución *del hecho*, hecho que en virtud del artículo 14 del mismo Código ha de ser consti-

⁴² Cfr. JAKOBS, Günther, *System der strafrechtlichen Zurechnung* (Frankfurt, 2012), pp. 80 y ss.

⁴³ Véase VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, ob. cit., pp. 299 y ss.: la intervención delictiva tiene lugar en la intersección de los ámbitos de organización jurídicamente definidos.

⁴⁴ KUTZ, Christopher, en *Kollektive Intentionalität* (2009), p. 462.

tutivo de delito. Por lo tanto, el presupuesto mínimo de la coautoría es la ejecución de un hecho que se presenta como realización de un tipo delictivo establecido en la ley. La determinación del hecho en relación con el cual puede verificarse una responsabilidad mancomunada es, por lo tanto, absolutamente decisiva para el establecimiento de cualquier responsabilidad penal a título de coautoría. La discusión al respecto es conocidamente antigua y se refiere sobre todo a los tipos que exigen intencionalidades especiales⁴⁵, a la relación entre homicidio calificado y homicidio simple⁴⁶, y a la problemática de los tipos que de alguna manera subordinan la autoría a la concurrencia de requisitos especiales de carácter personal⁴⁷. Estas constelaciones traen consigo significativas dificultades para la teoría de la intervención delictiva, y deben analizarse en particular y distinguiendo diferentes situaciones. En efecto, parece como si la decisión acerca de si determinados tipos penales deben ser considerados como autónomos e independientes unos de otros, o por el contrario como variaciones de una figura única, tuviera consecuencias determinantes para la imputación. Para los efectos que aquí interesan, estas cuestiones pueden permanecer abiertas, pues lo único determinante es si el hecho doloso y el hecho imprudente son realizaciones típicas tan diversas entre sí, como para que una realización mancomunada entre autores dolosos y culposos quede descartada desde un comienzo. La respuesta es negativa:

(a) Para los efectos de la imputación jurídico-penal, lo determinante no es la conducta intencional en sí misma, sino el significado de esa conducta desde una perspectiva normativa: el hecho típico constituye la declaración objetiva de un quiebre de la norma, que en razón de su evitabilidad (en cualquiera de sus formas, dolo o culpa) se puede imputar subjetivamente a una persona o a varias.

(b) El significado del hecho no depende de las representaciones individuales que del peligro tengan los diversos agentes. En este sentido, es correcto cuando Renzikowski sostiene —según se vio— que no hace falta que los intervinientes tengan la misma representación del peligro. Pero esto no se debe a que, como están de acuerdo en general con una puesta en peligro, ese requisito se vuelva superfluo, sino a que las representaciones individuales son irrelevantes tanto para la constitución de la declaración objetiva “realización del tipo”, como para el fundamento subjetivo de la intervención delictiva, la evitabilidad pura. Esta última se refiere únicamente a la cognoscibilidad y al deber de conocer. La atribución efectiva de un cierto nivel de conocimiento a cada agente y el análisis de su suficiencia para imputar dolo, corresponden a la fase ulterior de individualización de la imputación,

⁴⁵ Cfr. la conocida sentencia “Moos-raus”, BGHSt 17, 87 (ánimo apropiatorio concurría sólo en uno de los intervinientes en la sustracción).

⁴⁶ Cfr. BGHSt 36, 231 (codicia concurría sólo en uno de los intervinientes en la conducta homicida) con notas de TIMPE, JZ 1990, p. 97 y de BEULKE, NStZ 1990, p. 278 y s.

⁴⁷ Al respecto DENCKER, Friedrich, *Kausalität und Gesamttat* (Berlín, 1996), pp. 255 y ss.

una vez que ya se ha establecido —sobre la base de la pura evitabilidad— si concurre o no una relación de intervención delictiva.

(c) Parte integrante de la interpretación de un hecho, y con ello base para la determinación del valor indiciario que corresponde al horizonte de conocimientos de los actores, es la constatación de si se está en frente de una actuación en solitario o de una actuación mancomunada. Aquello que, en relación con un determinado hecho, se considera como dolo o como imprudencia, esto es, en qué medida la evitabilidad individual expresa una falta de fidelidad al derecho, no es independiente de si se trata de un caso de actuación en solitario o de actuación conjunta. Por consiguiente, la clase de evitabilidad individual no puede decidir si se está o no frente a “un” hecho. La unidad o pertenencia recíproca de diferentes formas de comportamiento no está entregada a los sujetos individuales. Ella corresponde a una valoración social, concretamente al juicio acerca de si se verifica una división de trabajo que vincula o que separa esferas de responsabilidad. Por eso, la pregunta sobre si es posible una coautoría entre autores dolosos y culposos está mal planteada: la cuestión de si concurre en el interviniente singular dolo o imprudencia no puede situarse antes de la que se refiere a si existe o no actuación conjunta. El contenido y la relevancia de los conocimientos que es necesario atribuir para imputar dolo o culpa sólo puede determinarse una vez que se ha resuelto la cuestión de la intervención delictiva.

La idea de que habría realizaciones típicas dolosas, por un lado, y realizaciones típicas imprudentes, por el otro, proviene posiblemente en la época moderna de una teoría imperativista de las normas asumida por el finalismo, según la cual en principio la norma de comportamiento sólo se refiere o aplica a conductas a través de las cuales el sujeto busca la realización del resultado. Esto lleva consecuentemente a una separación tajante de lo intencional y lo no intencional a nivel de imputación (imputación ordinaria y extraordinaria) y, con ello, a la consideración de la imprudencia como un mero sucedáneo del dolo en el contexto de una imputación extraordinaria. Como, por otra parte, la teoría de la intervención delictiva hoy predominante se encuentra edificada sobre esta misma teoría de las normas, necesariamente tiene que fracasar en el tratamiento de complejos de hecho con formas mixtas de evitabilidad⁴⁸. Esto ocurre sobre todo por dos razones.

En primer lugar, si la relación de intervención delictiva se halla subordinada al autor y al sentido que él pueda “insuflar” al hecho, de modo que un “saber superior” o incluso un “momento de culpabilidad” supraordenado tienen que conducir a la autoría del que los ostenta, entonces un sujeto que coactúa “sólo” en

⁴⁸ Por eso señala Roxin acertadamente en las consecuencias, que la teoría del dominio del hecho no puede encontrar aplicación en el ámbito de la imprudencia (sobre el desarrollo histórico al respecto, muy instructivo ROXIN, *Täterschaft*, ob. cit., pp. 551 y ss. y p. 695: el principio del dominio del hecho “no puede tener vigencia respecto de los delitos imprudentes, en los cuales la autoría de cada sujeto descansa exclusivamente [!] en la imputación objetiva”).

forma imprudente nunca podrá ser coautor. Conforme a una doctrina que funda subjetivamente el injusto, una imputación subjetiva asimétrica tiene que impedir cualquier coautoría en el plano de la intervención delictiva.

Por otro lado, y en segundo lugar, la aceptación de una coautoría también resulta imposible porque, según la teoría del dominio, el hecho en que consiste el quiebre de la norma es constituido por el propio autor⁴⁹. Y si el quiebre de la norma se define al mismo tiempo en términos subjetivos, entonces resulta evidente que, en relación con una determinada realización típica, sólo puede venir a cuento una clase de evitabilidad. Así, la diferencia entre los respectivos contenidos de voluntad tiene que conducir forzosamente a la imposibilidad atribuir a los agentes el mismo tipo de intervención delictiva.

Quien coactúa imprudentemente podrá entonces, en el mejor de los casos, ser autor de un delito propio y distinto, que resulta de una imputación extraordinaria: un delito culposo, del que responde como autor en solitario. Desde una doctrina que considera las formas de intervención delictiva como tipos de imputación, se basa en una distinción cualitativa entre autoría o participación y trabaja con una teoría imperativista de las normas de conducta, las únicas posibilidades de aceptación de una responsabilidad imprudente mancomunada pasan por un vaciamiento de los tipos delictivos imprudentes mediante su reinterpretación como delitos de peligro, o bien por una significativa normativización de los fundamentos de la imputación, es decir, por un abandono de las premisas fundamentales.

VI. QUÉ ES LO PROPIO DEL ACTUAR CONJUNTO

Hemos dicho que la mancomunidad se plasma en una intersección en la forma como se realizan efectivamente, en el mundo, las intenciones de cada uno de los actores. El actuar conjunto implica una superposición en el plano intensional que a su vez supone la condición extensional de que se trate de un mismo suceso. La mancomunidad depende así de la descripción extensional del suceso, y esta descripción viene dada, en derecho penal, por el tipo objetivo y sus remisiones implícitas o explícitas a las normas extrapenales ¿Es un mismo suceso escribir un libro, editarlo y luego venderlo? Las normas que regulan la materia, al menos en Chile, nos dicen que no. Estas normas reúnen las dos primeras empresas y apartan la tercera. ¿Es un mismo suceso operar que anestesiarse? Las reglas pertinentes y vinculantes en materia penal indican que no lo es. ¿Pertenece a un mismo suceso el tráfico de todos los automóviles que coinciden en una rotonda? Según las normas del tránsito, en principio no, con el límite que traza el artículo 114 de la Ley de Tránsito.

⁴⁹ Sobre ello aún fundamental BLOY, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht* (Berlín 1985), pp. 183, 191 y ss., p. 211 y s., pp. 250 y ss., pp. 316 y ss. y *passim*.

Ahora bien, supongamos que tenemos una intersección de deberes que da lugar a un suceso común, al menos en parte, para varios sujetos. ¿Qué es lo que caracteriza la dinámica del actuar conjunto? También desde la teoría de la acción se confirma lo que ya antes se había dicho desde la vereda hermenéutica. Concretamente se observa lo siguiente:

(i) complejidad de la coordinación⁵⁰ (en términos jurídicos: es posible identificar riesgos que emanan específicamente de la división de trabajo)⁵¹;

(ii) ciertas “obligaciones” entre los intervinientes, derivadas de las expectativas recíprocas que surgen⁵² (en términos jurídicos: la intervención delictiva no es solidaridad entre los intervinientes, sino responsabilidad común y, por lo mismo, impone la necesidad de delimitar “lo mancomunado” –probablemente según ámbitos de regulación, es decir, de acuerdo a las expectativas institucionalizadas normativamente)⁵³.

Volvamos ahora a la cuestión de la causalidad, especialmente a los problemas de suma de causas como los que plantea el Caso 2. El problema sólo se resuelve con respeto al principio de autorresponsabilidad y sin tener que recurrir a la teoría del “grano de arena” estableciendo previamente si se está –o no– ante un solo riesgo (ante un solo suceso, en el sentido antes esbozado)⁵⁴. Wolfgang Schild lo expresa inmejorablemente diciendo que, antes de imputar un el resultado, hay que imputar la conducta que lo produce⁵⁵. Esta conducta puede ser una conducta conjunta o mancomunada si la definición extensional –normativa, según el tipo– permite hablar de un solo suceso. Y ello ocurre cuando existe un conjunto de deberes que se intersectan en la realidad, es decir, cuando el ordenamiento exige que se cumplan en el caso concreto.

La índole general de estos deberes –su índole particular depende de los ámbitos de regulación de que se trate: tránsito, operaciones quirúrgicas, construcción,

⁵⁰ KUTZ, ob. cit., pp. 446 y ss.

⁵¹ VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, ob. cit., pp. 218 y ss.

⁵² KUTZ, p. 449 y s.

⁵³ Cfr. VAN WEEZEL, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, ob. cit., pp. 219 y ss.

⁵⁴ FERNÁNDEZ, José Ángel, El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones, en *Revista de Derecho [Valdivia] vol. XIII* (2002), pp. 101-121. Propone distinguir diversos grados de infracción del deber de cuidado al interior de estructuras organizadas, lo que eventualmente permite excluir por completo de la imputación, por ejemplo, a los que no actuaron temerariamente y tampoco infringieron reglamentos. El problema fundamental, sin embargo, sigue siendo el fundamento de la imputación misma, incluso con independencia de la magnitud de las penas: ¿bajo qué presupuestos tiene sentido imputar el delito imprudente (y por lo tanto su resultado) al que infringió un deber de cuidado, pero en circunstancias tales que el delito y el “daño” se producen sólo debido a que un tercero autorresponsable actuó también en forma imprudente?

⁵⁵ SCHILD, Comentario preliminar al § 25 ss., ob. cit., nota 3.

lavado de activos, etc.— depende de las dos características ya mencionadas del actuar conjunto. En primer término, existen riesgos inherentes a la división del trabajo —riesgos que emanan específicamente de la división del trabajo, como la necesidad de gestionar la información, la coordinación del trabajo de personas diversas, etc.—, y los deberes de evitar su realización son diversos en la división de trabajo jerarquizada y no jerarquizada. Asimismo, y en segundo término, existen expectativas recíprocas y justificadas entre los actúan conjuntamente en relación con el cuidado que pondrán los otros en el desempeño de su parte. Esto incide en la necesidad de delimitar el ámbito “lo mancomunado”, probablemente, como se ha dicho, según ámbitos de regulación sectorial. En el extremo de esta dimensión se encuentran los problemas de la delegación y sus efectos.

El resultado de esta identificación de los deberes de quienes interactúan da lugar a una imagen depurada del suceso común, del ámbito preciso de la intersección desde la perspectiva de un determinado tipo penal. Esta recíproca pertenencia de los deberes es lo que, siguiendo en parte a Jakobs, he propuesto llamar *accesoriedad*: una conducta significa, desde el particular ángulo del tipo penal, la preparación o continuación de otra. Todas las conductas de los intervinientes son recíprocamente accesorias en este sentido, por eso son intervinientes. En este mismo sentido podría hablarse de un concepto unitario de “interviniente”, no de autor. En virtud de esta recíproca accesoriedad en el significado, el hecho les pertenece a todos, y se cumple que existe una intersección en la forma como se realizan efectivamente, en el mundo, las intenciones de cada uno.

Desde luego, esto no resuelve automáticamente los casos propuestos al inicio, pero lleva a plantear preguntas bastante diferentes de las usuales:

- hay que comenzar por definir el tipo penal pertinente, que es el único objeto de imputación a todos los intervinientes y, por lo tanto, la única perspectiva adecuada de análisis;

- luego hay que identificar cómo se concretan los deberes de evitación de cada autor (desde no hacer nada hasta hacer mucho);

- enseguida hay que delimitar la intersección de estos deberes y sus concreciones para acotar el suceso;

- a continuación se debe confrontar pormenorizadamente el suceso real con el tipo penal y ver si es posible la subsunción;

- si es posible, el hecho total se imputa objetivamente a todos los intervinientes, con diferencias cuantitativas (que justifican en algunos casos la imposición de la pena del cómplice);

- sólo al final se realiza, interviniente por interviniente (en esto no reciben un tratamiento accesorio), la imputación de dolo o de culpa.

En los ejemplos propuestos al comienzo, por lo tanto, es en principio posible la imputación de los resultados a los productores y al calculista, pero ella exige la imputación conjunta o mancomunada del hecho total también a otras personas.

Que éstas hayan actuado con dolo o sólo con culpa respecto de los resultados es indiferente para la imputación a cada uno del hecho total, como lo es la magnitud concreta de cada aporte. La primera circunstancia incide en el título de la imputación subjetiva respecto de cada uno —homicidio o lesiones dolosas o imprudentes—; la segunda circunstancia determina una diferencia cuantitativa entre los aportes, que permite imponer a los que contribuyeron menos a la pena de los cómplices.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai, *La parte general del Derecho penal internacional* (Montevideo, 2005).
- BERNER, Albert, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa* (Berlín, 1847).
- BINDING, Ernst von, *Grundriß des deutschen Strafrechts* (Allgemeiner Teil, 1907).
- , *Die Normen und ihre Übertretung*, Título IV (Leipzig, 1919).
- BLOY, René, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht* (Berlín, 1985).
- BRATMAN, Michael, Shared Cooperative Activity, en *Philosophical Review* 101, N° 2 (2006).
- BURGSTALLER, Manfred, *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht* (Manz, 1974).
- DENCKER, Friedrich, *Kausalität und Gesamttat* (Berlín, 1996).
- ENGISCH, Karl, *Untersuchung über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1939 (Barcelona, 1964).
- FERNÁNDEZ, José Ángel, El delito imprudente: la determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones, en *Revista de Derecho vol. XIII* [Valdivia], (2002).
- JAKOBS, Günther, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt* (Berlín, 1972).
- , *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (Berlín/ New York, 1991).
- , *System der strafrechtlichen Zurechnung* (Frankfurt, 2012).
- JOECKS, Wolfgang, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (München, 2011).
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre* (Viena, 1960).
- KUTZ, Christopher, en *Kollektive Intentionalität* (2009).
- , Acting Together, en *Philosophy and Phenomenological Research* 61, N° 1 (2000).
- MACKIE, John, *The cement of the universe* (Oxford, 1988).
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, Las formas de responsabilidad criminal por el hecho colectivo en el Derecho internacional y en el derecho interno chileno conforme a la Ley N° 20.537, en *Política criminal* 8, N° 16 (2013).
- RANSIEK, Andreas, *Unternehmensstrafrecht* (Heidelberg, 1996).

- RENNIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, (Tübingen, 1997).
- , *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Berlin, 1967).
- , *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Título I (München, 2006).
- SCHILD, Wolfgang, Comentario preliminar al § 25 ss., N° 4 en KINDHAÜSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *Nomos Kommentar zum StGB*, (2013).
- PUPPE, Ingeborg, Comentario preliminar a los §§ 13 y ss. en KINDHAÜSER, Urs, NEUMANN, Ulfrid y PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *Nomos Kommentar zum StGB* (2013).
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard, Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung, en G. GRÜNWARD (ed.), *Festschrift für Schaffstein*, (1975).
- STRATEMWERTH, Günter, Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht, en BOCKELMANN, Paul, *et al.* (eds.), *Festschrift für Eberhard Schmidt* (1961).
- WALDER, Bern, *Festschrift für Spindel* (Berlin, 1990).
- , Bewußte Beteiligung, ungewollte Folgen, en M. SEEBODE (ed.), *Festschrift für Spindel* (1992).
- VAN WEEZEL, Alex, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit* (Berlin, 2006).
- WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht* (Berlin, 1967).