

## VIII JORNADAS CHILENAS DE CIENCIAS PENALES

### PONENCIA PRINCIPAL PANEL II

#### SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA NOCIÓN DE AUTOR Y PARTÍCIPE EN EL DERECHO CHILENO\* EN MEMORIA DEL PROFESOR MARIO GARRIDO MONTT

DR. JAIME COUSO\*\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Viejas y nuevas expresiones de la concepción unitaria de autor en el derecho chileno. 1. Cuestión previa: de lo relativo y lo absoluto en la atribución del mote concepto unitario de autor. 2. Viejas expresiones del concepto unitario de autor en el derecho chileno. 3. ¿Nuevas expresiones del concepto unitario de autor en el derecho chileno? A) Autoría en los delitos de infracción de deber. B) ¿Autoría de todo omitente, en los delitos de comisión por omisión? C) Incorporación de la figura de la responsabilidad del superior jerárquico, en el Estatuto de Roma y en la Ley que tipifica en Chile el genocidio y los crímenes de lesa humanidad. IV. Nuevos intentos por definir un concepto restrictivo de autor. V. Concepto material y concepto legal de autor y partícipe. Algunas tesis preliminares. Criterios materiales y referencias legales en la definición de los conceptos de autor y partícipe. VI. A modo de conclusión, de vuelta al parricidio y el homicidio calificado.*

*PALABRAS CLAVE: Participación, autoría, delitos especiales, parricidio.*

#### I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de su vida profesional e intelectual, Mario Garrido se abocó, como pocos en Chile, a la tarea de tender puentes entre el sentido común judicial y la doctrina jurídico penal. Ello se nota en su incansable esfuerzo por dotar de fundamentos dogmáticos consistentes a su labor judicial, pero, sobre todo, me parece, en la sensibilidad judicial que se aprecia en sus distanciamientos respecto de la doctrina mayoritaria, que, sin complejos de ningún tipo, parece apoyar más en la impresión de que ésta conduciría a resultados contra intuitivos, e indeseables

---

\* El autor agradece a la Ayudante del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal, María Fernanda Aguilera, por la revisión editorial de un primer borrador de este trabajo.

\*\* Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad Diego Portales.

en la práctica, que a la pretensión de haber encontrado, en la soledad del análisis académico, un fundamento teórico más consistente que el resto.

En materia de autoría y participación, ello se refleja en la decisión de abrazar, al mismo tiempo, dos soluciones en materia de accesoriadad y comunicabilidad en los delitos especiales propios, que, si no me equivoco, no se encuentran en otro autor a nivel nacional: por una parte, la comunicabilidad de las circunstancias personales del autor *intraneus*, al partícipe *extraneus*, manteniéndose la unidad del título de imputación, si bien con una fundamentación basada más bien en la idea de responsabilidad por el “propio injusto, que es personal” de cada interviniente, y que permite imputarle todo lo hecho por el autor, si ha sido abarcado por el dolo del partícipe, incluso las circunstancias personales presentes sólo en aquél, pero conocidas por éste<sup>1</sup>; y, por otra parte, la imputación del delito especial al partícipe *intraneus*, aun en casos en que el autor es *extraneus*, de modo que no ha realizado el tipo de autor de dicho delito especial, aparentemente rompiendo con el principio de accesoriadad y de unidad del título de imputación, a partir de la noción de que cada interviniente debe responder por su propio injusto<sup>2</sup>, primando, por sobre el principio de accesoriadad, “la naturaleza de la acción individual de cada uno” teniendo en cuenta “su personal dolo”<sup>3</sup>. En la Parte Especial, este planteamiento se refleja en la imputación de una inducción o complicidad en el parricidio, incluso a quien no tiene el parentesco o relación requerida con la víctima, cuando el autor sí lo tiene, con tal que aquél tenga conocimiento de la relación parental que vincula a éste con la víctima; pero, al mismo tiempo, en la imputación de inducción o complicidad en el parricidio, a quien sí tiene el parentesco, a pesar de que el autor no lo tenga (es decir, a pesar de que sea un *extraneus*), y responda únicamente por homicidio<sup>4</sup>.

La primera opción, aunque minoritaria, es conocida en la doctrina nacional: la sostuvo también Novoa<sup>5</sup>, basado en el tópico de la unidad del título de imputación: si el delito es parricidio para el autor, lo es para todos, y todos responderán por él, en la medida que también tengan dolo –conocimiento, para estos efectos– sobre la calidad especial del autor. La segunda opción es más bien desconocida en nuestro medio: el partícipe *intraneus* responde como partícipe del delito especial, aun cuando el autor responda por el delito común, pues no ha realizado el tipo

<sup>1</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal parte general, 4ª edición, T. II, (Santiago, 2007), pp. 430 y ss.

<sup>2</sup> GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. II, p. 432.

<sup>3</sup> GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal parte general, 4ª edición, T. III, (Santiago, 2010), p. 85.

<sup>4</sup> GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. III, cit., p. 85.

<sup>5</sup> NOVOA M., Eduardo, Curso de derecho penal chileno. Parte general, 3ª edición, T. II, (Santiago, 2005), pp. 211 y ss.

de autor. Sin embargo, este segundo planteamiento, que Garrido parece hacer extensible a todos los tipos calificados y privilegiados, es doctrina mayoritaria en Alemania: en el asesinato, las calificantes que llamaríamos “personales”, o fundamentalmente “referidas al agente” (*täterbezogen*), determinan el título del partícipe en quien concurren (convirtiéndolo, por ej., en inductor de asesinato por codicia –*Habgier*–), pese a que no alteran el título imputado al autor en quien no concurren (autor de homicidio)<sup>6</sup>.

¿Son compatibles ambas opciones de Garrido? Conceptualmente parece que no; por lo menos, en el planteamiento mayoritario en la doctrina alemana, si una circunstancia calificante es *täterbezogen* (en sentido amplio, es decir, *referida al agente*, y no necesariamente al autor) sólo afecta al interviniente en quien concurre, sea que éste ocupe el lugar del autor o el lugar del partícipe, y no se comunica a los demás por el hecho de que el *intra-neus* (si cabe llamarlo así, en el asesinato) sea autor, por disposición del § 28.2, con una regla muy similar a la que nuestro art. 64 contempla para las circunstancias personales. Por otra parte, si bien es cierto que la jurisprudencia alemana, en lo que atañe al asesinato, apartándose de la doctrina mayoritaria, de forma muy similar a Garrido, entiende que no tiene aplicación el § 28.2, pues el asesinato sería un tipo autónomo, de modo que las *calificantes* del mismo (aun las referidas al agente, que son las que interesan aquí), no son –en términos del § 28.1– circunstancias que *agravan* la punibilidad, sino elementos del tipo de asesinato, que afectan la responsabilidad de todos quienes tuvieron conocimiento de ellas (tal y como Garrido lo sostiene respecto del parricidio, en la primera parte de su planteamiento, que he resumido), lo cierto es que, de esa misma tesitura la jurisprudencia alemana extrae la conclusión (de la que se aparta en cambio el planteamiento de Garrido, en relación con el parricidio<sup>7</sup>) de que el título unitario constituido por el asesinato sólo se ve realizado, y afecta la responsabilidad de cualquier interviniente en él, cuando es precisamente el autor el que satisface las respectivas exigencias típicas personales (que ahora sí serían *täterbezogen*, en sentido estricto, es decir, referidas al autor, y no simplemente al agente); es decir, que sólo hay asesinato cuando el agente actuó por codicia, y no, en cambio, cuando sólo el inductor lo hizo, pues justamente el punto es que la codicia no viene a agravar la responsabilidad de aquellos en quienes concurre, sino a convertir el homicidio cometido por un

---

<sup>6</sup> Por todos, RENGIER, R., *Strafrecht. Besonderer Teil. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit*, 7ª edición, (Múnich, 2006), § 5, nm 3 y ss.; ARZT, G./WEBER, U., *Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch*, (Bielefeld, 2000), § 2, nm 31 y ss., y cuadro previo a nm 42.

<sup>7</sup> Es cierto que esta conclusión no la expresa Garrido al tratar del homicidio calificado, pero en uno y otro tipo (parricidio y homicidio calificado) parte de los mismos presupuestos: se trata de tipos autónomos, y no simplemente calificados, y no se les aplica el art. 64, de modo que, respecto de cada interviniente deben producir efecto las circunstancias que él abarcó con su dolo. V. GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. III, cit., pp. 68 y ss., 82 y ss.

sujeto –en calidad de autor– por codicia, en un delito distinto: asesinato. En jerga alemana, y si bien no se refiere en esta segunda parte de su planteamiento expresamente al homicidio calificado, sino al parricidio, Garrido, en la primera parte trata el parentesco como elemento de un tipo autónomo (como la jurisprudencia alemana trata a la codicia), y en la segunda, como agravante especial (“calificante”, diríamos nosotros) de la responsabilidad del partícipe pariente (como la doctrina alemana trata a la codicia).

Por supuesto que esta incompatibilidad de los planteamientos de Garrido con estas dos grandes formas de resolver el problema en Alemania no es, en sí mismo (no puede serlo), un reproche. De hecho, para ser justos, la doctrina mayoritaria en Chile, aquélla de la que en estas materias se aparta Garrido, tampoco resuelve estos problemas de forma compatible con ninguna de las dos alternativas sistemáticas defendidas en Alemania, que acabo de exponer. Sintéticamente, si bien la doctrina mayoritaria en Chile es consistente con el planteamiento de la doctrina mayoritaria alemana cuando, en aplicación de la tesis de la comunicabilidad relativa, no comunica a los partícipes *extranei* el parentesco del autor de parricidio, sobre la base de entender que la unidad del título de imputación se salva con la imputación, a todos los intervinientes, del mismo delito base (delito-tipo, en la “terminología” de Beling<sup>8</sup>), esa misma doctrina mayoritaria chilena no abraza la consecuencia que de ese argumento se seguiría (si la doctrina mayoritaria alemana tiene razón) para la responsabilidad del partícipe *intraneus* en el hecho del autor *extraneus*: imputarle participación en el tipo calificado (especial, en su caso), aun cuando el autor responda sólo por el tipo básico, admitiendo no sólo la posibilidad de una inducción al parricidio ahí donde el autor es sólo homicida, sino también una inducción a un homicidio calificado (por ej., si es al inductor a quien se le ha dirigido una promesa remuneratoria) ahí donde el autor sólo comete un homicidio simple (suponiendo que éste no ha sido destinatario de tal promesa, y que el contexto descarta otra calificante, en especial, una premeditación); por el contrario, la opinión mayoritaria chilena, como consecuencia de negar la realización del tipo de autor del delito especial cuando el ejecutor es *extraneus*, mantiene indivisible el título a imputar, tanto para éste como para el partícipe (incluso el inductor) *intraneus*. Esta segunda combinación criolla de soluciones al problema de la accesoriadad y comunicabilidad se defiende ya, paradigmáticamente, por Politoff/Grisolía/Bustos<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Recogida, para estos efectos ya por FONTECILLA, en 1956, citado por HERNÁNDEZ, Héctor, artículos 14 y 15, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (Dirs.), Código Penal Comentado. Parte General, (Santiago, 2011), p. 375.

<sup>9</sup> POLITOFF, Sergio; GRISOLÍA, Francisco, y BUSTOS, Juan, Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, 2ª edición, (Santiago, 1993), pp. 107-109 y 110-112, respectivamente.

Volviendo al planteamiento de Garrido, y anticipando la intuición que guía esta ponencia, la explicación de su inusitado doble planteamiento puede encontrarse en alguna medida en su especial atención a la sensibilidad judicial (no por casualidad cita en abono de la tesis que hace responder por el delito especial al *intraneus* partícipe en un hecho principal común ejecutado por el *extraneus*, como única referencia, una decisión de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 1990<sup>10</sup>); sensibilidad a la que preocuparía, especialmente, una valoración material, sin las restricciones meramente sistemáticas, del papel desempeñado por el partícipe en un delito especial. Las soluciones, que pueden parecer contradictorias desde los puntos de vista sistemáticos más comunes, encuentran un hilo conductor en la idea de que, en ambos casos, el partícipe debe responder por todo aquello en lo que se comprometió objetiva y subjetivamente. Con ello, Garrido aplica su definición de autor, como “todo aquel que tiene la finalidad típica y realiza una actividad para concretarla”<sup>11</sup>), expresando con ello una peculiar versión de la *concepción unitaria de autor*<sup>12</sup>, basada en lo que Garrido denomina un “concepto normativo de acción”. Conforme a él, para ser calificado de autor, lo decisivo es que se tenga la finalidad típica (el cómplice no la tendría: “no participa de la

---

<sup>10</sup> GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. III, cit., p. 85.

<sup>11</sup> GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. II, cit., p. 393.

<sup>12</sup> En sus comentarios a la versión de este trabajo que presenté en las VIII Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales, el Profesor Alex van Weezel señaló que le parecía más apropiado, en este contexto, hablar de una *concepción extensiva* de autor (en vez de una concepción unitaria). Si se atiende al uso que se ha dado a esas dos expresiones en la discusión dogmática alemana, parece tener razón. El *concepto unitario de autor*, se asocia al sistema del hecho punible elaborado por el causalismo naturalista, que considera autor a todo el que causa el resultado típico (entendiéndose, bajo la tesis de la *equivalencia de las condiciones*, que todo el que pone una condición del resultado, lo causa, y es, por tanto, materialmente autor, por más que la ley, formalmente haga distinciones al interior del universo de los autores), y que culmina en la afirmación de que “todos” (los intervinientes en el hecho) materialmente son autores; por su parte, la expresión *concepto extensivo de autor*, acuñada por ZIMMERL en 1929, y citada por ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª edición, (Berlín, 2006), p. 10, n. 18, es empleada por éste para caracterizar en tono crítico ciertas concepciones normativas de autor (como la de Eberhard Schmidt), que, aun cuando rechazan la *concepción unitaria de autor* (así como el método descriptivo con que el causalismo naturalista decide quién es autor), y buscan puntos de vista valorativos para definir a quién debe considerarse autor, en la práctica, apenas se diferencian de esa concepción y, de hecho, pueden llegar a ser tan *extensas* como la *concepción unitaria de autor* (como, según Roxin, ocurre con la concepción de Schmidt, conforme a la cual es autor todo el que provoca una lesión del bien jurídico). Sin embargo, me parece más sugerente seguir empleando la expresión *concepción unitaria de autor*, fuera del ámbito del causalismo naturalista, para destacar que ciertas concepciones extensivas de autor comparten el defecto metodológico de esa orientación dogmática: definir sustancialmente del mismo modo el fundamento material de todas las formas de intervención punible. Sobre ello se hará una referencia más detallada *infra*, al tratar “de lo relativo y lo absoluto en la atribución del mote *concepto unitario de autor*”.

finalidad del autor”), y que ella sea exteriorizada en cualquier actividad dirigida a alcanzarla, no necesariamente en la realización material del hecho (de ahí que sostenga que corresponde “separar conceptualmente la noción normativa de autor y la de realizador material del hecho”<sup>13</sup>).

Esta noción, argumentaré, representa una de varias expresiones de una concepción unitaria de autoría, presentes en el Derecho chileno, y que actualmente, sin embargo, se encuentra sometida a diversos cuestionamientos, a partir de intentos de determinar normativamente un concepto restrictivo de autor, con capacidad diferenciadora de las diversas formas de intervención punible.

## II. VIEJAS Y NUEVAS EXPRESIONES DE LA CONCEPCIÓN UNITARIA DE AUTOR EN EL DERECHO CHILENO

### *1. Cuestión previa: de lo relativo y lo absoluto en la atribución del mote concepto unitario de autor*

En una primera aproximación puede decirse que un concepto unitario de autor es el que considera materialmente autores a todos los intervinientes. Ahora bien, como las legislaciones penales suelen (como en el caso chileno) reconocer diferencias entre autores y partícipes, la cuestión se replantea en los siguientes términos: es un concepto unitario de autor el que subyace a cualquier reconstrucción dogmática de los preceptos sobre autoría y participación, en que el fundamento material de unas y otras formas de intervención sea sustancialmente el mismo, de modo que las diferenciaciones hechas por la ley aparecen como meras decisiones contingentes de política legislativa<sup>14</sup>. Así ocurriría con el concepto de autor del causalismo naturalista, pero también con el “concepto unitario de base normativa”<sup>15</sup>, para el cual es la infracción de la norma de conducta dirigida específicamente a cada interviniente lo que fundamenta materialmente su responsabilidad por la intervención punible, de modo que la distinción entre autores y partícipes atiende a un criterio más bien formal: qué norma infringió cada uno (sin que materialmente haya nada de “primario” en la infracción de la norma de determinación subyacente al respectivo tipo de

<sup>13</sup> GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. II, cit., pp. 392-394.

<sup>14</sup> Más menos así entiende Cury al concepto unitario de autor, identificándolo con el que deriva del criterio causal naturalista, que, como se vio, ofrece el mismo fundamento (la producción causal del resultado) para el castigo de toda forma de intervención, de modo que la diferenciación entre formas de intervención aparece como “un capricho legislativo”. V. CURY URZÚA, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 8ª edición, (Santiago, 2005), p. 586.

<sup>15</sup> VAN WEEZEL, Alex, *Intervención delictiva y garantismo penal*. A la memoria de Juan Bustos Ramírez, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – [www.zis-online.com](http://www.zis-online.com), 8/2009 (disponible en [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009\\_8\\_350.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_8_350.pdf) [visitada el 16 de abril de 2012]), p. 435.

la Parte Especial, en comparación con la infracción de la norma de determinación subyacente a los tipos complementarios de participación de la PG).

Sin embargo, bien mirados, los conceptos de autor motejados de “unitarios”, suelen aludir a una diferencia material entre la autoría y la participación, afirmando que habría mera participación, y no autoría, por ejemplo –en el marco del concepto naturalista causal– en ciertas formas de aportación causal de “naturaleza más o menos secundaria” en términos de “su significación para el hecho”<sup>16</sup>, o –en el marco de un concepto unitario de base normativa– en el ilícito de “participación en el hecho ajeno”<sup>17</sup>.

De ello es posible concluir que, con el mote de “concepto unitario de autor”, se critica realmente que una determinada concepción sobre el fundamento de la punibilidad de la autoría y de la participación cuenta con una explicación unitaria sobre la punibilidad de la intervención tan homogénea e internamente consistente (como la que deriva del concepto causalista de autor), que las distinciones materiales al interior entre las diversas formas de intervención palidecen frente a ella, de modo que parecen apenas variaciones de lo mismo, dejando al tratamiento legislativo diferenciado casi como un capricho.

Junto a lo anterior, también se critica al concepto unitario de autor que, al igualar virtualmente en fundamento, a las diversas formas de intervención, ya no puede ofrecer una explicación a la exigencia legal (muy extendida, en diversas legislaciones<sup>18</sup>) de que las conductas de participación (inducción y complicidad) “accedan” a un hecho principal, cometido por alguien en calidad de autor, comportamiento, este último, que apenas aparece como una condición necesaria para dar eficacia a la contribución del cooperador<sup>19</sup>, en buenas cuentas, una “condición objetiva de punibilidad”<sup>20</sup>. Ello puede entenderse en el sentido de que, cuando la explicación del fundamento de la punibilidad de los intervinientes es virtualmente la misma que la ofrecida para la punibilidad de los autores, entonces, en buena medida, la presencia de las razones que justifican castigar al partícipe, en un caso determi-

---

<sup>16</sup> Como se aprecia en la referencia crítica de CURY, *ob. cit.*, p. 586.

<sup>17</sup> Como se aprecia en la referencia crítica a Sancinetti de VAN WEEZEL, *ob. cit.*, p. 436, n. 25.

<sup>18</sup> Fuera de los sistemas inspirados en la teoría del delito de cuño alemán, la exigencia legal de que la participación acceda a un hecho principal, cometido en calidad de autor, está presente también en los sistemas basados en el common law, incluso aquellos que derogaron la distinción entre principal (autor) accessories (partícipes), y que consideran “unitariamente” autores a todos quienes intervienen, incluso asistiendo o colaborando, en “la comisión” del delito, lo que supone que alguien “comete” el delito, recibiendo la asistencia o colaboración de otros (que no lo cometen); v. FLETCHER, George P., *Rethinking Criminal Law*, (Oxford - New York, 2000), p. 636.

<sup>19</sup> Críticamente, KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 3ª edición, (Baden-Baden, 2008), § 38, nm 12.

<sup>20</sup> Críticamente, VAN WEEZEL, *ob. cit.*, p. 439.

nado (por ejemplo: contribuyó causalmente al resultado, o infringió la norma de determinación que el art. 16 le dirigía), pueden establecerse sin referencia a las razones que en el mismo caso justifican la punibilidad del autor, sino más bien, casi en paralelo con ellas, sin perjuicio de que, por exigencia legal, haya que verificar, antes de afirmar la punibilidad del primero, si acaso existe un hecho de autor con las características requeridas por la ley (injusto típico, según la accesoriedad limitada), constatación que en el *checklist*, conceptualmente, aparece *después* de la exigencia de que se dé el fundamento de la punibilidad de la participación, y, por lo mismo, separada de ella, justamente como en el caso de una condición objetiva de punibilidad. Sistemáticamente, ello implica que la accesoriedad de la participación, respecto de la autoría, no es una condición del injusto de la participación, sino apenas de su punibilidad.

Pero creo poder afirmar que esta última crítica (no se entiende la necesidad del hecho principal, sino apenas como una condición objetiva de punibilidad, por contingentes razones político-criminales) es consecuencia de la primera: la diferencia de fundamento de la punibilidad entre autor y partícipes, propuesta por la respectiva teoría, aparece como trivial frente a la importancia asignada al fundamento de la punibilidad de la intervención. Ello permitiría, me parece, y sin perjuicio de sus méritos, deslizar una crítica semejante a la que él dirige contra el concepto unitario de autor de naturaleza normativa, a la construcción propuesta por van Weezel, en la que ofrece un fundamento denso y consistente para la punibilidad de toda forma de intervención punible (el “principio de autorresponsabilidad”), pero sin ofrecer, en cambio, a primera vista<sup>21</sup>, una diferencia material clara entre el fundamento de la punibilidad de uno y otro, sino, en principio, una sólo de grado o intensidad (de la “configuración” autorresponsable del hecho típico).

Sin embargo, con esa afirmación no me propongo, realmente, agrandar más el saco de los motejados como partidarios de un concepto unitario de autor (y, convenientemente, pretender un lugar fuera de él), sino llamar la atención sobre la existencia de una cierta relatividad en la atribución del mismo. Para quien entienda que la diferenciación material entre autor y partícipe (las fronteras *internas* del sistema de autoría y participación) postulada por otro es más bien insignificante (en comparación con las *fronteras externas*, que distinguen al interviniente punible del que no lo es), de modo que autores y partícipes aparecen, todos ellos, satisfaciendo materialmente las mismas exigencias de punibilidad (de forma paralela, por tanto), este otro se presentará como partidario de un concepto unitario de autor. Con todo, como se vio, algo de *absoluto* también hay detrás de la atribución, a una

---

<sup>21</sup> Más adelante explicaré por qué, en realidad, más allá de las apariencias y de la propia forma de plantearlo van Weezel, sí se desliza en su trabajo una diferenciación material *densa* entre autoría y participación, precisamente de la mano del principio de autorresponsabilidad, lo que, en sus resultados, nuevamente desde mi perspectiva (“relativa”, como cualquiera), aleja su concepción de un concepto unitario de autor.

concepción material de autor, de que es *unitaria*: esa concepción, internamente, tiene dificultades para explicar la necesidad de un hecho principal de autor, al punto de que las razones *político-criminales* para exigir, en todos los casos, la presencia de un hecho principal de autor, como *condición objetiva de punibilidad*, son débiles y precarias, de modo que siempre está latente el riesgo de prescindir de ella, convirtiendo a la participación criminal en un delito autónomo.

Un paradigma de esta última tendencia es el modelo de la *conspiracy*, común a diversas formas de punición de delitos autónomos de mera participación (preparatoria), en la que derechamente se elimina la “condición objetiva de punibilidad” (la ejecución de un hecho principal de autor), sobre todo cuando, en su carga punitiva, no se diferencia mucho de la conminación dirigida a quienes efectivamente cometen (en grado de tentativa, para mantener el paralelo) el respectivo crimen.

Por supuesto, no es en sí misma objetable la construcción, en casos aislados, de tipos autónomos que, en relación con otras figuras, parecen ser de mera conspiración, pero que, en sí mismos, parecen tener suficiente merecimiento y necesidad de pena, por prevenir subsidiariamente lesiones (poco probable) o puestas en peligro (más probable) de bienes jurídicos necesitados de protección penal, de forma proporcionada a la gravedad relativa (ciertamente menor que aquellos tipos respecto de los cuales, a primera vista, parecen meras conductas de conspiración). La cuestión es que el modelo de la *conspiracy*, tomado como un paradigma de la intervención criminal, por definición renuncia al esfuerzo de verificar si se dan esas condiciones, de modo que las verdaderas referencias de injusto material (asociadas a la conducta que realmente merece y necesita pena) sólo pueden encontrarse en la conducta (remota) a la que se dirige la conspiración, y no en la conspiración misma. Por ello, frente al modelo de la *conspiracy*, a la que de algún modo tienden los conceptos unitarios de autor, la búsqueda de un concepto restrictivo de autor, metodológicamente hablando (sin resolver todavía cuál es el criterio material), en buena medida es la búsqueda de una figura “central” (en palabras de Roxin<sup>22</sup>), o primaria, del acontecimiento, que permite identificar, por contraste, a las figuras periféricas, o secundarias, búsqueda que, en alguna medida, viene apoyada por una cierta *ontología* de la (co-)intervención en un hecho<sup>23</sup>.

Una última advertencia, que realmente es apenas un corolario de todo lo anterior. El *problema* del concepto unitario de autor, es decir, la tendencia a debilitar las fronteras materiales internas de la teoría, ésas que explican de forma diferenciada quién se convierte en autor y quién en partícipe, y, sobre todo, la tendencia a convertir la participación criminal en un delito autónomo, cuyo injusto materialmente

---

<sup>22</sup> ROXIN, *ob. cit.*, pp. 25 y ss.

<sup>23</sup> Si bien, como se verá, entiendo lo ontológico más bien vinculado con el significado –en el uso social del lenguaje– de los conceptos legales, y no con realidades que estén ahí, en la naturaleza.

no depende de la existencia de un injusto principal de autor, no sólo se aprecia cuando se examina el concepto de autor defendido por alguien, sino también cuando se examina su concepto de partícipe o, más exactamente, del fundamento de la punibilidad de la participación.

## 2. Viejas expresiones del concepto unitario de autor en el derecho chileno

Desde la perspectiva recién apuntada, en Chile no parece haber partidarios de un concepto natural de autor de carácter causal-naturalista. Sin embargo, recuérdese que las huellas de esta concepción no sólo se identifican en la respectiva definición material de autoría sino, también, alternativamente, en la definición material de participación. Así, si el fundamento de la participación se explica, como lo hace la *teoría de causación pura* (*reine Verursachungstheorie*), a partir de la circunstancia de que el partícipe causó el resultado típico (en el sentido de la causalidad conforme a la equivalencia de la condiciones, donde tan causal es el ejecutor inmediato como el inductor), de poco sirve que el autor ostente un *plus* material, dado, por ejemplo, por el dominio de la producción causal del resultado (lo que no sería un criterio cualitativamente distinto de la causalidad, sino apenas una “causalidad cualificada”<sup>24</sup>), pues de todos modos el injusto de la participación es independiente de la presencia de un injusto de autor, es decir, de un hecho típico y antijurídico de causación “cualificada” (por el dominio) del resultado. Esa concepción, mantenida originalmente por Lüderssen, en Alemania, permitiría afirmar la punibilidad, como inductor de homicidio, de quien convence eficazmente a otro para que se suicide, o de quien convence a otro de incurrir en una omisión de socorro<sup>25</sup> (si se produce la muerte de quien debía ser socorrido)<sup>26</sup>, consecuencias que serían plenamente consecuentes con lo que importaría —para esta teoría— en la inducción: la causación del resultado típico (del homicidio, en este caso: la muerte), sin dominio del hecho, sino por medio de la formación en otro de la voluntad antijurídica, fundamento que, lo mismo se da, si el inducido actúa, que si omite. Como puede apreciarse, en estos casos, aun cuando la responsabilidad se afirma a título de inducción, el resultado es en todo semejante al que se alcanzaría con un concepto unitario-extensivo de autor, basado en causalidad natural.

<sup>24</sup> VAN WEEZEL, *ob. cit.*, p. 436. Sin embargo, si el *dominio del hecho* es empleado como criterio de autoría, y la participación no se define como simple causación del resultado, sino como causación accesoria del mismo (en el sentido desarrollado por ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, T. II, (Múnich, 2003), § 26 nm 26 y ss.), la diferencia ya es cualitativa.

<sup>25</sup> Donde se da causalidad, no en un sentido natural, sino, como en todos los casos de interrupción activa de un curso causal salvador, “conforme a las leyes de los acontecimientos” (ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, T. I, 2ª edición, (Múnich, 1994), § 11, nm 29-30).

<sup>26</sup> *Cit.*, críticamente, por ROXIN, *Strafrecht*, T. II, *ob. cit.*, §26, nm 12.

Creo apreciar el riesgo de que se esté validando una cierta versión de una teoría de causación pura (con el correctivo, irrelevante para estos efectos, de los criterios de imputación objetiva), como fundamento de la punibilidad de la inducción, cuando la Corte Suprema afirma en el caso *Quintrala*, como fundamento de su decisión de validar (en sede de nulidad) la condena de la inductora, que “*el fallo impugnado, (párrafo trece del motivo vigésimo cuarto) además de fundar la responsabilidad de Pérez López en la teoría de la imputación objetiva, al señalar que el resultado causado es objetivamente imputable a su acción, en cuanto ésta ha creado un peligro jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado típico, sustenta la participación de esta acusada como autora inductora en el delito de robo con homicidio consumado de Diego Schmidt-Hebbel, en la afirmación de que, por lo menos, actuó con dolo eventual*”<sup>27</sup>, pues con ello<sup>28</sup> se pone todo el acento del injusto de la inducción en la relación directa –no accesoria– del inductor con el resultado, en términos de imputación objetiva y subjetiva, lo que también podría decirse de situaciones en que no se da el injusto de acción doloso requerido por el principio de accesoriidad para el autor, por ejemplo, cuando la producción del resultado es imprudente para él, pero abarcada por el dolo eventual de la inductora<sup>29</sup>.

También puede encontrarse una cierta expresión del concepto unitario de autor, que podría denominarse concepción unitaria pragmática de autor, en la práctica judicial que interpreta, sin ulteriores distinciones, el art. 15 del CP, como una disposición que define derechamente quiénes son autores, y no simplemente a quiénes “se considera” autores (práctica matizada, desde hace un tiempo, por decisiones judiciales que sí entran a distinguir), con consecuencias que no tendrían por qué apreciarse en el tratamiento punitivo de quienes realizan los comportamientos subsumibles en ese precepto, pero sí en materia de accesoriidad (pues no habría dificultad conceptual, por ejemplo, para considerar cómplice a quien coopera con un *autor-inductor*<sup>30</sup>) y, en su caso, en materia de exterioridad.

---

<sup>27</sup> SCS, 2 de mayo de 2011, Rol N° 2095, considerando 27°.

<sup>28</sup> Desentendiéndome aquí de la discusión fáctica sobre si acaso hay base para afirmar el dolo eventual de la inductora respecto de la desviación del curso causal o el “exceso” de dolo del inducido.

<sup>29</sup> Caso en que no cabe apreciar autoría mediata (ni directa), pues no hay un déficit de conocimiento en el ejecutor, que haya sido aprovechado por el inductor al realizar su intervención; en ese sentido, la afirmación de que “[l]a instigación o colaboración dolosa en el acto culposo de otro es, en realidad, autoría directa” (CURY, *ob. cit.*, p. 623), es demasiado indiferenciada, y hay que entenderla referida, por cierto, a casos distintos del expuesto (es decir, sólo a casos en que justamente “la persona de atrás” aproveche el déficit de conocimiento –no de voluntad– del ejecutor); v., con detalles, ROXIN, *Täterschaft, ob. cit.*, pp. 178 y ss., 189 y ss.

<sup>30</sup> Pero sí habría un obstáculo, en mi opinión (como se verá), para afirmar la tipicidad de esa forma de participación.

Otra *vieja* expresión de un concepto unitario de autor, cuyo respaldo es más extendido<sup>31</sup>, se encuentra en el tratamiento de la autoría en los delitos imprudentes. La doctrina ampliamente mayoritaria, en efecto, entiende que todo aquel que imprudentemente causa (en su caso, satisfaciendo las exigencias de la teoría de la imputación objetiva) un resultado típico, es autor del respectivo cuasidelito, negándose categóricamente la posibilidad de una intervención en calidad de inductor o cómplice. El argumento que se suele invocar es revelador de lo enquistado que está, en este campo, el concepto unitario de autor: quien interviene causalmente en la producción imprudente del resultado no puede ser partícipe, porque no es imaginable la convergencia dolosa necesaria para la participación criminal en el hecho ajeno. Lo que suele pasar inadvertido, sin embargo, es la curiosa forma que adopta el argumento: la falta de un requisito para afirmar la participación se convierte en un argumento a favor de la autoría, que es precisamente lo que se critica de la utilización del concepto unitario de autor: “[...] para el cual son autores prácticamente todos los intervinientes en la producción del resultado [...] [y que] [i]transforma al autor en un concepto residual que se obtiene por exclusión: es autor aquel concurrente a la causación del resultado en quien no se dan las características especificadas por la ley para considerarlo cómplice o inductor. De esta manera, la imagen del principal interviniente en el delito se desdibuja y se la despoja de rasgos positivos que perfilen lo propio de su entidad; pues, en efecto, para esto último es inútil la referencia a la causación del resultado, ya que es una característica que se da lo mismo en el autor que en los partícipes”<sup>32</sup>.

Es cierto que también se ha pretendido justificar la aplicación de un concepto unitario de autoría en los delitos imprudentes, en base a una cualidad material presente en estos delitos (y no sólo en una cualidad ausente en ellos). La explicación consiste en sostener que en los delitos imprudentes, al igual que en los *delitos de infracción de deber*, todo aquel que infringe su deber general de cuidado entra en el campo de la autoría<sup>33</sup>.

Pero, debe notarse que, en el caso de los delitos de infracción de deber, el recurso a la *infracción del deber* (especial), como fundamento de la autoría, no conduce necesariamente un concepto unitario de autor, pues en estos delitos la *infracción del deber* es una exigencia adicional al requisito –común a toda forma de intervención, por lo menos en el esquema de Roxin– de una incidencia causal (objetivamente imputable) en la producción de la lesión al bien jurídico, de manera que aquella exigencia adicional permite precisamente distinguir entre autores (los que satisfacen ambas exigencias –infracción del deber especial y incidencia causal

<sup>31</sup> V. las numerosas referencias en HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 368.

<sup>32</sup> CURY, *ob. cit.*, p. 586.

<sup>33</sup> Así, POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª edición, (Santiago, 2006), p. 400.

objetivamente imputable–) y partícipes (los que tienen esta incidencia causal, sin infringir el deber especial)<sup>34</sup>.

Es cierto que si, en ese caso, se abraza la tesis de la *incomunicabilidad absoluta*, excluyendo la punibilidad de los partícipes *extranei*, en apariencia, o *formalmente*, se está aplicando un concepto unitario de autor, porque todo interviniente *punible* es finalmente autor, pero materialmente no se presentaría aquí el *problema* del concepto unitario de autor, que se produce cuando el castigo a título de autor se extiende a quienes no son *figuras centrales*; en este caso, en cambio, de entre todos los que materialmente tiene una intervención (por su incidencia causal y objetivamente imputable, en la producción de la lesión al bien jurídico), gracias al criterio de la *infracción del deber* se distingue a quien es la figura central, y sólo a él se le trata como autor; que, además de ello, se decida que quienes no son figuras centrales, ni siquiera merecen responder como partícipes, es algo que evidentemente no se traduce en la *extensión* injustificada de la aplicación del título de autor, es decir, algo que no tiene nada que ver con el verdadero *problema* del concepto unitario de autor.

En cambio, aplicada a los delitos imprudentes, la idea de *infracción de deber general de cuidado* (también combinada con la exigencia –común a toda forma de intervención punible– de una incidencia causal objetivamente imputable en la producción del resultado), no permite distinguir entre autores y partícipes, pues, por definición, no hay sujetos que produzcan de forma objetivamente imputable el resultado, sin infringir al mismo tiempo el *deber general de cuidado* (la imputación objetiva ya incluye una valoración de que se ha infringido dicho deber<sup>35</sup>), de modo que la infracción del *deber general de cuidado* se convierte en el único fundamento de la intervención punible y, a la vez, en el fundamento de la punibilidad a título de autor, de modo que no permite distinguir a la *figura central* del suceso delictivo.

Ello no podría considerarse como una objeción en sí misma, si no existiese para los delitos imprudentes un concepto material de autor valorativamente más preciso y ajustado que el del *infractor del deber general de cuidado causante, de forma objetivamente imputable, del resultado*. Pero, precisamente, creo que sí hay dónde buscar, también para los delitos imprudentes, un concepto de autor preferible a éste. De hecho, algunos “correctivos” introducidos en el concepto de imputación objetiva (como los que desarrolla, por ejemplo, Roxin, cuando afirma que ciertos resultados, aun cuando han sido causado por un riesgo no permitido,

---

<sup>34</sup> Y ello, con independencia, por ahora, de si estos partícipes *extranei* (más precisamente, *no obligados*) serán o no punibles por su intervención en el hecho *ajeno* del *intraneus* (más precisamente, del *especialmente obligado*), cuestión dependiente de otra discusión, entre nosotros conocida como el problema de la *comunicabilidad* en los *delitos especiales propios*; v., por todos, HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, artículo 15, pp. 386-387, y artículo 14, pp. 372 y ss.

<sup>35</sup> Ver, por todos, ROXIN, *Strafrecht*, T. I, *ob. cit.*, § 24, nm 8 y ss.

que se ve realizado en ellos, se encuentran fuera de la esfera del tipo penal), parecen apuntar a circunscribir la imputación a título de imprudencia sólo a algunos sujetos que, por así decirlo, están en primera línea, evitando extenderla a todos los que han creado riesgos no permitidos que se realizan en el resultado<sup>36</sup>. De modo más general aun (pues esos correctivos apenas si dejan unos pocos casos fuera), la búsqueda de un concepto material de autor en los delitos imprudentes, bien puede efectuarse alrededor de la noción (divulgada por el propio Roxin) de la *figura central* del suceso delictivo. De la mano de ella, en los delitos dolosos, se afirma que no todo aquel que contribuye causalmente, e infringiendo un deber general, a la producción del resultado, es autor; no se ve por qué, entonces, tiene que serlo en los delitos imprudentes. La noción de la *figura central* del suceso delictivo, en mi opinión, no debe ser abandonada para el caso de los delitos imprudentes, y ella puede ser llenada de contenido, con cierta fertilidad, echando mano de algún criterio cercano al de la idea de *auto-responsabilidad*. Sobre ello, que requiere ciertamente más desarrollo que el que es posible emprender en este trabajo, algunas ideas adelantaré al final de este trabajo.

Por lo demás, como se verá, hay razones de texto, en Chile, relacionadas con la tipicidad de los delitos imprudentes y, en cierta medida, vinculadas con el criterio de la auto-responsabilidad, que se elevan como serias objeciones en contra de la utilización de un concepto unitario de autor en relación con este tipo de delitos.

### 3. *¿Nuevas expresiones del concepto unitario de autor en el derecho chileno?*

Las *nuevas* expresiones de la concepción unitaria de autor, en el derecho chileno, son reconducibles a esfuerzos, cuya *ratio* hay que aprobar, por definir la autoría (incluso la participación), a partir de criterios normativos que hagan más sentido que las definiciones naturalistas de autoría, o una definición meramente formal.

Sin embargo, cuando alguno de estos esfuerzos se traduce en definiciones de autor que borran, a lo menos parcialmente, las fronteras entre figuras centrales y las periféricas, situándolas en el mismo plano, se exponen a la crítica que se ha dirigido contra el concepto unitario de autor. En este lugar, examinaré en qué medida algunos de estos intentos normativizadores del concepto de autor incurre en este defecto.

---

<sup>36</sup> En efecto, en la versión roxiniana de la teoría de la imputación objetiva, esos correctivos excluyen, por su papel secundario frente al que les ha correspondido a otros, a ciertos sujetos que, en todo lo demás, también han causado, de forma objetivamente imputable, el resultado (v. ROXIN, *Strafrecht*, T. I, *ob. cit.*, § 11, nm 104 y ss., para los casos de resultado que se encuentran en “la esfera de responsabilidad de un tercero”; y § 24, nm 27 y ss., para la “prohibición de regreso”), pero ello ocurre de forma muy limitada y sin reconducirse estas reflexiones a una teoría de la autoría (¿y de la participación?) en los delitos imprudentes.

### A) Autoría en los delitos de infracción de deber

La afirmación, cada vez más extendida, de que en los delitos de infracción de deber todo obligado que lesiona su deber especial es autor, cualquiera que sea la forma de su intervención<sup>37</sup>, se basa en la pretensión de superar una cierta deformación naturalista de la definición objetivo-material de autoría, también latente en el criterio del dominio del hecho<sup>38</sup>. Pues la pura atención a la fenomenología del control sobre el propio ámbito de organización (¿quién domina el hecho, en términos de poder decidir sobre su ejecución?) haría perder de vista que, en los delitos de infracción de deber, en que el injusto típico requiere la lesión de un deber que sólo pesa sobre el *intraneus*, sólo éste puede ser la *figura central*.

Sin embargo, esta afirmación, así de indiferenciada, puede incurrir, en alguna medida, en los defectos de los conceptos unitarios de autor. Para advertir ese riesgo, dos aportaciones, relativamente recientes entre nosotros, son ilustrativas.

En primer lugar, incluso al interior de la teoría de los delitos de infracción de deber, destaca Ossandón (siguiendo una distinción introducida por Silva Sánchez), que a lo menos en un grupo de los delitos de infracción de deber, no se configuran sólo por la infracción de deber, sino que “requieren también ciertos actos concretos de organización”, de modo que, para lesionar el bien jurídico, junto con la infracción del deber se requiere de la realización de esos actos, imputables a quien tiene dominio sobre los mismos<sup>39</sup>.

Pues bien, si ello, por una parte, supone admitir la posibilidad de una autoría mediata y de una coautoría (por cierto, también, la de inducción y complicidad) de los *extranei* que “con su dominio o con su contribución a la dimensión organizativa del delito perturban la institución (desde fuera)”<sup>40</sup>, por otra parte, hace necesario, me parece, atender a esta dimensión de dominio para diferenciar, de entre los que han infringido el deber, quiénes han desempeñado un papel central y quiénes

---

<sup>37</sup> Sobre el apoyo creciente a esta concepción, en Chile, véase, por todos, HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, artículo 15, p. 386.

<sup>38</sup> V. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 8ª edición, (Barcelona, 2009), Lección 14, nm 31, para quien “[l]a teoría del dominio del hecho sigue anclada en una perspectiva ontológica que desconoce el sentido fundamentalmente social-normativo de *imputación* que caracteriza a la calificación de autor”.

<sup>39</sup> OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, El sujeto activo en los delitos tributarios, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVIII (2007), p. 175, destacando que ése sería el caso de los delitos tributarios clasificables como delitos de infracción de deber (que, como apunta ORTIZ QUIROGA, *cit.* por la propia Ossandón en el mismo trabajo, pp. 166, 182, no son todos los delitos tributarios, sino sólo aquellos que requieran un hecho gravado y un contribuyente).

<sup>40</sup> OSSANDÓN, *ob. cit.*, p. 175.

uno sólo accesorio, justamente con criterios referidos a la “competencia por el propio ámbito de organización” –como la que resulta de dominar fácticamente el acontecimiento–, sin dejar que la “competencia institucional” –la que resulta del hecho de ser destinatario del deber especial–, que normativamente tiende a igualar a todos los *intranei*, barra con aquella diferencia fenoménica<sup>41</sup>.

En segundo lugar, en lo que ya parece más una crítica externa a la teoría, y de carácter general (es decir, independiente de cualquier distinción o clasificación interna al sistema de los delitos de infracción de deber), Mañalich objeta que la infracción del deber extrapenal no es la que funda la responsabilidad penal, sino (como lo admite Roxin) la infracción de la norma de comportamiento penalmente reforzada, de modo que la infracción de la primera, a través de cualquier forma de intervención, sobre todo, de aquellas que pasan por incidir en, o colaborar con, el comportamiento de un sujeto plenamente responsable, que ejecuta inmediatamente la acción típica (si bien sin la calidad requerida para ser autor), por sí sola no puede calificar como una realización típica del hecho a título de autor<sup>42</sup>. Para afirmar, en tales casos, la competencia primaria (y la autoría mediata) del especialmente obligado es necesario que él “haya abierto el espacio de juego para la acción (cerrado para terceros no cualificados)” en condiciones que antes le estaban cerradas, lo que funda su competencia por el defecto de responsabilidad (su falta de cualificación) del ejecutor<sup>43</sup>.

Ambos planteamientos, más allá de lo que puedan tener de incompatibles entre sí (la distinción recogida por Ossandón parece asumir que otro grupo de delitos de infracción de deber, a saber, los que carezcan de una dimensión organizativa, realmente se realizan, a título de autor, por la mera infracción de deber, mediante cualquier forma de intervención), destacan que para la realización de la conducta descrita por el tipo penal (para un grupo de estos delitos, o, en principio, para todos), la simple infracción del deber puede ser insuficiente, y esa insuficiencia no parece saldarse con la sola exigencia de “cualquier tipo” de intervención, lo que casi se postula (por los partidarios “radicales” de la tesis de la autoría de todo aquel que infringe el deber) como si se tratase de una condición objetiva de punibilidad de un delito definido por la pura “infidelidad al deber” (extrapenal), condición consistente en una medida mínima (casi simbólica) de exterioridad, sin

---

<sup>41</sup> Cury había ya advertido la necesidad de distinguir, atendiendo a esta dimensión de *dominio*, entre autores y partícipes en los delitos de infracción de deber, por lo menos en los casos en que intervienen varios *extranei*, con aportaciones de diversa significación desde aquella perspectiva (refiriéndose a todos los delitos de infracción de deber, sin distinciones, pero sin admitir, en todo caso, la posibilidad de una autoría del *extraneus* que tenía *dominio* del hecho).

<sup>42</sup> MAÑALICH, Juan Pablo, La estructura de la autoría mediata, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIV (2010) [pp. 385-414], pp. 408 y ss.

<sup>43</sup> MAÑALICH, *ob. cit.*, pp. 408 y ss.

que parezca importar cuán decisiva es esa manifestación exterior para realizar el comportamiento material a través del cual se concreta la lesión al bien jurídico, y cuánta centralidad adquiere, a través de ella el obligado, en la configuración del hecho. La necesidad, destacada por ambos planteamientos, de identificar criterios materiales de autoría relevantes, que trasciendan la infracción de deber, da cuenta de que, en su versión más indiferenciada, la teoría de los delitos de infracción del deber incurre en los defectos de otros conceptos unitarios de autor.

*B) ¿Autoría de todo omitente, en los delitos de comisión por omisión?*

En un intercambio académico relativamente reciente con mis colegas Salvador Millaleo y Héctor Hernández<sup>44</sup>, ellos defendieron la tesis de que, si en los delitos de infracción de deber la responsabilidad del especialmente obligado deriva siempre, como la doctrina tiende a admitirlo, directamente de los tipos de autor (ejecutor) de la Parte Especial, entonces consecuentemente debe considerárseles también siempre –lo que no es todavía asumido por la misma doctrina– como autores inmediatos y no, en su caso, como autores mediatos o coautores, para, acto seguido, concluir que habría una base dogmática directa, en los respectivos tipos de autor de la Parte Especial, para castigar a los órganos superiores de organizaciones por delitos de infracción de deber, que consistirían en los mismos tipos de la Parte Especial, pero cometidos por omisión, entendiéndose que la posición de garante proviene de su función de vigilancia. Así, los funcionarios que omiten cumplir con su función de vigilancia realizarían directamente, por omisión, y en calidad de autores inmediatos –como cualquier obligado especialmente–, los respectivos tipos de la Parte Especial, sin necesidad de calificarlos como autores mediatos por utilización de un aparato organizado de poder (categoría polémica en Chile) ni de someterlos a alguna disposición del art. 15 CP que sirviese de fundamento dogmático a dicha figura. A partir de esa tesis, en una primera versión del informe en que la defendían, concluían, críticamente respecto de la doctrina chilena que admite la *complicidad por omisión*, que “cuando el que omite es garante [...] es altamente dudoso que éste, al menos por regla general, no deba ser considerado autor del delito que no evita estando obligado a hacerlo, como es propio de los delitos de infracción de deber”. En el comentario crítico que me correspondió preparar al (por lo demás, excelente) informe de Millaleo y Hernández, critiqué esta conclusión, en la que aprecí una cierta tendencia a hipertrofiar la noción de “infracción de deber”, en los delitos de comisión por omisión, como fundamento de la incriminación a

---

<sup>44</sup> HERNÁNDEZ, Héctor, y MILLALEO, Salvador, Intervención punible de dirigentes en grupos criminales y redes en Chile, informe presentado para la Conferencia Internacional, *Los estrategias del crimen y sus instrumentos: El autor detrás del autor en el Derecho penal latinoamericano*, Bogotá, Colombia, 5 al 7 de octubre de 2010, presentación inédita (en su primera versión).

título de autor, que los llevó a asumir, casi por definición, que el especialmente obligado que “no evita” es autor, y no puede ser cómplice, posibilidad que (no obstante las autorizadas voces en contra, como la de Welzel<sup>45</sup>), se reconoce por la doctrina mayoritaria, no sólo en Chile, sino también, según entiendo<sup>46</sup>, en España y Alemania<sup>47</sup>.

Esa asunción me pareció problemática por un peligro que ahora calificaría como el potencial surgimiento de una nueva versión de concepto unitario de autor, ya presente en los delitos de infracción de deber –si bien, menos problemática allí– y que, ahora, por la vía de declarar como delitos de infracción de deber a los delitos de comisión por omisión, se extendería a todos éstos. Pues, de este modo, al declarar a los delitos de omisión impropia como delitos de infracción de deber, cualquier omisión de evitar el resultado, en que incurra un garante, con total independencia de su papel relativo, dentro del conjunto de intervinientes en el hecho, activos y omisivos, se elevaría automáticamente a la categoría de la autoría. Adviértase que ello, no sólo convierte a cualquier complicidad activa del *intraneus* en el delito especial impropio, en una verdadera autoría por omisión<sup>48</sup>, sino que, además, la misma calificación correspondería a cualquier conducta pasiva del *intraneus* frente a la ejecución activa del delito, incluso del delito común ejecutado por un *extraneus*. En la segunda versión de su informe, Millaleo y Hernández, con todo, se hacen eco de esta preocupación, advirtiendo el peligro de que la construcción, en principio abrazada por ellos (es decir, la que supone que los órganos superiores de las organizaciones que omiten cumplir con su deber de vigilancia realizan directamente los tipos de autor de la Parte Especial), permita “eludir las valoraciones legales subyacentes a la distinción entre autoría y participación”, lo que les hace plantear la pregunta de “si los delitos de omisión impropia son realmente delitos de infracción de deber o si, al menos, lo son siempre”. Recientemente, Hernández<sup>49</sup>, toma distancia de esa consecuencia de la construcción, atribuyéndola a “los que creen que los delitos de omisión impropia son delitos de omisión”.

<sup>45</sup> WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, traducción de la 12ª ed. alemana de Bustos, Juan / Yáñez, Sergio, (Santiago, 1987), p. 305.

<sup>46</sup> V. LÓPEZ PEREGRÍN, M. del Carmen, La complicidad en el delito, (Valencia, 1997), p. 331 y nota 185.

<sup>47</sup> Sin embargo, ROXIN, Strafrecht, T. II, *ob. cit.*, § 31 nm 140 y ss., sólo admite esa posibilidad de forma más bien excepcional.

<sup>48</sup> Sin perjuicio de que será discutible si, por aplicación del principio *non bis ídem*, la calidad especial, que funda el deber de garante, debe o no ser ignorada para los efectos de imputarle la figura especial (por lo primero, la doctrina mayoritaria; por lo segundo, precisamente Garrido, quien admite la posibilidad de un parricidio por omisión).

<sup>49</sup> HERNÁNDEZ, artículo 15, *ob. cit.*, p. 387.

En todo caso, dado que la afirmación de que los delitos de comisión por omisión, por regla general, son delitos de infracción de deber, en los que el garante que omite necesariamente debe ser considerado autor, encuentra respaldo nada menos que en Claus Roxin, el autor alemán más influyente en la teoría de la autoría y la participación, quisiera justificar algo más mi rechazo a esa proposición<sup>50</sup>.

Recapitulando, el primer defecto de esa tesis es que impide atender y valorar diferenciadamente, según su diversa relevancia o trascendencia material para la producción de la lesión al bien jurídico o para la “configuración” del hecho, entre las distintas formas de comportamiento omisivo imaginables en quien incumplió el deber de evitación que recaía sobre él. Así, quedan igualados, a este respecto, quienes al omitir vigilar o evitar el hecho dejan a disposición del ejecutor activo una aportación que, si hubiese sido realizada de forma también activa, habría que valorar en un plano de igualdad con la intervención del ejecutor activo, confiriéndoles, en su caso, un (co)dominio del hecho, y quienes al omitir vigilar o impedir el hecho, solo dejan a disposición del ejecutor activo una contribución que, aun si fuese prestada de forma activa, no “co-determinaría el hecho en un plano de igualdad” con la aportación del ejecutor activo<sup>51</sup>, o no le conferiría, en todo caso, el (co)dominio del hecho (lo que, por ejemplo, para Kindhäuser, también es relevante en un importante grupo de los delitos de comisión por omisión<sup>52</sup>).

Y la cuestión es que, para quien sitúe en el primer plano valorativo –como Roxin lo hace– la infracción del deber de impedir el resultado, estas distinciones<sup>53</sup> no son suficientes para fundamentar una calificación típica diferenciada para cada forma de omitir, pues todos quienes omiten quedan igualados como autores

---

<sup>50</sup> Retomo aquí las ideas expuestas en mis “Comentarios” al Informe de Hernández/Millaleo, *ob. cit.*, cuya versión definitiva, incorporada al libro de la Conferencia Internacional citada en ese lugar, se encuentra en prensa.

<sup>51</sup> Así, JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General*, (Madrid, 1995), § 28 nm 101-102, para quien la distinción entre autor y cómplice, en el caso de los garantes con responsabilidad por la organización, debe seguir los mismos criterios que en el delito de comisión (atender a si la aportaciones –activas u omisivas– “codeterminan la configuración del hecho en condiciones de igualdad con el autor principal”), mientras que para el caso de los garantes en virtud de responsabilidad institucional derechamente no es posible: todos son autores.

<sup>52</sup> V. KINDHÄUSER, *ob. cit.*, § 38 nm 69, quien, siguiendo el mismo criterio de Herzberg, trata siempre como autores a los “garantes de protección”, mientras que a los “garantes de vigilancia en virtud de dominio del riesgo” los trata como autores o cómplices según los mismos criterios empleados para la comisión activa, es decir, según si, con su omisión, han configurado de forma determinante o no, y han dominado o no, la producción del resultado.

<sup>53</sup> U otras, como la que atiende a si el deber del garante se corresponde o no con una relación de determinación de la voluntad entre el omitente y el ejecutor activo, como la que se da entre el padre y sus hijos menores o entre el superior y los subordinados; v. KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, (Berlín - Heildeberg, 1997), p. 537.

por el sólo hecho de incumplir ese deber<sup>54</sup>. Pero, precisamente, ese criterio es muy discutible como punto de partida para la valoración unitaria de toda forma de comisión por omisión. Desde luego, para la injerencia ese punto de partida me parece inadmisibles, si llevase, por ejemplo, a calificar toda contribución activa —piénsese en la prestación de un medio funcional, al punto de fundar una relación de causalidad con la producción del resultado, pero facilitado en fase preparatoria—, subsumible en el tipo de complicidad, como la creación de un riesgo de producción del resultado que fundamentaría un deber de evitar la ejecución activa, cuya infracción convirtiese al cómplice activo, ahora, en un autor inmediato de una comisión por omisión! Si en tal caso no es posible fundar una autoría por omisión basada en la injerencia<sup>55</sup>, porque las diferencias normativas entre autor (que domina el hecho o lo configura de forma característica) y cómplice (quien no lo domina o no lo configura) lo impiden, entonces en otros casos también debe contarse con la posibilidad de examinar materialmente si no se dan diferencias análogas.

Y, precisamente, el planteamiento dogmático mayoritario realiza tales distinciones en la comisión por omisión, admitiendo un amplio campo para la complicidad de quienes omiten impedir el resultado o disminuir el riesgo de su producción, sin que se haya alcanzado, es cierto, una visión unitaria acerca de cuál debe ser la base de las mismas<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> ROXIN, *Strafrecht*, T. II, *ob. cit.*, § 31 nm 165.

<sup>55</sup> El propio Roxin (ROXIN, Claus, *Injerencia e imputación objetiva*, en LASCANO, C. J. (Director Editorial), *Nuevas formulaciones en las ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin*, (Córdoba, Argentina, 2001), pp. 146-147), aun cuando concibe una autoría mediante comisión por omisión en quien facilitó al ejecutor de las lesiones mortales la navaja empleada y, más tarde, cuando éste huye, deja desangrarse a la víctima sin pedir socorro, recién aprecia conducta imputable a ese título en la omisión de pedir socorro para el moribundo, y no, en cambio, por cierto, en la omisión de impedir al ejecutor emplear el medio que él mismo le acaba de facilitar, pese a que el punto de partida del propio Roxin —me parece— debería llevarlo a esa absurda conclusión: si tal prestación consiste en la creación de un riesgo no permitido al que puede imputarse objetivamente la muerte producida por desangramiento (y no evitada por el cómplice), del mismo modo se le podría imputar objetivamente la muerte directamente producida por las lesiones con la navaja (lesiones no evitadas por el cómplice). La conclusión sería absurda pues, precisamente, lo que ya se castiga en la complicidad en el homicidio es prestar el medio que será usado por el ejecutor para matar a otro; entonces, no puede ser calificado al mismo tiempo como una omisión de impedir al ejecutor usar ese medio, ahora a título de autor de homicidio por comisión por omisión. Y los criterios que impiden esa conclusión, basados en la diferenciación entre omisiones de trascendencia equivalente a la autoría y omisiones sin esa trascendencia, no están a disposición de Roxin, precisamente, por su punto de partida, igualador de toda infracción del deber de evitar.

<sup>56</sup> Véase, por ejemplo, lo señalado supra, n. 52 a 54, sobre los criterios empleados, respectivamente, por Jakobs, Kindhäuser (y Herzberg), y Köhler. Cfr. además, por todos, LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 331 y n. 185, y el propio ROXIN, *Strafrecht*, T. II, *ob. cit.*, § 31 nm 151 y ss.

Pero hay una razón adicional en contra de tal igualación, ahora específica del ordenamiento jurídico chileno –por lo menos por contraposición al alemán–. En Alemania, incluso quienes postulan la igualdad normativa de toda infracción del deber de evitar, fundamentadora de una autoría en comisión por omisión, admiten que bajo esa categoría caben formas de omisión que, desde el punto de vista del merecimiento de pena, están tan lejos entre sí –cuando no más– como lo están la autoría y la complicidad activas, de modo que no es justo castigarlas con la misma intensidad<sup>57</sup>. Y el punto es que, mientras la regulación positiva de la comisión por omisión del Código penal alemán (StGB), como lo advierten los mismo autores, permite regular la pena conforme a esos diversos niveles de merecimiento, al determinar, gracias a la cláusula de atenuación facultativa de pena del § 13 II del StGB, un marco penal “tan amplio como para todas las formas de intervención activa (incluida la complicidad[...])”<sup>58</sup>, la ausencia de toda regulación positiva de la comisión por omisión en Chile, en cambio, conduce inexorablemente a aplicar, a quien incurre en comisión por omisión, el marco penal del tipo de autor, impidiendo en todo caso darle un tratamiento punitivo similar al del cómplice. En este contexto normativo, la calificación de todo garante que omita, como autor de comisión por omisión, lleva a castigarlo en Chile (no así en Alemania) necesariamente con la pena de autor, cualquiera que sea la trascendencia relativa de su comportamiento omisivo, en contraste (o en relación) con el comportamiento del ejecutor activo, para la configuración del hecho o la producción del resultado.

*C) Incorporación de la figura de la responsabilidad del superior jerárquico, en el Estatuto de Roma y en la ley que tipifica en Chile el genocidio y los crímenes de lesa humanidad*

El art. 35 de la Ley N° 20.357, que tipifica en Chile el genocidio y los crímenes de lesa humanidad considera a las autoridades o jefes militares “autores” de los delitos cometidos por sus subordinados, cuando aquellos dolosamente han dejado de impedir su comisión. Con ello se recoge, de forma parcial, la figura de la

---

<sup>57</sup> V. ROXIN, *Strafrecht*, T. II, *ob. cit.*, § 31 nm 145; STRATENWERTH, Günther, *Derecho Penal*, Parte General, Traducción de la 4ª edición alemana de Cancio Meliá y Sancinetti, T. I, (Buenos Aires, 2008), § 14 nm 23.

<sup>58</sup> STRATENWERTH, *ob. cit.*, § 14, nm 23. Cuando se dice que el marco penal ofrecido por el StGB al tribunal para juzgar diferenciadamente omisiones de diversa trascendencia es tan amplio como el que se le ofrece para distinguir entre autoría y complicidad activas, en realidad no se deja en claro que el marco es derechamente el mismo (para el respectivo tipo delictivo): tanto el precepto que tipifica la complicidad activa (§ 27 del StGB) como el que establece la atenuación facultativa para las formas de comisión por omisión menos graves (§ 13 II StGB) hacen reenvío, para el cálculo de pena, exactamente a la misma regla de atenuación de pena: el § 49 I StGB.

responsabilidad del superior jerárquico, establecida por el art. 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma).

Si bien la responsabilidad del superior jerárquico, en el art. 28 del Estatuto de Roma, no constituye realmente una forma de autoría, sino una forma *sui generis* de intervención en el delito cometido por sus subordinados<sup>59-60</sup>, subsidiaria respecto de otras formas de intervención “directa”, como autoría, inducción o colaboración<sup>61</sup>, de modo que no puede propiamente constituir un caso de concepto unitario (o extensivo) de autor, sí constituye un modelo unitario de responsabilidad del superior jerárquico por la infracción del deber de vigilancia, que no distingue entre la intervención dolosa en el delito de los subordinados mediante la omisión dolosa de impedirlo y la mera infracción del deber de vigilar a los subordinados o de adoptar medidas para la prevención, represión o denuncia del delito, que de alguna forma expresa un concepto unitario de intervención de carácter normativo (la infracción del deber de vigilancia unifica a todos como intervinientes, bajo este modo de intervención).

Frente a esa regulación, desde el punto de vista del problema del concepto *extensivo* de autor, la recepción legislativa de la misma figura en el derecho interno chileno es en cierto sentido más riesgosa, aun cuando su reducido alcance acota bastante el posible impacto de ese riesgo. En primer lugar, es más riesgosa, porque el art. 35 de la Ley N° 20.357 derechamente considera autor (y no un interviniente subsidiario) del delito, cometido por el subordinado, al superior (autoridad o jefe militar) que omite impedir su comisión, con lo cual viene a aplicar una estructura de imputación que más arriba he considerado propia de un concepto unitario o extensivo de autor (la que considera autor a todo garante que no impide la comisión por parte del ejecutor). Con todo, dado que claramente la regulación chilena

---

<sup>59</sup> WERLE, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, 2ª edición, traducción de Cárdenas, Couso y Gutiérrez, (Valencia, 2011), nm 509.

<sup>60</sup> Una versión anterior de este trabajo era confusa en relación con este punto. Agradezco a la Prof. Dra. Claudia Cárdenas sus comentarios al respecto, que me dieron la oportunidad de replantear el argumento.

<sup>61</sup> WERLE, *ob. cit.*, nm 456. Incluso, según Werle, la responsabilidad del superior jerárquico sería subsidiaria respecto de la comisión por omisión propiamente tal (pues el art. 28 no sería un caso de comisión por omisión), de modo que, en el sistema del Estatuto de Roma, más allá de la mera responsabilidad subsidiaria del superior (jerárquico) en virtud del art. 28, sería posible incurrir en responsabilidad como interviniente directo en el hecho (como autor, inductor o colaborador) mediante comisión por omisión (WERLE, *ob. cit.*, nm 648, 651), si la conducta (omisiva) del superior tuvo “un impacto esencial en la comisión del delito”; v. también BURGHARDT, Boris, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerrechtlichen Straftatsystem*, (Berlin, 2008), p. 426, refiriéndose a la jurisprudencia de los *tribunales ad-hoc* para Ruanda y para la ex Yugoslavia, doctrina que Werle considera aplicable en el marco del sistema del Estatuto de Roma.

se refiere sólo al superior que dolosamente incurre en esa omisión, dejando fuera al que simplemente infringe su deber de vigilancia, los riesgos para un concepto restrictivo de autor no alcanzan la dimensión que derivaría de aplicarse el modelo indiferenciado (de intervención, no de autoría, es cierto) empleado por el Estatuto de Roma<sup>62</sup>. Ahora bien, incluso el primer riesgo se encuentra en buena medida contenido, pues, como señalaré más abajo, la propia regulación de la Ley N° 20.357 circunscribe la responsabilidad del garante de vigilancia, que dolosamente omite, a un caso bastante especial (no en última instancia, por el hecho de considerar sólo al superior jerárquico militar), que le da un grado no despreciable de centralidad en la afectación de los bienes jurídicos protegidos, más allá de la mera infracción omisiva del deber de vigilancia<sup>63</sup>.

El art. 35 de la Ley N° 20.357, estableció, en síntesis, una cláusula expresa de incriminación, a título de autor, para las autoridades o jefes militares que omitan impedir a sus subordinados la comisión de cualquiera de los delitos internacionales de la ley, exigiendo que dichas autoridades estén en “conocimiento” de la comisión del delito por otro, lo que claramente hace referencia a la necesidad de dolo, en contraste con el art. 28 del Estatuto de Roma, que también incluye responsabilidad del superior jerárquico, no sólo por los delitos de los que el superior “hubiere sabido” sino también por aquellos de los que “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber”.

La técnica seguida es similar a la adoptada, por ejemplo –para tomar un caso conocido– por el Código Penal Internacional alemán (el *VStGB –Völkerstrafgesetzbuch–*), que califica como autor del respectivo delito, en el § 4, sólo al superior que omitió impedir a sus inferiores cometer el delito, incurriendo con ello en un delito de comisión por omisión doloso. En cambio, para hacerse cargo de la tipificación de la omisión de deberes de vigilancia, recurrió en los §§ 13 y 14 a la

---

<sup>62</sup> Riesgos que, en el Estatuto de Roma, son mínimos (casi sólo conceptuales), no sólo por la razón ya apuntada (el art. 28 no establece una forma de autoría en el delito de los subordinados, sino de intervención subsidiaria), sino, además, porque el tratamiento indiferenciado del omitente doloso y del que culposamente infringe el deber de vigilancia, no tiene en absoluto las implicancias simbólicas ni las consecuencias penológicas que podría tener una figura indiferenciada de esas características en el derecho chileno, pues las tipificaciones propias del Estatuto de Roma, a menudo, como en el caso del art. 28, consisten en descripciones de grupos de conductas muy amplios, de naturaleza y gravedad muy diversos, que el Tribunal Penal Internacional puede diferenciar en sede de determinación de pena haciendo uso de su amplísimo margen de discrecionalidad. Por ello, esas tipificaciones del Estatuto de Roma no pueden lisa y llanamente ser importadas en un sistema legal que cuenta con marcos penales diferenciados para conductas de gravedad tan diversa como, por ejemplo, los atentados dolosos en contra de la vida, y la mera omisión de deberes que ponga en peligro abstracto o concreto la vida.

<sup>63</sup> Cfr., sin embargo, la opinión crítica, en general, frente al establecimiento de estos deberes autónomos de supervigilancia (como fundamento, se entiende, de un tipo especial de omisión), que expresarían un concepto unitario normativo de autor, VAN WEEZEL, *ob. cit.*, p. 436.

técnica de los delitos de omisión propia, castigando ahí al jefe militar que “*dolosa o imprudentemente omite controlar a un subordinado como es debido [...] cuando el subordinado cometa un hecho descrito en esta ley, cuya inminencia era cognoscible para el jefe y éste hubiera podido evitarlo*” (hay una norma similar para el superior civil). La diferencia es muy relevante: sólo en el primer caso, por ejemplo, el superior es considerado autor del genocidio cometido por sus subordinados, conminado en el *VStGB* con la pena de presidio perpetuo, mientras que en el segundo caso, incurre sólo en el tipo de infracción del deber de vigilancia, con una pena de privación de libertad de hasta cinco años (si la infracción fue dolosa) o de hasta tres años (si fue imprudente)<sup>64</sup>.

En el ya citado informe de los profesores Hernández y Millaleo<sup>65</sup>, los autores lamentan que la formulación del art. 35 de la Ley N° 20.357 “[no] admita –dentro de sus límites y, por cierto, con consecuencias diferenciadas, tal como hace ya la doctrina chilena en el ámbito empresarial– que los deberes de vigilancia también se infringen mediante negligencia y que eso tiene consecuencias penales”, agregando que lo problemático es que “*la primera norma expresa sobre responsabilidad de órganos directivos por infracción de deberes de vigilancia que conoce el derecho chileno*” niegue tácitamente ese alcance “con previsibles consecuencias interpretativas para el resto del sistema”.

Me parece que esta legítima preocupación sistemática de los autores los lleva, sin embargo, a esperar una instauración amplia del principio de responsabilidad de los directivos que omiten cumplir con sus deberes de vigilancia, en el lugar equivocado. La norma del art. 35 de la Ley N° 20.357 –a la que todo el tiempo se ha referido la crítica de los autores– no podía, sin desnaturalizar el sentido de las imputaciones penales típicas de esa ley, en el contexto de un ordenamiento jurídico penal como el chileno, que construye conminaciones de pena diferenciadas para graves conductas dolosas *vis-à-vis* delitos culposos tipificados de manera fragmentaria, incluir como autor de los delitos internacionales tipificados en ella al superior que, por incumplimiento grave de sus deberes de control o vigilancia, no apreció que sus subordinados estaban cometiendo uno de esos delitos, y que por ello estuvo en condiciones de impedirse. En efecto, el art. 35 de la ley pone al superior que, en conocimiento de la comisión del delito internacional por parte de sus subordinados, omite impedirse, en un plano de igualdad valorativa con los ejecutores del mismo, resolviendo en tal caso, a favor de su calificación (o sanción<sup>66</sup>) como autores, la discutida cuestión de si los

---

<sup>64</sup> WERLE, *ob. cit.*, nm 489-491.

<sup>65</sup> En adelante, nuevamente, a continuación, retomo extractadas, algunas ideas expuestas en mis “Comentarios” al Informe de Hernández/Millaleo, *ob. cit.*

<sup>66</sup> “Serán sancionados como autores” bien puede leerse como parte de la doctrina lee la expresión “[s]e consideran autores” en el art. 15 del CP, es decir, equiparando el tratamiento

garantes que omiten impedir la comisión activa de un delito por un tercero son (y deben ser castigados como) autores o meros cómplices. La trascendencia de esta decisión va más allá de esa igualación en el tratamiento punitivo; en efecto, desde el punto de vista simbólico, a partir de dicha igualación operada por la ley tiene pleno sentido considerar al superior como un genocida o un autor de un crimen de lesa humanidad, si él conscientemente ha permitido o tolerado, de manera impasible, que sus subordinados cometieran genocidio o un crimen de lesa humanidad<sup>67</sup>. En cambio, considerar al superior que incumple sus deberes de vigilancia, favoreciendo imprudentemente con ello la comisión de genocidio o crímenes de lesa humanidad por sus subordinados, como autor de genocidio o de crímenes de lesa humanidad, no sólo está injustificado desde el punto de vista del tratamiento punitivo (en lo que los autores del Informe ciertamente coinciden, y que es algo que podría resolverse con una cláusula diferenciadora de las penas en un inciso aparte, dentro del mismo art. 35), sino que no tiene sentido desde el punto de vista de la función simbólica que tienen las tipificaciones penales en un ordenamiento jurídico penal de las características del nuestro, donde la marca de “genocida” se reserva para las actuaciones dolosas, con una elevada carga punitiva, como la que en nuestra ley obliga a imponer al ejecutor de matanzas genocidas –¡incluyendo al superior jerárquico que dolosamente se lo permite!– penas de entre 15 años y un día de presidio y presidio perpetuo calificado (no excarcelable antes de los 40 años). *Mutatis mutandi*, ello sería tan incomprensible como tipificar en el art. 390 del CP el parricidio doloso y culposo, y diferenciar la pena para el segundo, en un inciso separado, dentro del mismo artículo.

Esa misma diferencia valorativa es la que explica la tipificación diferenciadora efectuada por el VStGB alemán, pues, como advierte Werle, “*una reproducción del art. 28 del Estatuto de la CPI habría sido difícilmente conciliable con el principio de culpabilidad*”<sup>68</sup>, debido al muy diverso reproche de culpabilidad que puede dirigirse a quienes intervienen en las diversas constelaciones de casos

---

punitivo que se dará a ciertos partícipes, con el de los verdaderos autores, pero sin convertir a los primeros en genuinos autores.

<sup>67</sup> En tal caso, es discutible si acaso el superior debe contar con los especiales elementos subjetivos del tipo, por ejemplo, de genocidio (la intención de destruir total o parcialmente al grupo como tal; cfr. WERLE, *ob. cit.*, nm. 620). Ello depende de si se considera que el art. 64 del CP (sobre incommunicabilidad de las circunstancias personales) es aplicable a elementos del tipo penal, calificantes de una figura básica (y de si se considera que el genocidio es un tipo calificado dentro del sistema de incriminaciones de la legislación penal chilena). En Alemania, WERLE, *ob. cit.*, nm. 489), entiende que la responsabilidad del superior jerárquico, establecida en el Código Penal Internacional alemán (VStGB), no supone necesariamente la presencia en él de tales especiales exigencias subjetivas.

<sup>68</sup> WERLE, *ob. cit.*, nm 488.

subsumibles en ese precepto. Por cierto, en el sistema del Estatuto de Roma eso no es un problema pues, como se dijo, las tipificaciones tienen una función y una significación muy diversa, que recogen grandes grupos y listados de diversas formas de intervención, para los que no se han establecido marcos penales diferenciadores, de modo que las diversas conductas pueden ser sancionadas con penas que van de 1 año de privación de libertad a 30 años, o incluso, en casos graves, a presidio perpetuo.

Cosa distinta sería, por cierto, cuestionar la decisión del legislador chileno de tratar como autores del respectivo delito internacional a los superiores que infringen sus deberes de control y vigilancia. Pues éste, bien podría haber resuelto que esta conducta de los superiores no consiste propiamente en una forma de intervención en el hecho del ejecutor, particularmente no en una que revista los caracteres de autoría, sino en un delito independiente, de violación (omisiva) del deber de control<sup>69</sup>, o, desde otro punto de vista, en una conducta de complicidad por omisión, en el comportamiento activo de los ejecutores, si se sigue la tesis mayoritaria, que aprecia justamente complicidad, y no autoría, en la conducta del garante que omite impedir a otro la ejecución activa de un delito<sup>70</sup>. En tal caso, entonces, el precepto incriminador de los superiores (el art. 35, en este caso) no consistiría en un tipo extensivo de la responsabilidad a título de autor, por ejemplo, de genocidio o de crímenes de lesa humanidad, sino que su contenido de injusto estaría más propiamente en la omisión del deber de vigilancia, aun cuando en su figura dolosa convierta con ello, al superior, en cómplice de genocidio o de crimen de lesa humanidad. Y si, en ese caso, ya no parecería tan criticable la decisión de tipificar conjuntamente la infracción dolosa y la culposa, de los deberes de control y vigilancia (y sin perjuicio de que se diferencien las penas), ello resultaría del hecho de que los únicos “genocidas” en el sistema de la ley (por quedarnos con ese ejemplo), serían los autores (ejecutor individual, coautor o autor mediato), mientras que los superiores que omiten impedir el delito, responderían por esta forma subsidiaria, concebida como delito independiente, con niveles de reproche diferenciados por el carácter doloso o culposo.

Pero la tesis del delito independiente parece, por otro lado, insatisfactoria. Si he manifestado serias dudas frente a la pretensión de que todo garante que omite impedir un delito es autor, pretensión en buena medida injustificada respecto de los garantes de vigilancia, precisamente el caso del superior militar (o civil, en ciertos casos –genocidio, crímenes de lesa humanidad–) es uno en que esas dudas –me parece– se disipan, por lo menos cuando, como sugiere Köhler, su deber de garante tiene como correlato una relación de determinación de la voluntad

<sup>69</sup> En ese sentido, AMBOS, Kai, La parte general del Derecho Penal Internacional, traducción de Malarino, (Montevideo, 2005), pp. 299-300.

<sup>70</sup> AMBOS, *ob. cit.*, p. 300.

del ejecutor activo, fundada en una posición de autoridad jurídicamente reconocida, como la que se da entre el padre y sus hijos menores o entre el superior y los subordinados<sup>71</sup>, posición que permite tratarlo como coautor o inductor. Así, me parece –y sin perjuicio de las distinciones materiales que, sobre todo en el caso del superior civil, podrían ser necesarias al examinar la cuestión con más detalle– hace bien el art. 35 de la ley en tratar como autor al superior que omite dolosamente impedir los delitos de los subordinados. La carga punitiva y el sentido simbólico de tratar, entonces, como genocida o autor de delitos de lesa humanidad, al superior que incurre en esta conducta, están, en principio, justificadas<sup>72</sup>.

#### IV. NUEVOS INTENTOS POR DEFINIR UN CONCEPTO RESTRICTIVO DE AUTOR

Puede convenirse en que es “restrictiva”, por oposición a la concepción unitaria, una definición de autoría que pone el acento en una diferencia cualitativa, claramente ausente en la participación, y tan relevante para constituir el injusto de la realización típica, a título de autor, que materialmente se justifica, además, la exigencia de que las diversas formas de participación sólo sean punibles de forma accesoria a ese hecho principal de autor, justamente porque han incidido, favoreciéndola, esa realización típica a título de autor (fuera de, en su caso, representar también, por su propia cuenta –si bien de forma accesoria–, un ataque al bien jurídico protegido por el tipo penal<sup>73</sup>).

Por cierto, la teoría del dominio del hecho, que ha alcanzado un creciente respaldo en la doctrina<sup>74</sup> y en la jurisprudencia, incluso en materias tan relevantes para configurar la cultura jurídica –y judicial– como las condenas a jerarcas de los

---

<sup>71</sup> KÖHLER, *ob. cit.*, pp. 537-538.

<sup>72</sup> Mayor estudio requiere, en todo caso, en mi opinión, la cuestión de si es necesario que en el autor concurren, los especiales requisitos subjetivos de estos delitos. Tiendo a pensar que sí es necesario, si no se quiere desnaturalizar el sentido del reproche penal dirigido, por ejemplo, al genocida. Otra cuestión es si el art. 64 del CP lo exige (cuestión en la que también me inclino por la afirmativa: a falta de la “especial intención”, sólo cabría castigar al superior que dolosamente omite impedir matanzas genocidas, por los homicidios, simples o calificados –en su caso, por los delitos de exterminio, si el superior sabe que los hechos se insertan dentro de un ataque sistemático o generalizado a una población civil–).

<sup>73</sup> Como se desprende del doble fundamento que demanda para la punibilidad de la participación, la teoría del ataque accesorio al bien jurídico; v. ROXIN, *Strafrecht*, T. II, *ob. cit.*, § 26, nm 11 y ss. y 26 y ss.

<sup>74</sup> V., por todos, HERNÁNDEZ, artículo 15, *ob. cit.*, p. 385, destacando los señeros trabajos de Yáñez y, en seguida, de Soto; CURY, *ob. cit.*, pp. 592 y ss., quien ha desarrollado sobre todo la concepción roxiniana; POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 2ª edición, (Santiago, 2006), p. 399, destacando el amplio respaldo alcanzado por esta doctrina, al punto de que, en su opinión, el interés en el estudio de las

organismos de represión de la dictadura, por las violaciones a los derechos humanos cometidas en ese período, en buena medida representa un concepto restrictivo de autor, que justamente pretende para sí (fundamentalmente, con razón), la virtud de que logra proporcionar un criterio material con el cual es posible identificar –restringiendo las definiciones causal-naturalistas, y superando las dificultades de la teoría objetivo-formal– quién es la figura central en el campo de los delitos más frecuentemente sometidos al juzgamiento de los tribunales: los delitos de dominio.

Sin embargo, la teoría del dominio del hecho es criticada, entre nosotros, por van Weezel, por renunciar, en los casos difíciles, al criterio a cuyo servicio debería estar: la realización del principio de “autorresponsabilidad”, conforme al cual no puede ser autor quien se encuentra detrás de un sujeto auto-responsable<sup>75</sup>.

También apelando al criterio de la “auto-responsabilidad”, Mañalich busca reconstruir el concepto de autor mediato (corrigiendo las inconsistencias en que se incurriría cuando no se toma en serio) a partir del modelo que opera como disposición “por defecto” de la adscripción de una acción como hecho propio: la “auto-identificación con” y la consiguiente responsabilidad por (salvo en casos de defectos), “aquello que es ocasionado a través del propio cuerpo”, rescatando el núcleo de significado relevante presente en esta hipótesis “naturalista” (es autor quien con su movimiento corporal realizó el tipo)<sup>76</sup>.

Una valoración más completa de ambos intentos excede de las posibilidades de este trabajo, pero vale la pena comparar la forma en que uno y otro entiende la exigencia de auto-responsabilidad, como criterio para determinar la autoría y la participación punibles.

Una primera diferencia a destacar es la distinta relación que, para van Weezel y Mañalich, se daría, entre los tipos de la Parte Especial, y las diversas formas de intervención punible. Así, mientras para Mañalich los tipos de la Parte Especial son tipos de autor (como lo entiende la doctrina mayoritaria en Chile<sup>77</sup>), como se desprende de su afirmación de que “la atribución de autoría directa no descansa en criterios de imputación distintos de aquellos criterios generales de los cuales depende el reconocimiento de un injusto culpable predicable del comportamiento de una determinada persona”<sup>78</sup>, para van Weezel la realización típica parece tener una naturaleza neutral en relación con las diversas formas de intervención,

---

diversas teorías sobre el fundamento material de la autoría, en la actualidad “puede considerarse puramente histórico”.

<sup>75</sup> VAN WEEZEL, *ob. cit.*, p. 436.

<sup>76</sup> MAÑALICH, *ob. cit.*, p. 391.

<sup>77</sup> HERNÁNDEZ, artículo 15, *ob. cit.*, p. 388.

<sup>78</sup> MAÑALICH, *ob. cit.*, p. 390.

convirtiéndola sólo en una referencia común para la imputación de cualquiera de ellas (conforme a otros criterios), y no en la referencia primaria del autor, de lo que desprende el núcleo de verdad que tendrían los conceptos unitarios de autor (a todos los intervinientes se imputa la realización típica, obviamente, del respectivo tipo de la Parte Especial)<sup>79</sup>.

Relacionada con esa diferencia, se explica otra, esta vez relativa a la forma como entienden el principio de autorresponsabilidad. Planteado por Mañalich como criterio material de autoría<sup>80</sup>, van Weezel, en cambio, propone convertir este criterio en una exigencia general, no ya de la autoría, sino de toda forma de intervención punible (a título de autor o partícipe)<sup>81</sup>, rechazando expresamente que sirva para delimitar quién es autor<sup>82</sup>. Por ello, van Weezel, debe buscar un criterio material de autoría en otro lugar: en una concepción accesoria de la intervención delictiva, como “relación de sentido normativa entre las conductas de los intervinientes”, es decir, una “accesoriedad normativamente entendida”<sup>83</sup>. Con ello, van Weezel parece ser más exigente que Mañalich al fundamentar la punibilidad de la participación, pues también para ésta (y no sólo para la autoría) exige autorresponsabilidad. Con todo, cuando van Weezel advierte que con la autorresponsabilidad “no se alude a una versión moderna de la antigua prohibición de regreso”<sup>84</sup>, de modo que perfectamente cabe afirmarla respecto de diversas personas autónomas (por ejemplo, respecto de un “interviniente detrás de un interviniente”, podría decirse), es claro que no habla de lo mismo que Mañalich, pues éste entiende que, en la exigencia de que el hombre de adelante, plenamente imputable, sea considerado el autor único “radica el núcleo de significado de la así llamada ‘prohibición de regreso’, que a lo sumo puede entenderse como una especificación del principio general de autorresponsabilidad: la reconducción del comportamiento del sujeto inmediatamente actuante a un ámbito ajeno de responsabilidad primaria se ve excluida en virtud de la plena responsabilidad del primero”<sup>85</sup>, en el contexto de un trabajo que justamente quiere excluir la posibilidad de un “autor (responsable) detrás del autor (responsable)”.

---

<sup>79</sup> VAN WEEZEL, *ob. cit.*, p. 440.

<sup>80</sup> MAÑALICH, *ob. cit.*, p. 399.

<sup>81</sup> VAN WEEZEL, *ob. cit.*, pp. 433 y ss.

<sup>82</sup> Críticamente, respecto de la pretensión, en tal sentido, de Schumann y Renzokowski, en VAN WEEZEL, *ob. cit.*, p. 434.

<sup>83</sup> VAN WEEZEL, *ob. cit.*, pp. 441, 444.

<sup>84</sup> VAN WEEZEL, *ob. cit.*, p. 434.

<sup>85</sup> MAÑALICH, *ob. cit.*, pp. 398-399.

Por otro lado, sin embargo, en uno de los pocos pasajes (si no el único<sup>86</sup>) en que van Weezel da luces sobre qué convierte a unos intervinientes en autores, y qué, a otros, en meros intervinientes (cómplices, en este caso) en el hecho que les pertenece en común, y por el que todos son auto-responsables (lo que los deja “en el mismo plano”, “cualitativamente”), me parece que, en la práctica, termina recurriendo de nuevo, ahora como criterio de autoría (y no ya, simplemente, de intervención punible), al propio principio de autorresponsabilidad, pero esta vez, en una versión más cercana al modelo de la prohibición de regreso, especialmente cuando, para justificar que el inductor, no obstante el alto grado de intensidad de su configuración (por contraste con la del cómplice), reflejado en que “[s]in su influencia, posiblemente el hecho nunca se hubiera cometido [...]”, debe ser considerado un mero partícipe, porque (y esto sería lo decisivo) “de por medio está la autorresponsabilidad de B y C [los coautores, en su ejemplo]”. Es decir, un interviniente “autorresponsable” (en aquel sentido que “no alude a una versión moderna de la antigua prohibición de regreso”) no puede ser considerado autor porque delante suyo (“de por medio”) se encuentra la “autorresponsabilidad” (en un sentido que, por lo visto, sí se vincula “con el núcleo de la prohibición de regreso”) de otro interviniente, que precisamente por eso (por estar “delante” o “de por medio”) configura de modo más intenso el hecho.

Con ello, en definitiva, en ambos planteamientos me parece apreciar una común referencia, como fundamento material al que remite la normativización del concepto de autor, a la autorresponsabilidad por la ejecución inmediata (sin intermediarios) del hecho, autorresponsabilidad que también se daría cuando el intermediario no es autorresponsable, y por este defecto (añade Mañalich<sup>87</sup>), es competente el “hombre de atrás”.

#### V. CONCEPTO MATERIAL Y CONCEPTO LEGAL DE AUTOR Y PARTÍCIPE. ALGUNAS TESIS PRELIMINARES. CRITERIOS MATERIALES Y REFERENCIAS LEGALES EN LA DEFINICIÓN DE LOS CONCEPTOS DE AUTOR Y PARTÍCIPE

La noción de autorresponsabilidad, como fundamento de la autoría, parece fértil para escapar de los peligros del concepto unitario de autor, y conferir una sólida referencia material a la idea de autor, en un sentido que, además, podría dar adecuada cuenta de los tipos legales de autor y partícipe. Y me parece que esta segunda consideración es ineludible para cualquier reconstrucción dogmática de los conceptos jurídico-penales.

---

<sup>86</sup> Más allá de la referencia (como criterio cuantitativo de diferenciación) al diverso “grado” o “intensidad” de la configuración de la conducta típica, criterio que, más arriba, me pareció poco significativo, en contraste con la exigencia, mucho más “densa”, planteada por van Weezel, de la autorresponsabilidad de todo tipo de interviniente en el hecho.

<sup>87</sup> MAÑALICH, *ob. cit.*, pp. 399 y ss.

En efecto, con ello debe conjurarse el peligro de que, en la identificación del concepto material de autor, se pierda de vista la función garantista del principio de tipicidad, aplicado a los tipos de autor. Si la tendencia a normativizar conceptos sistemáticos del Derecho penal, como el de autoría, es ineludible y, en mi opinión, necesaria, para realizar los fines (preventivos y garantistas) del Derecho penal<sup>88</sup>, sí es evitable —y debe evitarse—, en cambio, normativizar los conceptos con infracción del principio garantista de tipicidad, concretado en la exigencia de una interpretación estricta de los tipos de autor, que también debe impedir una aplicación extensiva de la imputación *a título de autor* más allá de su sentido natural, en el lenguaje social<sup>89</sup>.

Y es interesante señalar en este punto que, precisamente, Garrido, se cuidó de ignorar la función limitadora de los tipos de autor. Pues si bien desde el punto de vista material escoge, como se vio, un criterio ciertamente extensivo de la noción de autor, en su reconstrucción dogmática del sistema de los tipos de autor y partícipe en el CP chileno, adopta una decisión que potencialmente podría acentuar el rendimiento garantista de los tipos legales: atribuir a los preceptos de la Parte Especial un carácter neutral, insuficiente para fundar la tipicidad de la conducta del autor ejecutor individual (o de cualquier otro autor), entendiendo que, adicionalmente a la realización “neutra” del hecho delictivo (por ej., en el homicidio, podríamos suponer, la producción objetivamente imputable y dolosa, de la muerte de otro) es necesario que los intervinientes hayan realizado ese hecho de alguna de las formas de autoría “especificadas” en el art. 15 del CP; es decir, Garrido está consciente de que un concepto “normativo” de autor, como el que él ha escogido, puede ser muy amplio (admite que “tiene una multiplicidad de sentidos”<sup>90</sup>), pero justamente por ello entiende que “es imprescindible en una legislación de índole garantizadora [...] especificar a quién se refiere” en los preceptos que aluden al autor.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Opinión que he desarrollado en COUSO, Jaime, *Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología*, (Valencia, 2006), pp. 337 y ss., con referencias sobre todo al programa de Roxin en “Política Criminal y sistema del Derecho penal”, que, por lo demás, ya tiene antecedentes en la sistematización de Hegler (en 1915) y, mucho más cercanos a los que son reconocibles en Roxin y su escuela, en Schimdhäuser (en 1968).

<sup>89</sup> Esta apelación a la función garantista de interpretar los conceptos jurídico-penales respetando su sentido en el lenguaje común, se justifica en COUSO, *Fundamentos*, *ob. cit.*, pp. 324 y ss.

<sup>90</sup> GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. II, p. 395.

<sup>91</sup> Obviando aquí el hecho de que este potencial limitador de la sistemática propuesta por Garrido no es plenamente aprovechada por él (cuando, por ejemplo, interpreta la expresión “ejecución del hecho”, en el numeral 1º del art. 15, en el sentido de cualquier provocación o simple aprovechamiento de un proceso causal tendiente a concretar su finalidad; v. GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. II, p. 399), esa manera de entender la relación entre concepto material y tipos legales de autor, es problemática. En primer lugar, porque su concepto material de autor, así de amplio como

Sin perjuicio de que su sistema dogmático sobre la autoría y participación no es plenamente consecuente con ella, rescatando esta preocupación de Garrido por la misión garantizadora de los tipos legales de autor, entiendo que la mejor forma de articularla con la necesaria referencia de los conceptos a sus criterios valorativos materiales, es entender que la concepción material de autor y las definiciones formales de autor de la ley potencialmente se limitan recíprocamente, limitación recíproca que, en una dogmática garantizadora, comúnmente se da entre las referencias de los conceptos legales a criterios valorativos rectores, tomados de la política criminal, y la referencia a la forma como el legislador recogió en el texto positivo el respectivo concepto (la reducción teleológica de los tipos penales, potencialmente circunscribe el campo de aplicación de un tipo a un espacio menor al que sus referencias semánticas alcanza; y el marco de los sentidos posibles del tenor literal del tipo potencialmente también reduce el

---

lo entiende Garrido, adquiere el papel, apenas, de un primer acercamiento conceptual a la noción de autor, con escasa incidencia (si alguna) en la interpretación de los (mucho más estrictos) tipos singulares de autor del art. 15, cuya delimitación con los tipos de participación sigue criterios propios, no reconducibles al concepto material de autor, y en esa medida, huérfanos de criterios valorativos consistentes. Para decirlo de manera algo simplificada, la concepción dogmática de autor de Garrido, derivada de su interpretación de la función del art. 15, N° 1° y 3°, limita a su concepción material de autor, pero no obtiene límite alguno de ella. Un segundo problema de ello es que, en su sistema, la delimitación entre autor y partícipe parece que ya no encuentra un punto de referencia valorativo en el concepto material de autor, con la consecuencia de que no se entiende bien por qué el inductor no es considerado por Garrido un autor, si, por una parte, materialmente está en la misma situación que el autor mediato (para Garrido, materialmente, no es el criterio del dominio del hecho el que decide la definición de quién es autor sino, recordemos, la realización de cualquier actividad dirigida a concretar la finalidad típica, lo que es predicable del inductor tanto como del autor mediato, siendo que ambos recurren a otro para concretar la finalidad típica, y cualquier distinción basada en la calidad de ese “otro” utilizado, se basa en criterios que no son derivable del concepto material de autor señalado) y, por otra parte, su interpretación sistemática acerca del papel del art. 15 tampoco permite distinguir al inductor del autor mediato (al punto de que ambos, y por igual, “se consideran autores” por la ley, si bien en diversos numerales del mismo art. 15 –recuérdese que Garrido ubica al autor mediato sistemáticamente en el numeral 1°, no en el 2°, de este precepto–). El criterio de diferenciación que después introduce Garrido, fundamentalmente centrado en la exigencia de que se tome parte en la ejecución del hecho, de forma “inmediata”, como nota distintiva del autor (autor sería quien toma parte en la ejecución, sin la intermediación de otro), frente al inductor (quien interviene por medio de otro), no encuentra base en su amplio concepto material de autor, como se anticipó, sino que aparece como un criterio ad hoc, que se toma del tenor literal del numeral primero del art. 15, lo que tampoco se explica dogmáticamente (ninguna referencia legal del numeral 1° permite considerar “más autores” a los ahí descritos, que a los señalados en el numeral 2°), y que, además, incluye un ajuste o correctivo material, otra vez ad hoc, sin base en el tenor literal de ninguno de los dos numerales (a saber: es autor, y no inductor, quien interviene por medio de otro, si se trata de un “otro” ignorante de lo que realmente va a realizar, o un “otro” que ha sido coaccionado, lo que, para Garrido, también supone una “ignorancia del verdadero sentido de su actuar”; v. GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. II, p. 402).

campo de aplicación de un tipo a un espacio menor que el que teleológicamente podría tener sentido).

Aplicada esta concepción al problema de la autoría, la limitación recíproca entre referencias valorativas y tipos legales se puede entender así:

i) Sistema de los tipos penales

– la ley establece tipos en la Parte Especial, que, hay razones para pensar, son tipos de autor (como la concepción mayoritaria lo entiende);

– los preceptos de los arts. 15, N° 2°, N° 3, y 16 pueden verse, desde ese punto de vista, como tipos complementarios de autoría mediata por coacción, coautoría y participación;

– estas formas *complementarias* de intervención, incluso la autoría mediata (“los que fuerzan [...] a otro a ejecutarlo”), tienen como referencia, frente a la cual son *formalmente* accesorias (lo que todavía no dice nada sobre la exigencia material de accesoriedad, sólo válida para la verdadera participación, no para la autoría mediata), la *ejecución del hecho*;

– del hecho que la autoría mediata no sea un caso de *ejecución del hecho*<sup>92</sup> se desprende que el hecho ejecutado, al que, en principio, acceden las demás formas de intervención, es el hecho típico de la Parte Especial, realizado inmediatamente por alguien, en calidad de autor ejecutor individual (en efecto, la existencia del art. 15, N° 2, primer verbo, da cuenta de que la tipicidad de la autoría mediata recién se produce gracias a ese tipo complementario, de modo que no está abarcada por el respectivo tipo de la Parte Especial, que es sólo un tipo de autoría inmediata);

– el precepto del art. 15, N° 1°, por su parte, en su relación con el respectivo tipo de la Parte Especial, aparece como una forma alternativa de ejecución del hecho típico (coautoría ejecutiva inmediata; y, en su caso, autoría mediata por error del instrumento<sup>93</sup>), a la ejecución individual, y se presenta como un precepto complementario al respectivo precepto de la Parte Especial (en el sentido de las leyes en blanco impropias, cuyo núcleo está en otra ley), pero no accesorio<sup>94</sup>;

– por lo anterior, todos los tipos complementarios mencionados más arriba, también pueden acceder formalmente, al art. 15, N° 1° (el cómplice de uno o más coautores, no necesita ser cómplice de un autor ejecutor individual único);

---

<sup>92</sup> Lo que es relevado por MAÑALICH, *ob. cit.*, p. 386, argumentando que “de lo contrario, cada separación conceptual llevaría ad absurdum”.

<sup>93</sup> V. CURY, *ob. cit.*, pp. 603-604, 616.

<sup>94</sup> Pues, lógicamente, la conducta de los que toman parte en la ejecución del hecho de manera inmediata y directa, no accede a la de un autor individual que ejecute todo el hecho por sí solo (lo que podría ocurrir pero no es necesario: la tipicidad del art. 15, N° 1°, primera alternativa, se da de todos modos con varios coautores que ejecutan sólo diversas “partes” del hecho típico, sin que ninguno realice el todo).

– de todo ello se deriva un correctivo para la primera tesis de este listado: los tipos de la Parte Especial son tipos de autor ejecutor inmediato individual o (mediante el complemento normativo del art. 15, N° 1°) de autores ejecutores inmediatos colectivos;

– contrariamente a la situación legal presente en Alemania<sup>95</sup>, no es claro que el sistema de tipos complementarios de participación de la ley chilena exija que el hecho principal al que se accede sea doloso<sup>96</sup>, pues la “inducción directa a ejecutar” el hecho, formalmente hablando, podría aplicarse al caso de quien induce a otro a actuar imprudentemente (como Mir Puig, en España, lo admite para una constelación típica casi idéntica a la chilena<sup>97</sup>), mientras que “cooperar a la ejecución de un hecho” también podría darse respecto de un hecho imprudente, de modo que esa restricción sólo podría fundarse en razones valorativas, si las hubiere;

– en cambio, sí parece que la situación de los tipos complementarios de participación chilenos exigen que las conductas de participación sean dolosas, pues la exención general de responsabilidad criminal de los cuasidelitos, y el establecimiento de un sistema de *numerus clausus* para su incriminación conducen a afirmar que los tipos complementarios de los arts. 15 y 16 son tipos dolosos;

– por último, como se anunció, también razones de texto, con independencia del peso relativo de las razones valorativas en uno y en otro sentido, se oponen a la utilización de un concepto unitario de autor para los delitos imprudentes; el argumento se puede encontrar en Mir Puig<sup>98</sup>, para una constelación normativa (especialmente la previa a la promulgación del CP de 1995, sin perjuicio de las razones que llevan a Mir Puig a la misma conclusión bajo este nuevo CP), semejante, en lo relevante, a la nuestra: el sistema de *numerus clausus* de incriminación de los cuasidelitos encuentra a su principal caso en el cuasidelito de homicidio y lesiones, que, textualmente lo define como una conducta que, “de mediar malicia constituiría crimen o simple delito contra las personas...”, lo que constituye una clara y expresa referencia (como norma de complemento de esta ley en blanco impropia, agregaría yo) al tipo doloso de autor ejecutor inmediato de la Parte Especial, que precisamente, como se ha justificado de forma lata, es un tipo de autor que tiene exigencias materiales restrictivas (desde luego, de inmediatez en la realización, de propia mano, del hecho típico), de modo que la tipicidad que

<sup>95</sup> Donde los §§ 26 y 27 del StGB, referidos, respectivamente, a la instigación y a la complicidad, expresamente señalan que el hecho del ejecutor debe ser un hecho antijurídico cometido dolosamente (“vorsätzlich”); v. ROXIN, Strafrecht, T. II, *ob. cit.*, § 26, nm 35 y ss.

<sup>96</sup> En la versión de este trabajo que presenté a las VIII Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales afirmé lo contrario, confundiendo este problema con el tratado en el punto siguiente, cuyas razones no sirven para resolver este punto.

<sup>97</sup> MIR PUIG, *ob. cit.*, Lección 14, nm 42 y ss., Lección 15, nm 75.

<sup>98</sup> MIR PUIG, *ob. cit.*, Lección 14, nm 36 y ss.

emana de los arts. 490 a 492 sólo sirve para abarcar auténticos hechos principales de autoría, de conformidad con una concepción material y restrictiva (la misma tipicidad que deja fuera del art. 391, N° 1°, a las conductas del inductor y del cómplice por falta de ejecución inmediata); ello exige decidir si acaso se pueden aplicar los tipos complementarios de participación (o de coautoría o autoría mediata), y la respuesta es que sólo se pueden aplicar, por las razones señaladas en el punto anterior, si son formas de participación dolosa en el delito culposo, no así si son formas de participación culposa en el delito culposo, que, con independencia de las objeciones conceptuales que pueda dirigírseles (si la convergencia dolosa se naturaliza como requisito de toda forma de participación –lo que de por sí es dudoso–), son atípicas;

– como conclusión parcial de lo expuesto en los tres puntos anteriores, formalmente no parece haber obstáculos para considerar punible la participación dolosa en un hecho de autor, ajeno, ejecutado imprudentemente; pero, sí hay obstáculos (atipicidad) para considerar punible la participación imprudente en un hecho de autor, ajeno, sea doloso o imprudente;

ii) Referencias valorativas:

– la accesoriadad formal de las diversas formas de intervención, distintas a la autoría inmediata, destaca la centralidad de ella, como núcleo del concepto legal de autor: la figura central, primaria, del acontecer delictivo es el autor ejecutivo individual inmediato, a la que se suma, como alternativa, la de los coautores ejecutivos inmediatos;

– desde el punto de vista de la noción restrictiva de la realización del hecho típico, que resulta de su identificación con la ejecución inmediata (individual o colectiva) del hecho, resulta que la mera causación (mediante una condición equivalente a las demás) dolosa de un resultado objetivamente imputable, no es, todavía, una realización del tipo principal (el tipo de autor de la Parte Especial), pues también se aprecia esa estructura fáctica en otras formas de intervención (en todas ellas, si se entiende, por ejemplo, con Roxin, que un requisito de la participación como inductor o cómplice, es la contribución causal y objetivamente imputable del ataque al bien jurídico)<sup>99</sup> que, materialmente, sólo cabe

---

<sup>99</sup> Así, MIR PUIG, *ob. cit.*, Lección 14, nm 28, destacando, críticamente, que con ese criterio, en los delitos de resultado sin medios típicamente determinados, “toda causación (objetivamente imputable) podría entenderse típica, por lo que también el inductor podría considerarse que realiza los elementos del tipo”, y proponiendo como correctivo que la ejecución de propia mano ha de entenderse en el sentido estricto de *realización de la “fase ejecutiva”* como se entiende a efectos de la tentativa”, es decir, limitada a la práctica de “los actos últimos, previos a la consumación”. Similar, MAÑALICH, *ob. cit.*, p. 389, afirmando que “*la mera contribución causal a la producción del suceso típico no constituye un criterio de imputación relevante*”, pues, en los delitos de resultado, “*la autoría [...] depende [...] de a quién puede imputarse la producción causal del resultado, interpretada como acción principal, a título de hecho propio*”.

considerar casos de participación accesorio, de modo que la imputación objetiva es un requisito necesario, pero no suficiente, para la realización del tipo de autor (ejecutor inmediato); otro sería la *inmediatez*, que pone en el centro de la noción de autor –como paradigma de ella (dando en esto la razón, me parece, a Mañalich)– a la producción del hecho típico “con el propio cuerpo” (paradigma respecto del cual las formas complementarias de autoría, por razones materiales que hay que indagar, serían asimilaciones);

– dado que la *ontología* de los conceptos legales se encuentra en su significado social (es decir, en el lenguaje –la “casa del ser”<sup>100</sup> o, si se quiere, de la “naturaleza de las cosas”–), significado donde se realiza la garantía del principio de legalidad penal, la normativización de los conceptos queda sometida al límite (que es una garantía del ciudadano) de que no puede llegar al punto del *abuso del lenguaje*<sup>101</sup>, es sintomático del arraigo que tiene la noción de figura central o principal, en el uso social del lenguaje, el hecho de que la perspectiva comparada coincida tan claramente con la que deriva de nuestra regulación, en el sentido de entender a la participación como estrictamente accesorio de la ejecución, a título de autor, del hecho; así se aprecia, por ejemplo, cuando Fletcher, en un recuento de la amplia acogida de la idea de accesoriedad, afirma que el principio fundamental en relación con la punibilidad de los *accessories* en el sistema angloamericano es que “no hay hecho punible ni responsabilidad accesorio sin un ejecutor principal del delito”<sup>102</sup>;

– en materia de autoría y participación, ello no se traduce directamente en una restricción al uso de la palabra “autor”, pues la propia ley la usa en un sentido más amplio (“se consideran autores...”), pero sí en una restricción de la conducta que puede ser tomada como referencia para la accesoriedad: sólo se accede a la figura central: el o los (co)autores ejecutores inmediatos (y, en su caso, si se sigue la sistematización de Cury, los autores mediatos por error del instrumento); ello se elevaría como una restricción, basada en el texto legal, a la accesoriedad de la participación a la autoría, por lo menos en relación con la inducción: en efecto, si bien el inductor del autor mediato (por coacción, solamente, si se sigue la sistematización de Cury), conceptualmente satisface el requisito de la accesoriedad (accede a un autor), formalmente no induce directamente a otro a “ejecutar” el hecho, como exige el art. 15, N° 2°, sino apenas lo induce a que “fuerce” a otro a ejecutarlo, lo que plantea, desde el punto de vista de la tipicidad, el mismo impe-

<sup>100</sup> Para usar la expresión de Heidegger, sobre la importancia de esta noción para comprender el sentido de la afirmación de que las estructuras lógico-objetivas de la realidad son un límite a la normativización de los conceptos legales, v. COUSO, Fundamentos, *ob. cit.*, pp. 324 y ss.

<sup>101</sup> También sobre ello, COUSO, Fundamentos, *ob. cit.*, pp. 324 y ss.

<sup>102</sup> “[T]here is neither criminal act nor accessory liability without a primary perpetrator of the offense”; FLETCHER, *ob. cit.*, p. 636.

dimento que parte de la doctrina nacional<sup>103</sup> reconoce para castigar la inducción en cadena, al tiempo que abre, eventualmente, la misma solución postulada por Novoa (solitariamente, según parece), para esa figura, a saber, que esa conducta –si satisface los requisitos de la imputación objetiva y subjetiva, cabría añadir ahora–, se califique como complicidad<sup>104</sup>, bajo el supuesto (que todavía requiere escrutinio) de que “cooperar a la” ejecución, es menos exigente en términos de inmediatez en la relación entre los intervinientes, que “inducir directamente a otro a ejecutarlo”;

– para resolver qué casos califican como autoría no ejecutiva, las exigencias del texto de la ley deben reconstruirse de la mano de criterios que permitan asimilarlos, en términos de su centralidad para el hecho, a la conducta paradigmática: la ejecución inmediata; la utilización del criterio del dominio del hecho en los delitos de dominio, sigue apareciendo adecuada para la identificación de esas figuras centrales complementarias; e, incluso, en lo que sea aplicable (en los delitos que tengan una dimensión de dominio organizacional; en su caso, también en otros, para deslindar la figura central de las periféricas, entre los *intranei*), todavía puede tener un papel en los delitos de infracción de deber (en este caso, de forma complementaria a la infracción del deber especial);

– de la mano de criterios similares, la decisión de qué conductas califican como “tomar parte en la ejecución del hecho” debería superar el formalismo subyacente a la afirmación ciega (presente en el propio Roxin<sup>105</sup>; pero más propia de la teoría objetivo-formal) de que hay co-dominio del hecho en toda realización de una parte de la acción típica (pero: ¿lo hay en el principiante al que el jefe de la banda, para involucrarlo de a poco en la actividad criminal del grupo, le pasa la llave falsa con que se entrará al lugar destinado a la habitación en que se perpetrará el robo con fuerza en lugar habitado, ordenándole que sea él quien abra con ella la cerradura?; materialmente no tiene co-dominio del hecho, como no lo tiene el loro “principiante” al que, para foguearlo, se deja observando la ejecución del hecho<sup>106</sup>);

– por lo que respecta al fundamento del castigo de la participación, también es necesario evitar el peligro de un concepto unitario de autor, asociado, como

---

<sup>103</sup> V. CURY, *ob. cit.*, p. 627, con referencias a Novoa.

<sup>104</sup> Así, NOVOA, *ob. cit.*, T. II, pp. 187, 192.

<sup>105</sup> ROXIN, *Strafrecht*, T. II., *ob. cit.*, § 25, nm 211, pese a que en ROXIN, *Täterschaft*, *ob. cit.*, p. 37 critica a la teoría *objetivo-formal* con argumentos que permitirían distanciarse de este formalismo. También CURY, *ob. cit.*, p. 613, parte de la base de que hay co-dominio funcional por definición gracias a cualquier acto de ejecución de una parte de la acción típica.

<sup>106</sup> Este segundo caso lo reconoce expresamente ROXIN, *Täterschaft*, *ob. cit.*, p. 282 (v., también así, CURY, *ob. cit.*, p. 613); pero nótese que la insignificancia funcional de la contribución de este aprendiz, para la realización conjunta del hecho, no es más evidente en este caso que en el primero.

se señaló más arriba, a la simple exigencia de imputación objetiva y subjetiva respecto de la producción del resultado; para ello, parece necesario exigir (como requisito para que un comportamiento de intervención califique como forma de participación en un hecho de autor ajeno) una aplicación sustantiva (no formal) del principio de accesoriedad, que destaca, como primer requisito para el castigo de la participación, la existencia de una contribución (por parte del partícipe) a la realización (por parte del autor ejecutor<sup>107</sup>) del injusto típico de autor de la Parte Especial;

– materialmente, en todo caso, no parece haber impedimento para referir la participación –como forma de intervención accesoria– a un hecho principal de autor meramente imprudente; en Alemania, de hecho, Roxin atribuye la exigencia de dolo en la conducta principal a un requerimiento legal injustificado, que produce lagunas de punibilidad lamentables<sup>108</sup>; entre nosotros, también van Weezel se ha mostrado crítico de la exigencia de dolo en el autor, para la punibilidad del partícipe, que, o conduce a la impunidad de éste, o lo convierte en autor mediato, sin que el desvalor de su conducta varíe<sup>109</sup>; de ello puede colegirse que el principio de accesoriedad no impide castigar la participación en el delito imprudente, si bien, por razones de texto apuntadas más arriba, sólo cabe castigar la participación *dolosa* en el delito imprudente, y ello será posible en todos los casos en que esa conducta de participación no califique como autoría mediata (y ciertamente hay espacio para tales casos, por ejemplo, cada vez que el conocimiento del partícipe doloso, sobre la probabilidad de producción del resultado, no supere al conocimiento que sobre el mismo asunto tiene el autor imprudente<sup>110-111</sup>).

– la exigencia de accesoriedad, en cualquier caso, no releva la necesidad de que tales comportamientos accesorios, también supongan un ataque directo al bien

<sup>107</sup> O, en su caso, del autor mediato por error del instrumento.

<sup>108</sup> Y aclara que, desde 1942 hasta la postguerra, la jurisprudencia aceptaba, sin perjuicio del principio de accesoriedad limitada, la participación en un hecho no doloso –ya por razones sistemáticas, si el dolo se consideraba forma de la culpabilidad y no elemento del injusto típico–, explicando que también en la sistemática ahora dominante puede entenderse que la accesoriedad exige la antijuridicidad y la tipicidad objetiva de la conducta del autor; v. ROXIN, *Strafrecht*, T. II, *ob. cit.*, § 26, nm 35 y ss.

<sup>109</sup> V. van WEEZEL, *ob. cit.*, p. 443, sin examinar si esa exigencia, que materialmente critica, viene realmente impuesta en Chile por el texto legal.

<sup>110</sup> ROXIN, *Täterschaft*, *ob. cit.*, pp. 189 y ss.

<sup>111</sup> Cfr., en cambio, CURY, *ob. cit.*, p. 623, afirmando indiferenciadamente que “*la instigación o colaboración dolosa en el acto culposo de otro es, en realidad, autoría directa*”, lo que, en mi opinión, no atiende a las relevantes diferencias, en materia de *dominio de la voluntad*, que cabe apreciar según si el partícipe doloso realmente sabe o no más que el autor imprudente, acerca de la probabilidad del resultado.

jurídico, por más que no se aprecie en ellos la centralidad que cabe predicar de los ataques al bien jurídico cometidos a título de autor; lo distintivo del autor, es esta centralidad, pero la peligrosidad directa para el bien jurídico parece constituir un mínimo de lesividad, necesario en toda forma de intervención, que justifica demandar, entonces, en los comportamientos de participación, junto con su accesoriedad respecto de una realización típica a título de autor, la producción directa, por parte del partícipe, de un ataque objetivamente imputable y no permitido al bien jurídico (como lo hace la *teoría de la causación accesoria de un ataque al bien jurídico*), excluyendo, con esto, cualquier justificación sobre el fundamento de la punibilidad del partícipe, que se apoye en la pura accesoriedad (como la de la *solidarización* con el autor, o la del *involucramiento* del autor en el injusto o en la culpabilidad); fuera de ello, si acaso la exigencia (también, para toda forma de intervención punible) de “autorresponsabilidad” en un sentido amplio (es decir, como la plantea van Weezel, que tiene, como “la otra cara de la medalla”, la responsabilidad por la decisión libre de expresar sentido con otros en forma mancomunada) viene a plantear o no un requisito adicional al que formula la teoría de la causación accesoria del resultado, no queda del todo claro, pero dicha exigencia sí parece por lo menos poner énfasis en la idea (que, supuestamente, esta segunda exigencia del planteamiento de Roxin pretende abrazar) de que para el partícipe, el hecho típico principal, debe ser también un hecho propio<sup>112</sup>.

#### VI. A MODO DE CONCLUSIÓN, DE VUELTA AL PARRICIDIO Y EL HOMICIDIO CALIFICADO

Volviendo a las tesis de Garrido sobre el parricidio, y a las de la doctrina mayoritaria, de la que aquél en esta materia se distanció, la búsqueda de las soluciones más consistentes con la regulación legal y los principios materiales expuestos debería discurrir del siguiente modo:

i) como punto de partida se acoge la tesis que exige la doble fundamentación de la punibilidad de la participación (y hay buenas razones para hacerlo, precisamente en oposición a un concepto unitario de autor), es decir, la facilitación de la conducta típicamente antijurídica del autor (accesoriedad), por una parte, y la (co-)causación autónoma, objetivamente imputable, de un ataque al bien jurídico, por otra;

ii) en seguida, hay que resolver si acaso la infracción del deber especial (en que incurre el pariente) o la mayor culpabilidad que se da, en su caso, por la

---

<sup>112</sup> En ese sentido destaca van WEEZEL, *ob. cit.*, p. 440, examinando el fundamento del castigo del interviniente, que lo que se imputa no es la contribución al hecho (ése es el motivo) sino el hecho típico, que se le imputa como propio. V., también, KINDHÄUSER, *ob. cit.*, § 18, nm 36, destacando que el hecho típico se valora en obra del partícipe.

conurrencia de la circunstancia (personal) en uno de los intervinientes, atañe a la dimensión de accesoriedad, o a la de (co)causación autónoma de un ataque al bien jurídico;

iii) cuando el autor es *extraneus* y el partícipe, *intraneus*, la dimensión de causación autónoma, y objetivamente imputable, de un ataque al bien jurídico, como primer aspecto de la fundamentación de la punibilidad del partícipe, materialmente sí que parece verse afectada por el hecho de que, además de su influencia relevante en la producción del resultado, el partícipe haya infringido un deber personal extrapenal; pero, ciertamente, eso es parte de la valoración paralela del injusto de cada interviniente, que no tiene por qué afectar la del injusto del autor que no infringió el deber personal;

iv) sin embargo, a partir de la concepción aquí defendida, acerca de cuál es la conducta que realiza el tipo de autor de la Parte Especial, lo cierto es que parecen surgir objeciones de tipicidad difíciles de sortear: el tipo del homicidio calificado, por ejemplo, consiste en matar a alguien “por premio o promesa remuneratoria”, y resulta que nadie ha matado (ejecutado inmediatamente una conducta homicida) bajo los efectos de esa promesa, de modo que el tipo complementario de inducción (“induce directamente a otro a ejecutarlo”) no encuentra, en la conducta del autor, una referencia suficiente para fundar responsabilidad accesoria por homicidio calificado; ello, a pesar de que la circunstancia personal se considere integrante del “tipo amplio de culpabilidad”, es decir, como una referencia a la culpabilidad incorporada al tipo, de modo que materialmente no forme parte del hecho típico y antijurídico al que, teóricamente, necesita acceder la conducta de participación, pues aun en tal caso, la referencia legal de la accesoriedad es “el hecho” ejecutado, lo que, en sentido social del lenguaje, parece incluir las circunstancias expresamente nombradas por el art. 391, N° 1°, así como el parentesco, en el art. 390;

v) en el caso del autor *intraneus*, y del partícipe *extraneus*, la infracción del deber no incide en una agravación del desvalor del ataque al bien jurídico protagonizado autónomamente por el interviniente; de hecho, en aquellos que tienen de “paralelos” los ataques de cada uno, partícipe y autor, se aprecia que la circunstancia personal (*täterbezogen*), presente en el autor *intraneus* no tiene cómo incrementar el injusto de la contribución autónoma del inductor *extraneus* a causar, de forma objetivamente imputable, la muerte de la víctima (desvalorado por el peligro de muerte, no permitida, que creó, y que se realizó en el resultado);

vi) por su parte, en el mismo caso, la exigencia de una dimensión de accesoriedad en la conducta del inductor –para poder castigar al partícipe– se dirige a asegurar que al inductor sólo se le hará responder por su incidencia causal en el hecho, en la medida que ella accedió a un hecho principal, de ejecución inmediata, a título de autor, típico y antijurídico; si se piensa que ese requisito se cumple incluso, sin

culpabilidad alguna del autor (accesoriedad media), es evidente que las variaciones de su culpabilidad, condicionadas por la presencia de una circunstancia personal (*täterbezogen*) son igualmente relevantes<sup>113</sup>;

vii) así, con la doctrina mayoritaria chilena, y a pesar de la relativa inconsistencia valorativa de las dos soluciones adoptadas, el texto legal chileno (un límite a las referencias valorativas, para que éstas no lleven a re-definiciones de los conceptos que *abusen del lenguaje*) conduce a negar la realización del delito calificado cuando el partícipe es *intraneus*, y el autor es *extraneus*, refiriendo la responsabilidad accesoria del primero al título realizado por el segundo (del delito común), mientras que las razones materiales asociadas al doble fundamento de la punibilidad de la participación llevan a no “comunicar” al partícipe *extraneus* las circunstancias personales *referidas al autor*, presentes en el autor *intraneus*.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AMBOS, Kai, La parte general del Derecho Penal Internacional, traducción de Malarino, (Montevideo, 2005)
- ARZT, G./WEBER, U., Strafrecht. Besonderer Teil. Lehrbuch, (Bielefeld, 2000), § 2, nm 31 y ss., y cuadro previo a nm 42
- BURGHARDT, Boris, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Völkerrechtlichen Straftatsystem, (Berlin, 2008)
- COUSO, Jaime, “Comentarios” al Informe de Hernández/Millaleo, *ob. cit.*, en prensa
- COUSO, Jaime, Fundamentos del Derecho penal de culpabilidad. Historia, teoría y metodología, (Valencia, 2006)
- CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal. Parte general, 8ª edición, (Santiago, 2005)
- FLETCHER, George P., Rethinking Criminal Law, (Oxford - New York, 2000)
- GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal parte general, 4ª edición, T. II, (Santiago, 2007)
- GARRIDO MONTT, Mario, Derecho penal parte general, 4ª edición, T. III, (Santiago, 2010)

---

<sup>113</sup> Distinto debería ser el resultado, en cambio, si se trata de circunstancias personales o subjetivas que, en realidad, no son *täterbezogen* (referidas al agente), sino que, como lo advierte KINDHÄUSER, *ob. cit.*, § 38 nm 27, constituyen tan sólo un “reflejo” subjetivo del injusto objetivo realizado o por realizar, por ejemplo: el dolo, intenciones referidas al resultado –como el ánimo apropiatorio o de lucro, o la alevosía (en el caso del asesinato)–, todas las cuales son, en realidad, *tatbezogen* (referidas al hecho), de modo que no pueden considerarse meras *variaciones de la culpabilidad*, y sí deberían ser consideradas como aspectos del injusto principal al cual accede la conducta del partícipe.

- HERNÁNDEZ, Héctor, artículos 14 y 15, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (Dir.), Código Penal Comentado. Parte General, (Santiago, 2011)
- HERNÁNDEZ, Héctor, y MILLALEO, Salvador, Intervención punible de dirigentes en grupos criminales y redes en Chile, informe presentado para la Conferencia Internacional, *Los estrategias del crimen y sus instrumentos: El autor detrás del autor en el Derecho penal latinoamericano*, Bogotá, Colombia, 5 al 7 de octubre de 2010, presentación inédita (en su primera versión)
- JAKOBS, Günther, Derecho Penal. Parte General, (Madrid, 1995)
- KINDHÄUSER, Urs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3ª edición, (Baden-Baden, 2008)
- KÖHLER, Michael, Strafrecht. Allgemeiner Teil, (Berlín - Heildeberg, 1997), p. 537
- LÓPEZ PEREGRÍN, M. del Carmen, La complicidad en el delito, (Valencia, 1997)
- MAÑALICH, Juan Pablo, La estructura de la autoría mediata, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIV (2010) [pp. 385 - 414]
- MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 8ª edición, (Barcelona, 2009)
- NOVOA MONREAL, Eduardo, Curso de derecho penal chileno. Parte general, 3ª edición, T. II, (Santiago, 2005)
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, El sujeto activo en los delitos tributarios, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXVIII (2007)
- POLITOFF, Sergio, GRISOLÍA, Francisco y BUSTOS, Juan, Derecho Penal Chileno. Parte Especial. Delitos contra el individuo en sus condiciones físicas, 2ª edición, (Santiago, 1993)
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, 2ª edición, (Santiago, 2006)
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y Ramírez, Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, 2ª edición, (Santiago, 2006)
- RENGIER, R., Strafrecht. Besonderer Teil. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 7ª edición, (Múnich, 2006)
- ROXIN, Claus, Injerencia e imputación objetiva, en LASCANO, C. J. (Director Editorial), Nuevas formulaciones en las ciencias Penales. Homenaje al Profesor Claus Roxin, (Córdoba, Argentina, 2001)
- ROXIN, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil, T. I, 2ª edición, (Múnich, 1994)
- ROXIN, Claus, Strafrecht. Allgemeiner Teil, T. II, (Múnich, 2003)

- ROXIN, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª edición, (Berlín, 2006)
- STRATENWERTH, Günther, Derecho Penal, Parte General, Traducción de la 4ª edición alemana de Cancio Meliá y Sancinetti, T. I, (Buenos Aires, 2008)
- VAN WEEZEL, Alex, Intervención delictiva y garantismo penal. A la memoria de Juan Bustos Ramírez, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* – *www.zis-online.com*, 8/2009 (disponible en [http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009\\_8\\_350.pdf](http://www.zis-online.com/dat/artikel/2009_8_350.pdf) [visitada el 16 de abril de 2012])
- WELZEL, Hans, Derecho Penal Alemán, traducción de la 12ª ed. alemana de Bustos, Juan / Yáñez, Sergio, (Santiago, 1987)
- WERLE, Gerhard, Tratado de Derecho Penal Internacional, 2ª edición, traducción de Cárdenas, Couso y Gutiérrez, (Valencia, 2011)