

VIII JORNADAS CHILENAS DE CIENCIAS PENALES

COMENTARIO PANEL II

COMENTARIO A LA PONENCIA DEL PROFESOR JAIME COUSO

LUIS ORTIZ QUIROGA*

Coincidimos plenamente con el Profesor Couso, al inicio de su agudo e interesante aporte, cuando señala que el Profesor Garrido, nuestro homenajeado, refleja a través de sus escritos el propósito de “*tender puentes entre el sentido común judicial y la doctrina jurídico penal*”, alejándose muchas veces de las corrientes unánimes o francamente mayoritarias de nuestra doctrina en la medida que ellas se aparten de aquellas vías que, a su juicio, permitían llegar en la práctica a soluciones más justas. Por lo demás, no es éste ajeno en nuestra doctrina. El criterio de privilegiar una solución determinada en un conflicto cualquiera, escudándose en razones de justicia material, más que en principios y razones teóricamente consistentes, era un ejercicio que con frecuencia autores como Politoff, Bustos y Grisolia emplearon asiduamente, como ocurre en la disyuntiva que plantean entre infanticidio-asesinato, y en que se acepta castigar al extraño inductor o partícipe de infanticidio, en que concurre alguna de las circunstancias que califican el homicidio, a título de homicidio calificado, “*ya que él no puede invocar las circunstancias personales que fundan el privilegio del intraneus*”¹. La situación inversa conduce, respetando el principio de accesoriedad, a castigar al *intraneus* como instigador o cómplice de homicidio calificado y no de infanticidio con la simple agravante del art. 12 del Código Penal resultando así el despropósito de castigar con mayor rigor al imputado cuando se limita a instigar o inducir a un extraño que cuando da muerte de manera directa al recién nacido.² Estos autores no vacilan y pugnan derechamente por castigar al *intraneus*, como partícipe de infanticidio, aun cuando con ello se vulnera el principio de accesoriedad (en una ruptura que consideran aparente).

El profesor Couso da cuenta de las dos soluciones incompatibles que defiende el profesor Garrido en materia de accesoriedad y comunicabilidad en los delitos

* Profesor Titular de Derecho penal de la Universidad de Chile.

¹ POLITOFF, Sergio, BUSTOS, Juan y GRISOLÍA, Francisco, Derecho Penal Chileno, (Santiago, 1971), p. 146.

² POLITOFF, BUSTOS, GRISOLÍA, *ob. cit.*, p. 142.

especiales propios, por una parte manteniendo el título de la imputación en relación al *extraneus* a quien comunica las circunstancias personales del *intraneus*; y por la otra, castigando al partícipe *intraneus* por el delito especial aun cuando el ejecutor sea un *extraneus*, rompiendo el título de imputación y substituyendo el concepto de injusto típico como ancla o sustento básico por el de un “injusto personal”, a través del cual el repudio ético pareciera substituir el vacío que se presenta en relación al fundamento por el plus de pena que se lleva el *intraneus* en este caso, al medirse su responsabilidad sobre la base de un delito que no se ha cometido. Garrido hace primar, sobre el principio de accesoriedad, el dolo personal del autor y el comportamiento ejecutado por cada interviniente.

Esta labor de acercamiento entre el sentido común judicial y la doctrina jurídico penal, Couso la grafica a través del tratamiento de la autoría y participación en la obra principal de Garrido, como lo es su Manual de Derecho Penal y además su libro *Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación*. Más en concreto, lo ejemplifica a través de sus explicaciones respecto de la comunicabilidad de las circunstancias personales exigidas en determinados tipos penales en los casos de intervención múltiple en el delito, tanto de *intraneus* como de *extraneus*.

Luego de explicar la posición del Profesor Garrido, la que identifica como única en nuestro medio doctrinario y califica *a priori* de contradictoria, Couso recurre, en el análisis de los planteamientos del homenajado, a comparaciones con la doctrina alemana, con la que constata semejanzas, precisamente con la posición doctrinaria de Garrido que puede considerarse como solitaria en nuestro medio: el partícipe *intraneus* responde como partícipe del delito especial, aun cuando el autor *extraneus* responda por el delito común, pues no ha realizado el tipo de autor.

Sin embargo, Couso no atribuye esta coincidencia a una doctrina de elaboración dogmática similar a la rica teoría penal alemana, sino que, precisamente, a su especial preocupación por las consecuencias judiciales de sus planteamientos, que en concreto significa privilegiar la solución materialmente aceptable del caso, por sobre la mirada más amplia que considere la consistencia sistemática del planteamiento. Agrega que es posible que la sensibilidad judicial es la que ha llevado al autor a soluciones tan dispares, pero que contienen un hilo conductor desde que en ambos casos el partícipe responde por todo aquello a que se comprometió, tanto objetiva como subjetivamente, en concordancia con lo que Garrido entiende por autor: “*todo aquel que tiene la finalidad típica y realiza una actividad para concretarla*”³.

Couso caracteriza la concepción general de la autoría y participación en la obra de Garrido como una expresión de un concepto unitario de autor. Para tal efecto,

³ GARRIDO MONTT, Mario, Derecho Penal, 4ª ed., T. II, (Santiago, 2007), p. 301.

recapitula las características y consecuencias principales de una noción unitaria de autor, la que no correspondería a la configuración legal general de nuestro Ordenamiento, que parte de la base de un sistema esencialmente diferenciado –accesoriedad de la participación y características cualitativamente diversas de autoría y participación– y, posteriormente, identifica expresiones particulares de lo que denomina “concepto unitario de autor en el Derecho Chileno”. En un examen retrospectivo, cita como ejemplo la calificación de inducción con dolo eventual en el fallo sobre recurso de nulidad de la Corte Suprema en el llamado caso Quintrala, basado, según Couso, en la teoría de causación pura, es decir, atendiendo exclusivamente a la relación directa del inductor con el resultado imputable a aquélla, en cuanto ha creado un peligro jurídicamente desaprobado, conclusión similar a la que se llegaría mediante la aceptación del concepto extensivo causal de autor; la concepción pragmática que la práctica judicial ha seguido. En esta línea de pensamiento considera además el tratamiento de la autoría en los delitos imprudentes; la autoría en los delitos de infracción de deber, con independencia del aporte del titular del deber al hecho incriminado; la autoría de todo omitente en los delitos de comisión por omisión, también en este caso con independencia de la configuración del hecho por parte del omitente; y, por último, la incorporación de la responsabilidad del superior jerárquico en los términos descritos en el Estatuto de Roma para los delitos de genocidio y los crímenes de lesa humanidad sancionado en nuestro país a través de la Ley N° 20.357.

En esta parte el ponente da cuenta de la extendida tesis que considera que, en los delitos de infracción de deber, basta para ser autor incumplir el deber especial que pesa sobre el obligado, sea cual sea su intervención en los hechos, afirmación que, hecha sin matices, desemboca en los efectos propios del concepto unitario de autor. Menciona para este efecto los aportes actuales hechos por Magdalena Ossandón, que exige para ciertos delitos de infracción del deber, no sólo la concurrencia de la infracción misma sino, además, “ciertos actos concretos de organización”, los que deben realizarse por quien tiene el dominio de los mismos; y de Juan Pablo Mañalich, para quien la mera infracción del deber extrapenal no es suficiente sin la infracción de la norma de comportamiento expresada en la Ley Penal, de manera que el simple desobedecimiento a la norma de deber, por sí sola, jamás puede calificar como una realización típica del hecho a título de autor de acuerdo a la teoría del dominio del hecho; y, asimismo, de las críticas formuladas en nuestro medio por van Weezel y Juan Pablo Mañalich, planteamientos ambos en los cuales el ponente aprecia la concurrencia de un fundamento material reconducido a la normativización del concepto de autor, fundada en la auto responsabilidad por la ejecución del hecho, sin intermediario.

Los desarrollos ofrecidos por Couso en su ponencia respecto de estos problemas son ciertamente muy interesantes, sin embargo, quisiera centrarme en

el análisis del pensamiento del Profesor Garrido. Me refiero, en primer lugar, a algunas inquietudes respecto del concepto unitario de autor que él plantea. Nos parece que su idea de un concepto unitario se aleja de aquél sostenido por la doctrina dominante. En efecto, Garrido parece asignar este concepto a aquellas doctrinas que buscan un fundamento único en todas las formas de autoría y no a aquellas que unen en su fundamento autoría y participación. Dice el Profesor: “*La tendencia unitaria propone un mismo y único concepto de autor valedero para las diversas formas de presentación del delito, tanto para la acción como para la omisión, doloso o culposo*”, y opone a tales planteamientos “*una tendencia que diversifica el concepto de autor creando uno específico y distinto para cada modalidad de presentación del hecho delictivo*”.⁴

Couso maneja un concepto diverso de autor unitario que, correctamente, apunta a la posibilidad de diferenciar cualitativamente entre autor y partícipe, pero que no coincide con el que maneja Garrido. Para éste es perfectamente posible sostener una diferencia esencial, basada en la accesoriedad, al menos en el delito de acción doloso. Aún más, en la medida que entiende que el fundamento de la autoría difiere esencialmente en los delitos dolosos y en los culposos, nos atreveríamos a pensar que el Profesor, coherente con su concepto, definiría su doctrina como una diferenciadora y no unitaria.

Esta discrepancia deja en evidencia que la asignación de títulos, más o menos abstractos, a los desarrollos dogmáticos propios o ajenos, albergan siempre el peligro de asignar nada más que etiquetas que no clarifican el contenido del desarrollo dogmático. El propio Couso advierte este peligro, por lo demás, cuando reflexiona sobre este punto en el párrafo que titula “De lo Relativo y lo Absoluto” en la Atribución del mote “Concepto Unitario de Autor”.

Cabe destacar otro aspecto del trabajo de Garrido que otorga una segunda característica a su concepción del problema de la autoría y participación y que, a nuestro modo de ver, dificulta la reconstrucción sistemática de su pensamiento. Lo que decimos no puede percibirse como una crítica, puesto que, en todo caso, el enfoque sistemático no ha sido en la óptica de Garrido un problema central, sino que, según se indicaba al inicio, la solución materialmente correcta del problema concreto.

En cuanto a la designación del tratamiento de la autoría como uno de corte normativo, el problema no radica en la opción de Garrido por una fundamentación normativa de la autoría, esfuerzo que es loable y, en el aporte de Couso, absolutamente necesario.

⁴ En similares términos se expresa Garrido al introducir al problema de la autoría y participación (GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. II, p. 297): “*hoy se acepta que no existe una noción unitaria del delito: tanto el doloso como el culposo tienen estructuras distintas, lo que repercute en el iter criminis de cada uno y en la autoría y la participación*”.

Más bien, las dudas surgen en torno a la consistencia sistemática de esta noción normativa de autor en relación a la fundamentación general del sistema dogmático en la obra de Garrido.

La adscripción explícita de Garrido a la teoría finalista desarrollada por Welzel hace difícil comprender su, también explícita, adscripción a un concepto eminentemente normativo de autor. La Escuela Finalista pretendía, precisamente, atender a criterios ontológicos, los que no pueden ser desatendidos al realizar consideraciones valorativas; las estructuras lógico-objetiva determinan las instituciones penales, también la autoría.

Consecuentemente, la acción final del hombre sólo permite considerar como autor a aquél que efectivamente domina el desarrollo del curso causal sobredeterminado finalmente; Welzel y el finalismo adhieren a la noción del dominio del hecho como fundamento de la autoría, sobre la base del señorío del acontecer típico, sin perjuicio de las críticas que luego se formularan a su respecto.

Cuando Garrido sostiene que su noción de autor es eminentemente normativa, pareciera caer en una contradicción, la que se profundiza cuando posteriormente rechaza de plano el criterio del dominio del hecho como fundamento de la autoría, criterio que precisamente es utilizado por la escuela finalista a la que parece seguir.

Algo similar ocurre cuando Garrido propone el criterio concreto con el que permitirá diferenciar las formas de autoría de aquellas de participación, porque si bien ofrece una fórmula que aparentemente se apoya en una teoría finalista, en la medida en la que reitera que la acción penal es actividad final, el concepto finalista no pasa a ser más que una mera apariencia. Desde luego, porque el concepto finalista mantiene una base causalista (lo que sobredetermina la conducta penal es un curso causal), pero, más relevante aún, es un concepto de índole ontológica, de manera de no resultar comprensible que Garrido exponga esta idea de acción en un apartado que intitula “Teoría Normativa de la Acción”.

Asimismo, el aspecto finalista no parece cumplir la función que le asigna la propia teoría finalista en el problema de la intervención punible, porque —ya se dijo— Welzel fundaba la autoría en el domino fáctico del hecho, pero, más aún, porque el aspecto finalista en Garrido parece más bien un sustituto lingüístico que ampara una fundamentación auténticamente subjetiva de la autoría.

Así puede comprobarse en varios de sus escritos. Sostiene, por ejemplo: “*Autor es aquél que tiene el propósito típico (finalidad) y realiza los actos tendientes a la concreción de ese propósito*”. Asimismo, afirma, “*el cómplice no participa de la finalidad del autor ni está concertado en el caso de la autoría. Se limita a colaborar para que el autor o autores logren su objetivo, realizando acciones complementarias, o auxiliares de la acción principal realizada por aquellos*”. Finaliza sosteniendo: “*Es autor todo aquel que tiene la finalidad típica y realiza una actividad para concretarla o participa de la que es común y de la división del trabajo destinado a cumplirla; es*

*cómplice quien no tiene esa finalidad, pero si la de colaborar con el autor o coautores antes o durante la ejecución del hecho”.*⁵

Si lo distintivo no está en el aspecto objetivo consistente en que la colaboración del cómplice no permite dominar el hecho, entonces no radica en nada más que en una finalidad subjetiva que dista de la finalidad del autor: éste actúa en interés propio y no subordinado a otro, aquel actúa en interés ajeno y subordinado al autor. Que el cómplice exteriorice tal subjetividad mediante su conducta, parece más bien un requisito esencial para poder reconocer su intención o interés (una prueba de su subjetividad). Este criterio no se aleja demasiado del *animus auctoris o socii* que propugnaba el causalismo a través de la teoría subjetiva. Es sugerente, por lo demás, que el Profesor Garrido, a pie de página de estas explicaciones, sostenga: “*la crítica que se hace a la tesis causal subjetiva no es en esencia justa; es válida únicamente en cuanto pretendiendo analizar el delito con una visión fenoménica material, diferencia el autor del cómplice sólo por aspectos subjetivos y no objetivos*”.⁶

De lo dicho precedentemente, pareciera que Garrido emplea la noción de *normativización de la autoría* de una manera muy diversa a la noción radical que emplea la doctrina moderna. Este análisis normativo de la autoría puede tener, en sus palabras, “*un fundamento ontológico concreto y claro*”. La orientación del Profesor pareciera no tener una pretensión diferente a “*separar conceptualmente la noción normativa de autor y la de realizador material del hecho*”. Pero sabemos que tal separación es un propósito común de toda teoría de la autoría, incluso de una causalista, que es capaz de sancionar a una persona que ahoga en la bañera a un recién nacido a solicitud y en interés de la madre como cómplice, a pesar de llevar a cabo de propia mano toda la conducta homicida, (caso de la bañera, fallado por el Tribunal Supremo del imperio alemán en el siglo XIX).⁷

El sentido que le otorga Garrido a la normativización de la autoría cumple, por consiguiente, una función más modesta que la que propone la doctrina moderna,

⁵ GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. II, p. 301. La contradicción en que se incurre al separar totalmente la voluntad del cómplice con la del autor ejecutor, en circunstancias que se considera que el propósito del primero sólo ayuda a que el autor alcance su designio ha sido ya observado con vehemencia por Cury (CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, (Santiago, 2005), p. 610, nota 120). Recuérdese que para Garrido, los comportamientos exteriores del partícipe no tienen importancia porque ellos tienen características comunes con los de la autoría, por lo que el único medio de distinguir unos de otros es tomando en consideración la subjetividad de cada interviniente (GARRIDO MONTT, Mario, Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación, (Santiago, 1985), p. 343).

⁶ GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. II, p. 301, nota 643.

⁷ Esta misma tesis del interés se aplicó en el caso Staschynski, ocurrido en 1962, en el cual se condenó por complicidad en un asesinato a un agente ruso quien, actuando por encargo del Servicio Secreto Soviético, había dado muerte a balazos a dos exiliados políticos en Múnich (citado por ROXIN, Claus, La Teoría del Delito en la Discusión Actual, (Lima, 2007), p. 464).

porque no postula a una radical desestimación de realidades ontológicas que permite llegar a calificar incluso el dominio del hecho como un mero dato irrelevante para dar sentido jurídico a la conducta del autor.

Normativizar cualquier categoría jurídico-penal puede significar distintas aproximaciones al problema, de la más diversa índole, en la medida que se sostenga sobre un contenido consistente.

Según destaca Couso en su texto, su verdadero centro de atención para alcanzar soluciones materialmente aceptables está puesto en la relación entre la parte especial y la parte general en referencia a la autoría y participación. Garrido entiende que la parte especial ofrece una descripción neutra y que, como tal corre el riesgo de desbordarse a cualquier tipo de realización de su contenido, desatendiendo su función garantista. Es por tal razón que la parte general sobre autoría y participación –el tipo legal de autoría en palabras de Couso– juega un rol central de determinación de las formas de intervención punible en la realización de la parte especial.

Nuestro ponente plantea y desarrolla una interesante reflexión limitadora, en pos de la función garantista del Derecho Penal, entre el concepto material de autor con base normativa –que potencialmente puede ampliar excesivamente la parte especial– y el tipo legal consagrado en el art. 15 del Código Penal que determina el alcance de la parte especial limitando con ello la noción normativa de autor. A la inversa, el concepto material de autor con base normativa, permite reducir el alcance semántico posible del tipo legal del art. 15 CP con idéntica función garantista.

Couso decodifica de esta forma el tratamiento de la autoría y participación en el trabajo de Garrido, encontrando sustento en su obra cuando éste afirma: “*Para estos efectos interesa el concepto normativo de ‘realización’ que debe precisarse a través de una interpretación sistemática de la parte especial y general del Código Penal, en particular de los arts. 14 y sigs.: aquella noción es más importante y distinta que la de ejecución material. Las disposiciones generales aludidas no extienden ni restringen las de la parte especial, sino que las explican y las complementan determinando su exacto sentido*”.⁸

Lo que expresamos en este breve comentario no debe inducir al lector a pensar que lo que aquí se dice constituye un enjuiciamiento a la labor del Profesor Garrido, cuya extraordinaria dimensión merece el respeto y admiración de todos. Sus relevantes aportes al Derecho Penal chileno y sus concepciones, en muchos aspectos originales, sirven de estímulo al debate y a la crítica en la que el propio Garrido participó activamente a través de sus diversos escritos. Sus puntos de vista los defendió siempre en un esfuerzo constante de quien busca la justicia, teniendo presente que, no obstante el respeto que le merecían los principios y la doctrina,

⁸ GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, T. II, p. 297.

cuando la aplicación de los primeros y la ciencia de esta última no permitían llegar a las conclusiones que estimaba justas y adecuadas, no vacilaba en predicar por caminos propios, sin importarle razones de autoridad.

No cabe sino coincidir con Couso cuando sostiene que el Profesor Garrido supo tender como pocos estos puentes tan necesarios entre Academia y Tribunales, realizando, por un lado, una labor judicial de valor incalculable para nuestro país en la medida que sus desarrollos teóricos permitieron aumentar la predictibilidad de las decisiones judiciales y con ello enfocar la argumentación jurídica de todos los intervinientes y, por otro lado, abocándose a una labor académica que incluyera en sus enseñanzas la valoración de las consecuencias prácticas de los planteamientos de la doctrina.

En esta doble labor comparte un sitio destacado con otros juristas muy cercanos, como los Profesores Cury, Künsemüller y, en su momento el Profesor Bustos. A Garrido se le recordará siempre, además, por su honestidad y buen sentido y por la finura y discreción con que desempeñó siempre su Magisterio, todo lo cual nos complace resaltar con ocasión de este homenaje en su honor.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CURY URZÚA, Enrique, Derecho Penal, Parte General, 8ª edición, (Santiago, 2005).
- GARRIDO MONTT, Derecho penal parte general, 4ª edición, T. II, (Santiago, 2007).
- GARRIDO MONTT, Mario, Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación, (Santiago, 1985).
- POLITOFF, Sergio, BUSTOS, Juan y GRISOLÍA, Francisco, Derecho Penal Chileno, (Santiago, 1971).
- ROXIN, Claus, La Teoría del Delito en la Discusión Actual, (Lima, 2007).