

# AUTORÍA Y DOMINIO DEL HECHO EN EL DERECHO PENAL CHILENO. UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICA

ALEX VAN WEEZEL

*Pontificia Universidad Católica de Chile*

*SUMARIO: I. Necesidad de una “comprensión previa”. II. El legislador histórico. III. Antes de 1974: la concepción formal-objetiva y sus principales variantes en la doctrina chilena. 1. La visión tradicional. 2. El planteamiento subjetivo-causal de Novoa. 3. La posición subjetiva-formal de Garrido Montt. IV. Después de 1974: la teoría del dominio del hecho. 1. El dominio funcional del hecho (coautoría). 2. El dominio organizacional (autoría mediata). V. Dominio del hecho y reglas de intervención delictiva contenidas en el Código penal. 1. El art. 15 N° 1 primera parte CPc. 2. El art. 15 N° 1 segunda parte CPc. 3. El art. 15 N° 3. 4. Autoría mediata y art. 15 N° 2 CPc. VI. La insuficiencia del dominio del hecho. VII. Constantes en la “comprensión previa” de las reglas de intervención en el Derecho penal chileno. 1. Las formas de intervención se refieren al “hecho típico”. 2. El hecho típico comienza con la tentativa. 3. La conducta del autor de propia mano se subsume ya bajo el tipo penal correspondiente de la Parte especial. 4. Concepto restrictivo de autor (o de “hecho típico”). 5. Lado subjetivo de la intervención delictiva: el dolo de los coautores y de los partícipes. IX. Conclusiones. Bibliografía.*

*PALABRAS CLAVE: intervención delictiva, autoría, dominio del hecho.*

En la dogmática chilena actual coexisten tres modelos de comprensión de la intervención delictiva. El primero corresponde a una recepción de la teoría del dominio del hecho de la mano de los autores finalistas<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Estableciendo las bases de esta recepción, YÁÑEZ, Sergio, “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en RIVACOBIA (ed.), *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Valparaíso: Edeval (1975), pp. 166 y ss.; el modelo será desarrollado luego por SOTO, Miguel. “La noción de autor en el Código Penal Chileno”, en *Gaceta Jurídica*, N° 68, 1986, pp. 13 y ss.; una aproximación más reciente desde análogos presupuestos teóricos puede verse en COUSO, Jaime. “Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el derecho chileno. En memoria del Profesor Mario Garrido Montt”, en *Revista Chilena de Ciencias Penales*, 2012, pp. 91 y ss.

El segundo modelo es una variante de la concepción formal-objetiva sobre la autoría, pero enriquecida con elementos de la teoría de la acción<sup>2</sup>. Según esta comprensión, por ejemplo, en delitos como el homicidio la prohibición de matar a otro no se referiría a las acciones que simplemente consisten en *causar* la muerte de otro, sino a aquellas que satisfacen una determinada descripción. La descripción de que se trata en el homicidio corresponde a *producir* la muerte de otro. Consecuentemente, para que se aplique la norma a un determinado suceso, se exige en primer lugar que una persona se encuentre en situación de omitir o ejecutar una acción que sea un ejemplo de ese tipo de acción, es decir, en situación de producir la muerte de otra persona o de no hacerlo. Este esquema da origen a una distinción categorial entre acciones principales –las únicas que pueden ser alcanzadas por la prohibición típica y, por lo tanto, las únicas que dan origen a una imputación a título de autoría– y acciones auxiliares, características de la participación<sup>3</sup>.

El tercer modelo plantea que la teoría de la intervención delictiva es la aplicación de la imputación objetiva de conductas al ámbito del actuar conjunto<sup>4</sup>. Los intervinientes son conjuntamente competentes o responsables de la evitación de la realización típica. Y quienes sean competentes en conjunto con otros serán, todos por igual, intervinientes en el hecho. Esta competencia conjunta,

---

<sup>2</sup> Véase MAÑALICH, Juan Pablo. “Intervención ‘organizada’ en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador”, en COUSO, Jaime y WERLE, Gerhard (dirs.), *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, pp. 23 y ss.

<sup>3</sup> Una crítica a esta concepción puede verse en VAN WEEZEL, Alex. “Accesoriedad y autorresponsabilidad en la teoría de la intervención delictiva: comentario a las ponencias de Mañalich y Rotsch”, en COUSO, Jaime y WERLE, Gerhard (dirs.), *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, pp. 71 y ss. Sobre todo: la distinción “categorial” depende no solo de la descripción típica, sino del contexto del hecho. Por ejemplo, para que funcione el modelo de distinción categorial es necesario atribuir a cada coautor una conducta que ejemplifique el tipo de acción que el tipo manda o prohíbe. Pero como esto sería demasiado estrecho y replicaría los defectos de la concepción formal, se deja de lado este apego estricto a la descripción típica (característico de la autoría en solitario) y se aclara que la conducta del coautor debe ser una contribución “representativa” a la realización del tipo. Sin embargo, esta representatividad depende del contexto, de modo que en un contexto de división compleja del trabajo el peso específico de cada contribución puede ser mucho menor. En consecuencia, supuesta una posición de garante, una omisión atípica como delito autónomo –mirar para otro lado mientras otro sujeto pasa un cable bajo la puerta; encender con unos segundos de retraso una cámara de vigilancia; etc.– puede contar como coautoría. No hay nada que objetar a esta conclusión –simplemente habría que comparar la importancia relativa de los aportes de los demás–, pero es difícilmente compatible con el propósito de construir un modelo que distinga categorialmente entre coautoría y complicidad.

<sup>4</sup> Véase VAN WEEZEL, Alex. “Intervención delictiva y garantismo penal. A la memoria de Juan Bustos Ramírez”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (8), 2009, pp. 432 y ss.

que se presenta como el genuino contenido de la accesoriedad –la conducta de cada interviniente “significa” preparación o continuación de la conducta del otro o de los otros–, se determina recurriendo a la teoría de las posiciones de garante y a las categorías de la imputación objetiva de conductas, en particular, el principio de confianza y la prohibición de regreso, cuyo reverso es justamente la intervención delictiva. En este plano, la respuesta es binaria: la persona es interviniente en el delito o no lo es. Luego habrá que ponderar el peso relativo de los aportes para definir a quiénes de entre los competentes corresponde la pena de autor. Este último es un ejercicio comparativo y en cierto modo cuantitativo, que incide más o menos directamente en la determinación de la pena según la regulación legal en cada ordenamiento. Este modelo plantea, entonces, una noción unitaria de interviniente en el hecho, pero basada en una accesoriedad normativamente entendida como copertenencia de las conductas de los intervinientes en el plano del sentido.

Si en el segundo modelo la teoría del dominio del hecho parece no tener cabida alguna, en el tercer modelo queda reducida a un tópico relativamente útil para la ponderación del peso relativo de los aportes. En cualquier caso, ambos resisten la asignación de un rol protagónico a la idea de dominio. Las consideraciones que siguen tienen por objeto contribuir a esclarecer dos aspectos en relación con la teoría del dominio del hecho. En primer término, cuál es el itinerario intelectual que conduce al estado presente de la dogmática de la intervención delictiva en Chile y, en segundo lugar, cuáles son las constantes que caracterizan este itinerario y que, más allá de las discrepancias, permiten identificar un “consenso básico” en la materia.

### I. NECESIDAD DE UNA “COMPRESIÓN PREVIA”

El tratamiento penal de las personas vinculadas *de algún modo* a la comisión de un hecho delictivo es un asunto que las reglas del Derecho positivo resuelven solo en parte. Esto se debe principalmente a dos razones:

(i) las reglas legales no se ponen explícitamente en todos los casos posibles de vinculación de una persona con un hecho delictivo,

(ii) la comprensión de las reglas legales existentes está condicionada por una comprensión previa de la materia de la regulación y de la forma en que dicha materia *debería* ser abordada por el legislador. Comentando este aspecto, y luego de argumentar sobre la imposibilidad de distinguir entre autores y cómplices con el solo auxilio del texto de la ley, la Corte Suprema de Justicia de Chile ha señalado que “se hace necesario encontrar un criterio adicional a la concertación, a la facilitación de medios o al mero presenciar el ilícito para poder diferenciarlo de la complicidad [...] Ahora bien, quizás *antes que un criterio adicional o distinto, se trata de un criterio informador de los expuestos*

en la ley, de un elemento que debe entenderse implícito en ellos y que le da el sentido y explicación a la decisión del legislador de sancionar a ciertos sujetos como coautores en lugar de aplicarles las penas de la complicidad”<sup>5</sup>.

La primera de las consideraciones arriba mencionadas –las reglas legales no cubren todas las hipótesis posibles– lleva a la necesidad de desarrollar criterios para los casos no explícitamente previstos, de modo que estos criterios armonicen con el resto de la regulación. En este contexto se puede discutir, por ejemplo, si las hipótesis en que el hombre de atrás engaña al ejecutor material pueden asimilarse a aquellas en que lo “fuerza” a ejecutar el hecho en el sentido del art. 15 N° 2 del Código Penal chileno (en adelante, CPc).

El segundo aspecto es aún más complejo. En Chile, la comprensión previa de las reglas sobre intervención delictiva ha descansado fundamentalmente en dos concepciones con vasta tradición en la ciencia penal comparada. En primer lugar, la teoría denominada “formal-objetiva” (en lo sucesivo se hablará de “concepción formal” de la autoría), en sus diversas variantes, y, por otro lado, la denominada “teoría del dominio del hecho”, también en manifestaciones diferentes. Por el contrario, los conceptos extensivos de la autoría y en particular la concepción subjetiva de base causal, de gran arraigo en muchos países, no han encontrado auténtica y sistemática acogida en Chile, sin perjuicio de las contribuciones de NOVOA, a las que se hará luego una breve referencia. El punto de inflexión, que marca el paso del predominio de la concepción formal a la aplicación del tópico del dominio del hecho, es la contribución de YÁÑEZ en las Jornadas Internacionales de Derecho penal celebradas en 1974.

## II. EL LEGISLADOR HISTÓRICO

Los arts. 14 a 17 CPc tuvieron como antecedentes el art. 11 del CP español de 1850 y el art. 66 del CP belga<sup>6</sup>. La regla que sufrió mayores transformaciones en su recepción fue el art. 15 CPc, y el propósito declarado de ellas fue “com-

---

<sup>5</sup> SCS 14.09.1999, recaída en causa rol N° 2607-99, cons. 12° (cursivas sólo aquí).

<sup>6</sup> Sesiones 10 (24.05.1870), 11 (23.V.1870 [*sic*]), 125 (4.04.1872), 126 (16.04.1873), 127 (18.04.1873) y 168 (1.10.1873) de la Comisión Redactora. El tenor actual de los arts. 14-16 del CP chileno es el siguiente: “Art. 14. Son responsables criminalmente de los delitos: 1° Los autores. 2° Los cómplices. 3° Los encubridores. Art. 15. Se consideran autores: 1° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa; sea impidiendo o procurando impedir que se evite. 2° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo. 3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él. Art. 16. Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”.

prender con bastante claridad: 1º al ejecutor directo del delito; 2º al agente que le ayuda a realizarlo y con su cooperación o mera presencia ampara o autoriza su perpetración; y 3º por último, al que ordena u obliga a ejecutar el delito”. Solo muchos años después, la Ley N° 19.077, de 28.07.1991, modificaría el art. 17 N° 3 CPc, relativo al encubrimiento, ampliando su ámbito de aplicación.

Resulta muy ilustrativo detenerse brevemente en los aspectos que la Comisión Redactora alteró en relación con el modelo español, y en aquellos donde se hace constar en las actas el sentido que los comisionados asignaban a un determinado precepto. Así, en el art. 15 N° 1 CPc se introdujo la distinción entre quien interviene en el hecho “de manera directa” y el que interviene “impidiendo o procurando impedir que se evite”<sup>7</sup>.

Respecto del art. 15 N° 2 CPc, la Comisión dejó constancia de que la expresión *inducir* comprende a “los que por dones, promesas, maquinaciones o artificios culpables, hubieren provocado o inducido directamente a la perpetración del delito o falta”. En una sesión posterior se señaló también que la norma alcanzaba a “los que por dádiva, promesa, violencia u otro modo semejante obtienen la perpetración del delito por manos ajenas, aun cuando se hallen distantes del lugar en que se ejecuta”.

El art. 15 N° 3 CPc contiene la regla que más problemas de interpretación ha provocado, y también es la única de creación original de la Comisión. En efecto, la propuesta de RENGIFO incluyó el elemento del “concierto previo” y precisó las clases de conducta que habían de subsumirse bajo la norma correspondiente: “facilitar los medios” o “presenciar el delito sin tomar parte inmediata en él”. La Comisión discutió algunos ejemplos ilustrativos y estableció en forma categórica, en cuanto a la facilitación de los medios, que la tipicidad de la conducta exige que los medios en cuestión hayan sido efectivamente utilizados por los ejecutores. Por su parte, para que se verifique la segunda hipótesis es necesario, además del concierto previo, que la presencia del sujeto incremente “la fuerza y poder” de los ejecutores.

Finalmente, el art. 16 CPc se adoptó sin cambio alguno desde la legislación española.

De lo expuesto se puede concluir que, en contra de una opinión muy extendida, la Comisión Redactora fue consciente de muchos de los problemas que afectan desde antiguo a la teoría de la intervención delictiva: la autoría

---

<sup>7</sup> No es cierto que los comisionados hayan considerado como ejemplo de la segunda hipótesis al que “contiene a los que pudieran auxiliar a la víctima”. Para los comisionados, este era simplemente un ejemplo de un “agente que ayuda” a realizar el delito, y lo único que señalaron era que debería quedar comprendido en alguna disposición del art. 15 (Actas de la Comisión Redactora [Edición Rivacoba] p. 470).

mediata, la causalidad del aporte del interviniente respecto del hecho típico, el apoyo psicológico como forma de intervención, etc. Sin embargo, lo más relevante es algo que parece una trivialidad: el legislador histórico no tenía en mente un concepto unitario o extensivo de autor de base meramente causal<sup>8</sup>. Por el contrario, su manera de concebir el art. 15 CPc parte de la base de que el concepto de autor es de alguna forma restrictivo, y por eso se ve necesitado de señalar expresamente qué formas de intervención –que podrían ofrecer lugar a dudas– han de ser tratadas como autoría o, al menos, sancionadas con las penas previstas para la autoría. Esta realidad confirma que, también para el legislador histórico, en principio la autoría de propia mano –cuando no toda forma de intervención– ya se encuentra captada por la norma de conducta del tipo penal correspondiente en la Parte especial. De otro modo, tampoco tendría un sentido aprovechable el art. 14. CPc, que declara como posibles responsables de un delito a los autores, los cómplices y los encubridores.

### III. ANTES DE 1974: LA CONCEPCIÓN FORMAL-OBJETIVA Y SUS PRINCIPALES VARIANTES EN LA DOCTRINA CHILENA

#### 1. *La visión tradicional*

La teoría formal-objetiva es la antecesora de la teoría del dominio del hecho, tanto en el ámbito doctrinal como en la práctica jurisprudencial. Esta concepción considera como autor solo a quien realiza material, mecánicamente, la conducta descrita en el tipo penal correspondiente. Este es, por ejemplo, el punto de vista de LABATUT: “El calificativo de autor corresponde únicamente al que ejecuta los actos integrantes del tipo legal de que se trata”<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> La esencia de todo *concepto unitario de autor* radica en que cada interviniente responde con independencia de la conducta y responsabilidad de los demás, es decir, sin accesoriadad, de manera que las acciones de los demás intervinientes son cuando muchos factores causales desde la perspectiva del autor unitario. Cuando el concepto unitario es además de base causal, el fundamento de la responsabilidad del autor unitario es la causación de la realización del tipo. Los *conceptos extensivos de autor*, por su parte, se hacen cargo de las diferencias de penalidad que la ley prevé para algunos intervinientes menos importantes, tratando –infructuosamente– de limitar a través de criterios sobrepuestos (como la mediatez o inmediatez de la causalidad, la afectación del bien jurídico protegido o de otros bienes, etc.) el concepto unitario de autor.

<sup>9</sup> LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1951), pp. 301 y s. También implícitamente ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1997), pp. 85 y ss.; FERNÁNDEZ, Pedro. *Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado I*, 2ª ed., Santiago: Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona (1899), p. 128; FUENSALIDA, Alejandro. *Concordancias y comentarios al Código Penal Chileno I*, Santiago: Imprenta Comercial Calle Del Huallaga (1883), p. 137.

El planteamiento es sin lugar a duda la expresión de un concepto “restric-tivo” de autor, es decir, de un concepto según el cual no todas las personas vinculadas a un hecho delictivo recibirán el tratamiento penal de los autores, sino solo algunas de ellas. En realidad, sin embargo, la restricción no proviene del concepto de autor, sino de una definición particular de lo que se entiende por “realización” de la conducta típica. Es esta definición la que es restrictiva respecto de la que utilizan quienes consideran, por ejemplo, que quien fuerza a otro a realizar materialmente una conducta, en realidad, también la está ejecutando él mismo. Dicho de otro modo: se podría estar de acuerdo con que la realización de la conducta típica es requisito de la autoría, pero al mismo tiempo entender la “realización” en términos más amplios que la inmediatez físico-corporal exigida por la teoría formal. Esto último es justamente lo que hacen las teorías objetivo-materiales, como la del dominio del hecho. Pero sea como fuere, la teoría es un esfuerzo por restringir el ámbito de la autoría en el plano objetivo, es decir, sin que para excluir la responsabilidad a título de autoría sea necesario obligar al juez a hacer como si pudiera analizar retrospectivamente las disposiciones subjetivas del autor en el momento en que realizó su contribución al hecho.

En cualquier caso, la posición de LABATUT y de los comentaristas del Código penal supuso una reacción a la idea de que en principio todas las personas vinculadas a un hecho delictivo son, desde el punto de vista obje-tivo, igualmente responsables, de manera que si es preciso distinguir entre los autores y otros intervinientes –por ejemplo, porque la ley así lo ordena–, dicha distinción solo puede ser de índole subjetiva. La “teoría subjetiva de la autoría”, que no es otra cosa que el reflejo de la teoría causal de la equivalencia de las condiciones sobre la problemática de la intervención delictiva, atiende a la existencia en alguno o algunos de los intervinientes de una “voluntad de autor” o *animus auctoris*.

Esta reacción se encuentra plenamente justificada, pues la teoría subjetiva admite una discrecionalidad que raya en la arbitrariedad. Así, por ejemplo, mientras la concepción formal impide considerar como autor a aquel cuyo aporte al hecho no se ha realizado en la fase de su ejecución material, la po-sibilidad de castigar como autor a quien tuviera un gran interés en el hecho, pero realizara una conducta habitualmente considerada como de inducción o complicidad, era consustancial a la teoría subjetiva (como en el famoso “caso de la bañera”).

No obstante, el hecho de que el art. 15 N°s. 2 y 3 primera parte CPc permita castigar como autor a quien no interviene en modo alguno físicamente en la fase ejecutiva hace que la concepción formal en su versión tradicional sea sim-

plemente incompatible con el Derecho positivo chileno<sup>10</sup>. Por esta razón, solo entra en consideración como “comprensión previa” de las reglas positivas sobre intervención delictiva en la medida en que se la combine con otros elementos. Otra alternativa es sostener que existiría un concepto “natural” de autor (relevante para efectos de la accesoriadad), y que cuando el art. 15 CPc “considera” a algunos intervinientes como autores, solo realiza una asimilación a los efectos de la determinación de la pena aplicable (la prevista en el art. 50 CPc). De ser así, el art. 15 CPc no sería –conforme a esta misma concepción– una regla sobre autoría, sino simplemente sobre determinación de la pena. Por lo tanto, de su contenido no cabría extraer ninguna conclusión acerca del *concepto* de autor o de cómplice. Sin embargo, y aunque se trata de un enfoque posible, hasta ahora no se conoce ninguna fundamentación de un “concepto natural” de autor que goce de mínima plausibilidad.

## 2. El planteamiento subjetivo-causal de Novoa

Pero cabe preguntarse todavía si no sería posible mezclar ambas concepciones, tomando los mejores aspectos de cada una de ellas: la flexibilidad de la teoría subjetiva, por una parte, y la precisión de la concepción formal, por la otra. Precisamente esto es lo que en Chile intentó hacer NOVOA. Según este autor, la concepción formal es correcta cuando se trata de delitos de acción (hoy diríamos, de mera actividad), es decir, donde la causalidad no juega ningún rol<sup>11</sup>. En los delitos de resultado, en cambio, habría que buscar un criterio material, que NOVOA en definitiva identifica con una teoría subjetiva de base causal. En este último plano, el causal, parece adherir a las antiguas doctrinas de la “causa necesaria”<sup>12</sup>, señalando que la diferencia entre los autores y los

---

<sup>10</sup> Esto no es más que una manifestación de incapacidad de la teoría formal para explicar la autoría mediata y la coautoría. En efecto, es posible que alguien realice un aporte en la fase de ejecución del hecho que configura en gran medida la realización típica, aun sin ejecutar precisamente la acción descrita en el tipo, y que por ello sea razonable considerarlo como autor (por ejemplo: el vidriero experto que corta el cristal de seguridad de la joyería para permitir la entrada de sus secuaces, pero se queda afuera esperando a que ellos salgan con el botín). Por su parte, la autoría mediata es por definición una figura en la que el autor no realiza materialmente, ni siquiera en parte, la conducta descrita en el tipo penal. Cfr. también la aguda crítica de ROXIN al intento de revivir la teoría formal-objetiva por parte de FREUND (ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., Berlín: DE GRUYTER [2019], pp. 780 y ss.)

<sup>11</sup> NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno II*, Santiago: Editorial Jurídica (1966), p. 164.

<sup>12</sup> Particularmente relevantes a comienzos del siglo XIX. Así, por ejemplo, en VON FEUERBACH, Anselm. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Segunda Parte, Capítulo Octavo, (1800) §§ 11 (p. 245), 22 (pp. 262 y ss.). Este autor atiende a un dato

cómplices radicaría en que aquellos colocan una condición “indispensable” del resultado<sup>13</sup>. De esta manera, trabaja con una fórmula de condiciones del resultado que, respecto del cómplice, no requiere de una condición necesaria, sino que se satisface con una condición “facilitadora”. Pero como la doctrina de la “causa necesaria”, que NOVOA revive, no se identifica con la equivalencia de las condiciones –pues aquella atiende la necesidad abstracta de la causa, mientras que esta se atiende a la equivalencia de las condiciones incidentes en el hecho concreto– se necesita un parámetro para enjuiciar el carácter indispensable del aporte. Y aquí es donde, en lugar de usar como parámetro una base especulativa o de atender a las leyes de la naturaleza, NOVOA decide apelar a un criterio subjetivo: “La actuación del delincuente principal no se desenvuelve en el marco de una física ciega, sino que va animada por un propósito delictual bien definido que puede ser logrado por vías diversas que no escaparán a su inteligencia y que no desechará”<sup>14</sup>. Por lo tanto, será la voluntad del autor, su decisión<sup>15</sup>, lo que determinará si los aportes de los demás intervinientes pueden ser considerados o no como indispensables. Esto implica, como resulta fácil comprender, un alegato a favor de la teoría subjetiva en el ámbito de los delitos de resultado. Las razones por las cuales el régimen debería ser distinto en el caso de los delitos de mera actividad no se presentan.

El principal defecto de la concepción de NOVOA no es el subjetivismo que la caracteriza, sino la definición del hecho típico relevante para la intervención que subyace a ella. NOVOA parte de la base de que es posible intervenir en un hecho delictivo colaborando con la producción del resultado, pero sin pasar por la configuración de la conducta descrita en el tipo. Ello es comprensible desde una perspectiva causalista del delito –según la cual el núcleo de la infracción es la causación del resultado lesivo–, pero no es compatible con la concepción personal del injusto vigente en la actualidad, según la cual el Derecho penal solo se ocupa de las lesiones de bienes jurídicos que se explican por la *conducta culpable* de una o más personas.

En lo que se refiere a la teoría de la intervención delictiva, hace ya tiempo que aquella concepción causal ha dado paso a la comprensión del delito como expresión de la voluntad personal. En efecto, la teoría del dominio del hecho

---

meramente natural, constituido por el objeto sobre el cual recae físicamente la acción: “el objeto inmediato de la eficacia de la acción” del cómplice es el “fomento de la acción de otro, la cual está inmediatamente dirigida a la lesión del bien jurídico”; es decir, “la lesión del bien jurídico en sí solo constituye el objeto mediato” de la acción del cómplice.

<sup>13</sup> NOVOA, ob. cit., pp. 165, 169.

<sup>14</sup> NOVOA, ob. cit., p. 170.

<sup>15</sup> NOVOA, ob. cit., p. 196.

fue posible recién gracias al desarrollo de las teorías de la acción, del tipo y del injusto en el siglo XX. La acción dejó de considerarse como un factor causal junto a otros para ser comprendida como una fuerza mediante la cual el autor dirige conscientemente el acontecer. El tipo ya no era solo una descripción objetiva y “libre de valoración” de un suceso externo, sino una forma tipificada de injusto material, y, con ello, personal. Como consecuencia de este desarrollo, solo entraba en consideración como autor de tal suceso aquél que “tiene en sus manos” su realización (cuando intervienen varios, por lo tanto, la persona central del suceso). La posición de *NOVOA* no tiene en cuenta el desarrollo de la teoría del delito y permanece anclada en una concepción causal-mecanicista.

### *3. La posición subjetiva-formal de Garrido Montt*

Todavía resta por examinar brevemente el planteamiento sustentado en Chile por GARRIDO MONTT, que está asociado a una teoría subjetiva (de corte finalista extremo) de la intervención delictiva, pero que por necesidad termina coincidiendo en parte con la concepción formal. En su concepto, “es autor quien ejecuta el tipo; como el tipo es acción, será autor quien realiza la acción y la realiza quien forja el propósito delictivo, decide concretarlo y ejecuta una actividad que conforme su plan esté dirigida a ese fin”<sup>16</sup>. Pero como semejante descripción puede aplicarse casi a cualquier interviniente en el hecho (pues también el último cómplice “forja un propósito delictivo” y “ejecuta una actividad dirigida a ese fin”, aunque solo sea colaborando con su pequeña parte), GARRIDO MONTT necesita un criterio delimitador y termina por concluir que el alcance de la autoría tiene que determinarse desentrañando el sentido del art. 15 CPc. El resultado de este proceso es azaroso, pues aunque en principio GARRIDO MONTT otorga primacía a los elementos subjetivos, no puede prescindir por completo de la contribución objetiva del interviniente. Esto le lleva, por ejemplo, a extender el alcance del art. 15 N° 1 CPc también a quien solo “se interpone” entre la víctima y quienes pretenden interrumpir el curso lesivo desatado por terceros (o por la naturaleza)<sup>17</sup>, y al mismo tiempo a excluir de la coautoría cualquier forma de intervención que no se ajuste a las exigencias

---

<sup>16</sup> GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1984), p. 241.

<sup>17</sup> Es coautor de violación quien permaneció en la puerta de la habitación donde se llevó a cabo el delito “armado de una navaja, viendo si alguien venía” (GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 320).

positivas del art. 15 N° 3 CPc (especialmente el concierto previo)<sup>18</sup>. Pero ni siquiera este criterio se mantiene coherentemente, pues GARRIDO MONTT aprueba al mismo tiempo que, para aplicar el art. 15 N° 3 CPc, se exija, además del concierto, “la *ejecución de algún acto encaminado directa o inmediatamente a la realización del hecho*”<sup>19</sup>, lo cual no calza con el tenor del precepto, según el cual basta con que el sujeto presencie el hecho, justamente “sin tomar parte inmediata en él”.

En síntesis, se puede afirmar que –incluso dejando aparte las justificadas críticas que ha recibido– la concepción formal no es compatible con el Derecho positivo chileno, a no ser que se postule un concepto “natural” de autor y se convierta a la teoría de la autoría en un capítulo de la determinación de la pena. Esta especie de desajuste se tradujo en que, según la doctrina mayoritaria hasta 1975, el art. 15 CPc implicaría una desmesurada extensión de las formas de intervención sancionadas con la pena de autor. En efecto, visto desde la perspectiva de la concepción formal (o desde un concepto “natural” de autor basado más o menos en ella), el art. 15 CPc trataría algunas hipótesis de “auténtica” complicidad como si fueran casos de autoría. Las siguientes palabras de NOVOA resumen esta visión: “Temerosos [los miembros de la Comisión Redactora] de que el texto español no fuera lo suficientemente claro, lo adicionaron en sus números 1° y 3°, *sin haber profundizado debidamente en la teoría del concurso de personas*”, de manera que “el resultado fue una indicación de tipo empírico y un mayor ensanchamiento aun del concepto de autor”<sup>20</sup>.

#### IV. DESPUÉS DE 1974: LA TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO

La imposibilidad de adaptar coherentemente la concepción formal al Derecho positivo chileno, sumada a la escasa acogida que desde un comienzo tuvieron en nuestro país los criterios subjetivos y extensivos de base causal, hicieron que en época relativamente temprana la doctrina volviera su mirada a la teoría del dominio del hecho, impulsada (aunque no creada) vigorosamente por ROXIN a partir de 1963. Antes de diez años, YÁÑEZ ofrecía en Chile una lectura de las reglas de intervención del Código Penal basada en ese desarrollo dogmático. Se trata de la posición que puede considerarse actualmente predominante en la ciencia y en la praxis chilena.

---

<sup>18</sup> De manera que quien se suma espontáneamente al hecho en ejecución y realiza aportes relevantes a él no sería coautor.

<sup>19</sup> GARRIDO MONTT, *ob. cit.*, p. 320.

<sup>20</sup> NOVOA, *ob. cit.*, p. 207.

A continuación, se centra el análisis en dos formas de autoría que sintetizan tanto los fundamentos de la teoría como la crítica de que ha sido objeto en los últimos años. Se trata del dominio funcional del hecho (coautoría) y del dominio organizacional (autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder).

### *1. El dominio funcional del hecho (coautoría)*

El problema que debe resolver toda concepción sobre la coautoría es el siguiente: “¿cómo puede responder por el todo quien solo realiza una parte?”<sup>21</sup>, ¿de qué manera es posible que el hecho como un todo sea, al mismo tiempo, el hecho de todos en conjunto?, ¿qué es lo que justifica la imposición a todos de la pena de autor?

Para que dos o más personas se conviertan en figuras centrales de un mismo hecho se requiere, en primer término, que solo puedan actuar conjuntamente en la etapa de ejecución del delito. Cada coautor ostenta el dominio respecto de su aporte, por medio del cual cada uno de ellos tiene en sus manos el destino del hecho total<sup>22</sup>. Coautor es, por tanto, aquél cuyo aporte en el estadio de ejecución del hecho aparece como indispensable para la realización del resultado perseguido, de acuerdo a una valoración judicial de las circunstancias<sup>23</sup>. En principio es necesario que el coautor se halle presente en el lugar del hecho (salvo que, durante la ejecución, cumpla una función como “central de comandos”) y, al mismo tiempo, no todo aquél que está presente en el lugar del hecho es por ello coautor: a su aporte debe corresponder de tal manera una función autónoma en el marco del plan, que el interviniente, mediante su sola abstención de prestar el aporte, pueda impedir el hecho<sup>24</sup>. En segundo término, la coautoría requiere de una resolución común orientada a la ejecución, adoptada por todos los coautores. Ello tiene como consecuencia

---

<sup>21</sup> WELZEL, Hans. “Studien zum System des Strafrechts”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (58), 1939, pp. 549-553.

<sup>22</sup> Sobre esto y lo que sigue véase ROXIN, *Täterschaft...* ob. cit., pp. 310 y ss.

<sup>23</sup> Lo cual quiere decir: ni en el sentido de la teoría de la condición necesaria, ni en el de una mera “posibilitación”, que no puede enjuiciarse *a posteriori*: el hecho podría haber sido igualmente posible sin el aporte, pero como “otro” hecho.

<sup>24</sup> Especialmente claro al respecto, RUDOLPHI, Hans-Joachim. “Zur Tatbestandsbezogenheit des Täterschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft”, en KAUFMANN, Arthur (ed.), *FS-Bockelmann*, München: Beck (1979), pp. 374, 394.

que el desconocimiento unilateral del carácter conjunto de la actuación excluye la coautoría respecto de quien lo padece. De esta manera queda también descartada la coautoría sucesiva<sup>25</sup>.

En Chile, la idea del dominio funcional ha encontrado plena aceptación en la jurisprudencia:

Que, como lo sostiene la doctrina moderna [...] es coautor de un delito todo aquel que interviene en su ejecución, con una voluntad de realizarlo en común y haciendo una aportación que es funcional a su concreción, esto es, que contribuye a que la tarea conjunta funcione. Así, para citar a quien aparece actualmente como una de las opiniones más autorizadas a este respecto, ROXIN (*Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal*, 1998, 27, II, página 306) afirma: si hubiera que expresar con un lema la esencia de la coautoría cabría hablar de dominio del hecho funcional, esto es, determinado por la actividad, en tanto que el dominio conjunto del individuo resulta de su función en el marco del plan global<sup>26</sup>.

La Corte Suprema, precisando el concepto de coautoría que utiliza basándose en la teoría del dominio del hecho, ha señalado que los coautores se caracterizan por tener el dominio sobre la “no consumación” del hecho delictivo: para que haya coautoría no basta con que el interviniente cumpla un rol importante, se concierte previamente para cometer el hecho, o incluso también lo presencie; es necesario en primer lugar que pueda impedir la consumación mediante el retiro de su contribución. En palabras del Supremo Tribunal:

El aporte del cómplice es fácilmente reemplazable y no le otorga, por tanto, ninguna capacidad de decidir acerca de la no consumación del delito. Sencillamente, puede prescindirse de él; en cambio, sostiene este autor [E. Bacigalupo, *v. W.*], el aporte del coautor es imprescindible o, a lo menos, difícilmente reemplazable, circunstancia que sí le otorga capacidad de decisión acerca de la no consumación del ilícito. Su aporte no puede ser eficientemente reemplazado y, al menos, importará una necesaria y quizá irrevocable postergación del hecho planeado. Es por ello que este último tiene, en conjunto con el resto de los autores, un dominio funcional del hecho<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> ROXIN, *Täterschaft...* ob. cit., pp. 318-319.

<sup>26</sup> SCA Concepción, de 22.01.2008, en causa rol N° 440-2007, cons. 4°.

<sup>27</sup> SCS 14.09.1999, en causa rol N° 2607-99 (cons. 14°). El considerando siguiente agrega: “Lo anteriormente expuesto resulta aplicable no solo a la facilitación de medios a que se refiere el artículo 15 N° 3, sino que también ilumina el problema de la concertación y el del presenciar el hecho sin tomar parte inmediata en él, pues quienes así actúan solo pueden considerarse

Un fallo posterior de la Corte de Apelaciones de Santiago utiliza la relación de jerarquía al interior de una institución armada para fundar una corresponsabilidad en los términos del art. 15 N° 3 CPc, concretamente respecto de un sujeto que no intervino en la fase ejecutiva del hecho, pero que sería equivalente a lo que en doctrina se suele denominar el “jefe de la banda”<sup>28</sup>.

Que en cuanto a los responsables de los delitos de secuestro materia de la presente causa, el fallo considera autores a los cinco imputados, encuadrando la actividad de Contreras Sepúlveda e Iturriaga Neumann en la situación del N° 3 del artículo 15 del Código penal, en cuanto concertados para la ejecución del hecho, facilitan los medios con que se lleva a efecto, el primero en su calidad de director del organismo represivo DINA y el segundo, en cuanto jefe de la Brigada Purén, unidad operativa del anterior. En la participación de los nombrados se han dado las exigencias copulativas requeridas por la ley, como son el que se hayan puesto de acuerdo de antemano para la realización del hecho típico, según ha quedado asentado claramente en los motivos trece, catorce, dieciséis y diecisiete del fallo que se revisa. La circunstancia de encontrarse fuera del país, como señala a modo de excusa el imputado Contreras, en los días en que se habrían producido las detenciones de las víctimas, no es óbice para el cumplimiento de las órdenes por sus subordinados, toda vez de la estructura jerárquica del organismo represivo del que era su director (cons. 6°).

La jurisprudencia ha utilizado el concepto de dominio funcional no solo para sancionar al superior jerárquico como coautor del art. 15 N° 3 CPc (por “facilitar los medios” previo concierto), sino también como ejecutor del art. 15 N° 1 CPc, es decir, la teoría le ha servido para ampliar el alcance de la expresión “tomar parte en la ejecución”. Pronunciándose de paso a favor de considerar al “loro” o “campana” *como autor* en un delito de robo con fuerza, el razonado voto disidente de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago reflexiona en lo que aquí interesa como sigue:

---

coautores si también tienen el dominio final del hecho y lo comparten. En otras palabras, el concertado, por el solo hecho de haberse concertado, no cometerá un ilícito en calidad de autor, sino que deberá actuar de una de dos formas: o facilitando medios de carácter irremplazable o presenciando el hecho sin tomar parte inmediata en él, pero pudiendo tomar parte hasta el punto de impedirlo. Esta última frase es la que diferencia al coautor del cómplice, pues este habitualmente también presencia el ilícito sin tomar parte inmediata en él, pero careciendo de toda posibilidad de decidir acerca de su no consumación. Este último aspecto es el de mayor complejidad en la distinción entre coautoría y complicidad y obligará, por supuesto, el análisis de cada caso en concreto”.

<sup>28</sup> SCA Santiago 26.10.2006, en causa rol N° 20584-2005.

En ambos momentos al privar de libertad y posteriormente matar los procesados [los acusados] se encuentran presente, generando con su presencia tales condiciones. En otras palabras, si bien es cierto que esos precisos actos pueden servir para afirmar que cada uno de ellos tenía en forma particular el completo dominio del hecho, no lo es menos que todos los intervinientes contribuyeron de modo decisivo a la producción de la muerte, al extremo de que, suprimida a los efectos de razonar la actuación de quienes no disparan, debe concluirse que no habrían podido ejecutarse los delitos en las referidas condiciones de vulnerabilidad que fueron creadas, y en las que estos procesados inequívocamente tomaron parte. Así, la exigencia del dominio del hecho no ha de esperarse únicamente respecto del acto de disparar, sino ha de entenderse en cuanto a que los inculpados la tenían en conjunto con los demás partícipes, porque de no haber contribuido con las ya mencionadas condiciones aquellos que disparan no habrían podido actuar. Lo anterior obedece al entendimiento de que la fórmula del artículo 15 N° 1° del Código penal, tomar parte en la ejecución de un hecho de manera inmediata y directa, cuando hay pluralidad de sujetos activos no requiere que cada uno de los agentes desarrolle completamente la conducta típica y ni siquiera parte de ella, bastando a estos efectos que los sujetos estén relacionados por la imposibilidad de que ninguno de ellos puede ejecutar el delito sin el auxilio del otro, cual es, a modo de ejemplo, la razón por la que se sanciona [se entiende: como autor] al vigilante en un delito de robo con fuerza en las cosas. En estas condiciones, como ya se ha dicho, no se ejecutan actos de cooperación con hechos ajenos, sino actos constitutivos de autoría (cons. 18°)<sup>29</sup>.

Conforme a esta sentencia, la “creación de condiciones de mayor vulnerabilidad” para la víctima constituiría una forma de *coautoría*, pues quienes realizan lo anterior tomarían parte en la ejecución del hecho en los términos exigidos por el art. 15 N° 1 CPc. A renglón seguido, sin embargo, el ministro disidente considera que la conducta de los acusados en realidad satisface los requisitos de la *autoría mediata* y, citando a ROXIN, adopta la teoría del dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder:

Tales condiciones de la estructura de los órganos del Estado, permitieron que fuera cumplida la orden de matar dada por uno de los imputados, y justifica que sea sostenido que este tuvo completo dominio del hecho, no porque no [*sic*] haya ejecutado materialmente el hecho punible, sino debido a que este siempre podía esperar el completo acatamiento de sus decisiones porque contaba con un grupo numeroso de personas que sin coacción ni engaño aceptaban libremente colocarse en el rol de ejecutores de estas decisiones de índole criminal, debido

---

<sup>29</sup> SCA Santiago 2.08.2007, en causa rol N° 14281-2006, cons. 18°.

a que compartían criterios de seguridad y las modalidades con que se desarrollaba la función de represión. Así, entonces, los encartados desarrollaron el acto delictivo, por un lado confiando en que sus órdenes serían cumplidas desde la perspectiva jerárquica, y los otros acatando las órdenes recibidas (“Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal”. Claus ROXIN. Séptima Edición. Marcial Pons. Año 2000. Barcelona. Págs. 337 y siguientes) (cons. 18°).

Lo extraño es que la coautoría entre los jefes y sus subordinados, y la autoría mediata de aquellos sirviéndose de estos últimos, son categorías completamente incompatibles entre sí, lo cual se desprende de los razonamientos (todos contenidos en el mismo considerando) de la sentencia citada: por una parte se exige que los sujetos, los coautores, “estén relacionados por la imposibilidad de que ninguno de ellos puede ejecutar el delito sin el auxilio del otro”, pero por otra parte se señala que el “jefe siempre podía esperar el completo acatamiento de sus decisiones porque contaba con un grupo numeroso de personas que sin coacción ni engaño aceptaban libremente colocarse en el rol de ejecutores de estas decisiones de índole criminal”, de manera que en absoluto existía una dependencia recíproca.

En cualquier caso, la toma de posición más vigorosa de la jurisprudencia chilena en relación con la teoría de la intervención delictiva se encuentra precisamente en una sentencia que, entre otras cosas, debía resolver si la imputación del hecho había de realizarse a título de coautoría o de complicidad<sup>30</sup>. Después de referirse a la necesidad de contar con una “comprensión previa” de las reglas positivas sobre intervención delictiva, un criterio informador de la regulación, el Supremo Tribunal declara de un modo casi solemne que

en opinión de esta Corte, tal criterio informador fue claramente enunciado por Hans WELZEL, cuando señaló que la autoría se caracterizaba, en lo esencial, por el dominio final del hecho. Dominio final del hecho significa la capacidad de decidir, en buenas cuentas, acerca de la consumación o no del ilícito, el cual a su vez puede derivar de diversas circunstancias. Así tiene dominio final del hecho quien realiza la conducta por sí mismo en forma material, lo cual se recoge en la autoría directa (artículo 15 N° 1 del Código penal); también tiene dominio final del hecho quien de una u otra forma controla o se vale de la voluntad y conducta de otro para cometer un ilícito (hipótesis de autoría mediata y de instigación, en el artículo 15 N° 2 del Código penal). Finalmente, también tiene el dominio final del hecho aquel que, en rigor, no puede decidir por sí mismo acerca de la consumación de él, pero sí acerca de su no consumación. Esta última hipótesis, que corresponde estrictamente al artículo 15 N° 3 del Código Penal, es lo que

---

<sup>30</sup> SCS 14.09.1999, recaída en causa rol N° 2607-99.

se conoce como coautoría y que significa, en rigor, compartir el dominio del hecho (cons. 13°).

No obstante lo anterior, y aparte de las imprecisiones que es posible observar en el uso de la teoría, en el ámbito de la coautoría quedan todavía una serie de preguntas sin responder, que dan lugar a otras tantas variantes de la teoría del dominio del hecho, según la relevancia que se asigna a los aspectos objetivos o subjetivos de la intervención delictiva.

Si se atiende a la crítica más generalizada, la teoría del dominio funcional del hecho, en la versión postulada por ROXIN, fracasa en dos constelaciones –en el tratamiento del llamado “jefe de la banda” y en el del “loro” o “campana”– y es incapaz de convencer en los casos denominados de “complicidad psíquica” o inmaterial. Según ROXIN, el jefe de la banda que no concurre a la ejecución del hecho nunca puede ser coautor, aunque haya hecho todo lo demás. Esta consecuencia, que en general no ha sido aceptada por la jurisprudencia, resulta además completamente contraintuitiva. Quien selecciona y reúne a los miembros de la banda, y además determina la víctima, el tiempo, el lugar, los medios y las modalidades de comisión no permanece al margen del hecho, tampoco –en contra de lo que postula ROXIN– cuando abandona a otro, en división del trabajo, la última parte de la ejecución. En el extremo opuesto, para que el “loro” sea considerado como coautor basta, según ROXIN, con que el hecho “pudiera haber dependido” de su aporte.

Por lo tanto, si conforme a esta teoría la conducta del “loro” y el comportamiento configurador del jefe de la banda son tratados de tal manera que el primero será considerado por regla general coautor<sup>31</sup> (en razón de un dominio “potencial” del hecho) mientras que el segundo solo puede ser cómplice (en razón de un dominio “anticipado” del hecho), es inevitable preguntarse si el criterio de autoría escogido es el adecuado, o si no comporta más bien una distorsión valorativa importante.

El caso del denominado “apoyo psicológico” o “complicidad psíquica” es algo más sencillo, si se quiere, pues según la teoría del dominio del hecho debería estar claro que quien solo asiste y refuerza psicológicamente al ejecutor –aunque lo haga también con su presencia en el lugar de la ejecución– no puede tener el dominio del hecho, pues en cualquier caso abandona la

---

<sup>31</sup> ROXIN, Claus. “Leipziger Kommentar”, en *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch (StGB)*, 11ª ed., 2003, § 25, n.m. 154, 191. En sentido opuesto, sin embargo, BLOY, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humboldt (1985), pp. 282, 376: ni siquiera se verificaría una complicidad.

realización del tipo a la persona a la cual apoya<sup>32</sup>. Esta solución, sin embargo, no termina de convencer a la jurisprudencia, según la cual hay casos en que la decisión del autor de ejecutar el hecho depende en tal manera del apoyo psicológico, que no sería apropiado en tales situaciones hablar de una simple complicidad.

## 2. *El dominio organizacional* (*autoría mediata*)

Como es sabido, ROXIN desarrolló esta figura a partir de las que él mismo denominó como “formas extremas de actuación delictiva”<sup>33</sup>, concretamente la disposición de asesinatos por parte del servicio secreto ruso KGB y los asesinatos de judíos durante el régimen nacionalsocialista. El Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) aplicó esta forma de autoría a los miembros del Consejo de Defensa Nacional de la antigua República Democrática Alemana por los homicidios cometidos en la frontera alemana interna.

ROXIN considera el dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder como una forma *sui generis* de dominio del hecho: el “hombre en la central” dirigiría el aparato como organizador y distribuidor de órdenes; aquellos que ejecutan el hecho serían intercambiables (“fungibles”) y meras ruedecillas en la maquinaria. El hombre de atrás sería el *spiritus rector*<sup>34</sup> de la totalidad y por lo tanto autor, incluso si los ejecutores actúan de un modo plenamente responsable.

La jurisprudencia ha hecho propia la teoría del dominio organizacional en numerosos casos en los que se ha condenado a ex miembros de las Fuerzas Armadas chilenas por delitos de homicidio y secuestro, en muchos casos considerados como delitos de lesa humanidad, en el marco de la actividad represiva desplegada por el régimen militar entre 1973 y 1990. Esta actividad criminal procedía principalmente de organizaciones jerárquicas paralelas a las Fuerzas Armadas e integradas por miembros de la fuerza regular que eran “destinados” a ellas. Sin embargo, probablemente uno de los casos más notables de aplicación de la figura en Chile se encuentra en la sentencia que decretó la extradición del ex presidente peruano Alberto Fujimori<sup>35</sup>. Los principales considerandos son

<sup>32</sup> ROXIN, *Täterschaft...* ob. cit., pp. 281 y s.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus. “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1963, p. 207.

<sup>34</sup> Véase, sobre esta formulación, ROXIN, Claus. “Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter”, en: WARD, Günter *et al.* (eds.), *FS-Lange*, Berlin: De Gruyter (1976), pp. 173, 178.

<sup>35</sup> SCS 21.09.2007 en causa rol N° 3744-07.

ilustrativos respecto de la forma en que la Corte Suprema de Justicia de Chile entendía el dominio organizacional:

Que, la doctrina actual del derecho penal ha dejado de discutir con tanta severidad [¿?] el concepto de autor mediato [...]; 97° [...] Según Claus ROXIN, junto al dominio de la voluntad por miedo o por error, hay que contemplar la del dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder. Lo característico es la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. A este autor mediato le basta con controlar los resortes del aparato, pues si alguno de los ejecutores elude la tarea aparecerá otro inmediatamente en su lugar que lo hará sin que se perjudique la realización del plan total. De lo anterior, podemos concluir que será de vital importancia en materia de autoría mediata, la existencia de una estructura organizada de poder, ello por cuanto un superior conservará el dominio de la acción usando para tales fines dicha estructura. De esta manera, es claro que el autor mediato será aquél que tenga el poder de ordenar y conducir el sistema sobre una voluntad indeterminada, ya que cualquiera sea el ejecutor de la orden delictiva, el hecho se producirá (cons. 96°).

En Alemania, entretanto, el BGH ha aplicado una forma de autoría análoga al dominio de la organización también a las “relaciones de dominio” que existirían al interior de una clínica veterinaria en la que tuvieron lugar violaciones de la ley sobre medicamentos, e incluso al caso de un único “acto de organización” en un estudio jurídico, consistente supuestamente en una indicación genérica de pagar los sobornos necesarios a los funcionarios públicos<sup>36</sup>. El “problema” que busca resolver esta doctrina se produce porque en estos casos el ejecutor material actúa de un modo plenamente responsable desde el punto de vista penal, lo cual en principio bloquea la posibilidad de imputar el hecho a otros autores en la línea vertical. La construcción del dominio organizacional permite, justamente, considerar de todos modos al hombre de atrás —el que permanece detrás de su escritorio— ya no como un “mero” inductor, sino como un verdadero autor. El que domina la organización sería un “autor detrás del autor”.

Sin embargo, ROXIN ha rechazado una y otra vez la aplicación del dominio organizacional a estructuras de tipo empresarial o sectorial, distintas de un régimen dictatorial o de un “Estado dentro del Estado”. Su argumento consis-

---

<sup>36</sup> BGH *Juristische Rundschau* 2004, pp. 245 y ss. con nota de ROTSCHE (clínica veterinaria); BGH 5 StR 268/99, pp. 16 y s. (estudio jurídico; en esta parte no publicado en *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2000, pp. 596 y ss.).

te en que en tales casos no se verificarían tres de los cuatro presupuestos del dominio organizacional<sup>37</sup>:

(i) las empresas trabajan por lo general ajustando sus actividades al ordenamiento jurídico, y no completamente al margen de él;

(ii) los miembros de la empresa disponibles para la comisión de delitos no son altamente fungibles o intercambiables, como lo exige el dominio organizacional, y

(iii) tampoco puede afirmarse que los miembros de la empresa muestren una disposición mucho mayor que otros sujetos a cometer delitos.

En realidad, tanto el fallo relativo a la extradición de Fujimori como los casos que el BGH ha resuelto sirviéndose de la teoría, y que ROXIN critica, no hacen más que poner de manifiesto un defecto de fondo que afecta también a su formulación original: con esta forma de fundamentar el dominio se abandona la idea central de la teoría del dominio del hecho, el apego estricto al tipo del delito y a la unidad fundamental entre la acción típica y el autor responsable de ella. La integración del “aparato organizado de poder” disuelve el hecho que debe ser juzgado en el tejido de las circunstancias que influyen —por cierto, muy intensamente— sobre él, pero cuya influencia no se considera al mismo tiempo tan intensa como para eliminar la responsabilidad del ejecutor inmediato. Quien da lugar de esta manera a un hecho delictivo no es autor mediato, ni tampoco coautor (pues la participación personal en la acción típica debiera permanecer a salvo también en la coautoría). Este sujeto es el *promotor* del hecho, y por lo tanto es un instigador<sup>38</sup>. El “hombre en la central” domina ciertamente en forma decisiva (aunque de seguro no completa) las circunstancias del hecho, pero precisamente no domina su realización personal.

Por eso es que el discurso sobre la ejecución prácticamente automática del hecho no es correcto. Responsabilidad por el hecho y “automatismo” se excluyen recíprocamente, a no ser que se considere al ejecutor como un fac-

---

<sup>37</sup> ROXIN, Claus. “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (1), 2007, pp. 20 y ss.

<sup>38</sup> Véanse por ejemplo HERZBERG, Rolf Dietrich. “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen”, en AMELUNG, Knut (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim: Pro-Universitäre-Verl (2000), pp. 33 y ss., 44 y ss.; KÖHLER, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer (1997), p. 510; SCHILD, Wolfgang. “Dritter Teil Täterschaft und Teilnahme”, en KINDHÄUSER, Urs (ed.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Baden-Baden: Nomos (2005), § 25, nn., pp. 59 s.; ROTSCH, Thomas. “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (112), 2000, pp. 518 y ss.; EL MISMO, “Neues zur Organisationsherrschaft”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 25, 2005, pp. 13 y ss.

tor meramente causal. Pero esta última es exactamente la posición que había superado la teoría del dominio del hecho. El supuesto dominio de la voluntad que ostenta el organizador no es, por tanto, el dominio sobre la voluntad que ejecuta el hecho, sino que es la descripción de la “voluntad de dominar el hecho”. El organizador *quiere el hecho como propio*. Por eso el BGH, que nunca ha dejado de lado la teoría subjetiva de la autoría, pudo asumir sin problemas esta forma de fundamentar el dominio: ella es perfectamente coherente con las teorías subjetivas de base causal. Es cierto que se requiere de una “causalidad cualificada” (la existencia de una organización donde hay alguien que da instrucciones y otros que las obedecen), pero en definitiva la autoría se reduce a la suma de esa causalidad con la voluntad de ser el autor, de dominar el hecho.

Lo expuesto lleva a concluir que la idea de un dominio organizacional, esto es, de un “autor detrás del autor”, resulta además en Chile muy poco plausible. De una parte, se aleja de la tradición dogmática, que nunca ha acogido (salvo en forma aislada) las teorías subjetivas de la autoría, sino que por el contrario ha mostrado gran afinidad con las concepciones formales. Por otro lado, y como se verá, la literatura que se ha ocupado del problema y parte de la jurisprudencia coinciden en que, mientras los autores de propia mano son captados directamente por los tipos de la Parte especial, el art. 15 CPc está allí para solucionar los casos dudosos. Entre ellos, sin duda que han de incluirse las diversas formas de autoría mediata. Pues bien, ocurre que en el sistema legal la autoría mediata debe cumplir con el requisito de la “fuerza” (art. 15 N° 2 CPc) y, por amplia que sea la interpretación que se le dé a esta palabra, ella no puede aplicarse a un “aparato organizado de poder”, en donde el ejecutor material conserva su capacidad de decisión a favor o en contra del delito.

Atendida la crítica justificada a que ha sido sometida la figura del dominio organizacional, el hecho de que el Código Penal obligue a buscar soluciones en el terreno de la coautoría o de la inducción, solo puede considerarse como un acierto de la prudencia del legislador originario.

Puede decirse, en síntesis, que la jurisprudencia ha adoptado un criterio de carácter objetivo-material<sup>39</sup> que aspira a ser restrictivo, habitualmente sirviéndose de la nomenclatura de la teoría del dominio del hecho, aunque de un modo relativamente indiferenciado<sup>40</sup>. Bajo el amplio “paraguas” de la teoría

---

<sup>39</sup> Por oposición a *criterios subjetivos* (donde lo determinante es la opinión que el interviniente tenía acerca de su rol: si tenía o no “ánimo de autor”) y a *criterios exclusivamente formales* (según los cuales solo puede ser autor quien realiza de propia mano la conducta formalmente descrita en el tipo penal).

<sup>40</sup> Hay que recordar que existen decenas de variantes de la teoría del dominio del hecho: SCHILD, Wolfgang. “Dritter Teil Täterschaft und Teilnahme”, en KINDHÄUSER, Urs (ed.), *No-*

del dominio del hecho conviven así concepciones muy diferentes, la mayor parte de ellas ajustadas a las necesidades del caso particular, que tienen en común un distanciamiento tanto de las concepciones formal-objetivas como de cualquier forma de autoría unitaria o extensiva.

Esta situación difiere radicalmente del consenso jurisprudencial que YÁÑEZ podía constatar a comienzos de los años 70 del siglo pasado. Por diversas razones, en primer lugar el predominio de la concepción causalista del delito, la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina habían llegado a la conclusión de que, si bien el concepto restrictivo de autor era correcto en la teoría, el Código Penal habría ampliado desmesuradamente la autoría del art. 15 CPc en perjuicio de la complicidad regulada en el art. 16 CPc, de manera que esta solo podía cumplir una función subsidiaria en los extraños casos de intervención que no fueran abarcados por aquella regla<sup>41</sup>. La historia de la teoría de la intervención delictiva en Chile durante los últimos 50 años es la historia del desarrollo de esta concepción hasta su abandono, precisamente a partir de la contribución de YÁÑEZ.

#### V. DOMINIO DEL HECHO Y REGLAS DE INTERVENCIÓN DELICTIVA CONTENIDAS EN EL CÓDIGO PENAL

El trabajo de S. YÁÑEZ, publicado en 1975<sup>42</sup>, puede considerarse un hito decisivo en materia de intervención delictiva en la dogmática chilena, pues a su influjo se debe la relevancia de la teoría del dominio del hecho en la interpretación de las reglas legales sobre intervención delictiva. Desde entonces, y dejando a salvo contadas excepciones, la elaboración doctrinal ha seguido dicha interpretación bajo diversas variantes<sup>43</sup>. A continuación se sintetizan sus planteamientos señalando dónde se encuentran los aspectos más controvertidos: la concepción de YÁÑEZ parece simple, pero es rica en matices y precisiones.

---

*mos Kommentar Strafgesetzbuch*, I, 5ª ed., Baden-Baden: Nomos (2017), pp. 1166 y ss. llega a explicar con cierto detalle 19 variantes de la teoría del dominio del hecho.

<sup>41</sup> Cfr. YÁÑEZ, ob. cit., pp. 166 y ss.

<sup>42</sup> YÁÑEZ, ob. cit., pp. 165 y ss.

<sup>43</sup> Acoge y desarrolla esa interpretación SOTO, ob. cit., pp. 13 y ss.; con matices la asume también CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., Santiago: Ediciones UC (2005), pp. 591 y ss.; GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 241, en cambio, rechaza el criterio del dominio del hecho pues, como se vio, intenta derivar el ámbito de la autoría directamente del concepto de acción. ETCHEBERRY, ob. cit., pp. 85 y ss., adhiere a la concepción formal, pero en un contexto destinado solamente a ofrecer una exégesis de las reglas legales.

En primer término, y para mayor comodidad, reproducimos aquí el tenor del art. 15 CPc:

Se consideran autores:

1° Los que toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa; sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo.

3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte inmediata en él”.

### *1. El art. 15 N° 1 primera parte CPc*

Se refiere a quienes toman parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y a la vez directa. En concreto, se trata de los casos en que la ejecución se divide entre dos o más personas, de manera que es probable que no todas ellas –o incluso ninguna– hayan realizado de propia mano y en todas sus partes la acción típica. Aunque el autor de propia mano es captado ya por el tipo penal pertinente, la regla aclara que, en los casos de pluralidad de intervinientes, se ha de considerar autores a todos quienes hayan tomado parte en la ejecución del hecho en forma inmediata y directa. Es decir, aclara que la autoría –en los casos de pluralidad de intervinientes– requiere intervención en la ejecución, pero no exige que cada sujeto realice de propia mano la conducta típica en todas sus partes: si en el robo mancomunado a un banco dos sujetos sustraen 50 millones, ambos son autores del robo aunque solo uno de ellos tome en sus manos y transporte la totalidad del botín.

### *2. El art. 15 N° 1 segunda parte CPc*

Se refiere a quienes toman parte en la ejecución del hecho impidiendo o procurando impedir que se evite. La exigencia de “tomar parte en la ejecución del hecho” hace que queden fuera del alcance de la norma todas las conductas que no sean ejecutivas del hecho, entendiendo que un hecho existe recién cuando se dejan atrás los actos preparatorios, es decir, desde el comienzo de la tentativa conforme al art. 7° CPc, y además solo en la medida en que la conducta en sí misma pueda considerarse un comienzo de la tentativa<sup>44</sup>. Según YÁÑEZ, lo relevante es que los actos ejecutivos típicos pueden corresponder o no al “núcleo” de la conducta descrita en el tipo. Es decir, se asume que: (i) no

---

<sup>44</sup> Este es uno de los aspectos más delicados de la concepción de YÁÑEZ, la definición de lo que se considera un acto ejecutivo.

solo la conducta descrita expresamente es típica (lo cual es característico de todas las teorías objetivo-materiales), y que (ii) especialmente en los delitos compuestos de varias acciones (violación, usurpación, etc.), hay una de ellas que constituye el núcleo del tipo, mientras que las demás –siendo típicas– no constituyen tal núcleo.

La regla se referiría a aquellas conductas que, sin dejar de ser típicas en sentido material, no constituyen el núcleo del tipo legal, pero *al mismo tiempo* consisten en impedir o procurar impedir que se evite el hecho. Es decir, el precepto acogería una concepción objetivo-material, pero limitaría la autoría únicamente a aquellas conductas cuyo sentido es impedir o procurar impedir que se evite el hecho. Una conducta de cooperación (sujetar la escalera para que el otro ingrese a la casa por la ventana del segundo piso), como no tiene el sentido de impedir o procurar impedir que el hecho se evite, pese a ser ejecutiva no daría lugar a autoría sino a complicidad (art. 16 CPc)<sup>45</sup>.

Tan importante es, pues, que se intervenga impidiendo o procurando impedir que el hecho se evite, como que se tome parte en la ejecución misma del hecho. Esto significa que, en contra de la opinión hasta entonces predominante, el “loro” o “campana” en principio no es coautor del delito que cometan sus socios, pues –aunque impide o procura impedir que el delito se realice– no toma parte en la ejecución, en la medida en que no realiza actos ejecutivos. Tampoco lo es quien ahuyenta a quienes podrían auxiliar a la víctima.

Se puede concluir que, según YÁÑEZ, la regla está hecha para situaciones como la del que sujeta a la víctima de un homicidio o de una violación o del que apunta con la pistola a la víctima para que el otro tome sus cosas. Por lo tanto, el precepto tendría un sentido más restrictivo que el que se desprendería de la aplicación de la versión más generalizada de la teoría del dominio del hecho, para la cual el “loro” habitualmente es coautor. Según la interpretación de YÁÑEZ –aunque no su valoración de ella: YÁÑEZ considera su interpretación como perfectamente compatible con la teoría de ROXIN<sup>46</sup>– la teoría del dominio del hecho acoge en términos más amplios que el Código Penal una concepción objetivo-material. La pregunta que surge es si tal restricción no convierte a la regla en superflua, pues, por ejemplo, nadie discute que tanto quien apunta a la víctima como quien le quita sus pertenencias es autor en el sentido más restrictivo del concepto, es decir, que ambos quedan comprendidos en la expresión “el que” del tipo del robo o, como muy tarde, en el art. 15 N° 1, primera parte (distinto sería el caso del que apunta con el arma a la víctima de un robo

---

<sup>45</sup> Ello, naturalmente, a no ser que se cumplan los requisitos de otros números del art. 15 CPc.

<sup>46</sup> YÁÑEZ, ob. cit., p. 175.

para impedir que esta obstruya la huida de los ladrones, que sí podría quedar comprendida en el N° 2). Por eso se entiende que el propio YÁÑEZ insinúe que el trasfondo, la “comprensión previa”, del Código Penal sobre la teoría de la intervención sería *una concepción formal muy estricta*, lo que habría hecho necesario dictar una regla como la segunda parte del art. 15 N° 1.

### 3. El art. 15 N° 3

Así como respecto del art. 15 N° 1 YÁÑEZ pone de relieve la intervención *en la ejecución del hecho*, en el ámbito del art. 15 N° 3 sitúa la clave hermenéutica de la regla en el *concierto previo*, entendido como la decisión común respecto del hecho acompañada de una planificación con división del trabajo<sup>47</sup>. Aunque las consideraciones de YÁÑEZ solo contienen una primera aproximación al argumento, sus reflexiones conectan con las de quienes fundamentan subjetivamente el dominio del hecho, como ocurre por ejemplo con KÜPER<sup>48</sup>. Este autor propone una comprensión de la teoría del dominio del hecho que se aparta de los planteamientos de ROXIN y RUDOLPHI, según la cual la decisión común de ejecutar el hecho es precisamente la base de una “atribución de actividad”, en virtud de la cual “a cada interviniente se le *imputan* los aportes de los otros como si se tratara de sus propias acciones”<sup>49</sup>. La distribución y coordinación de tareas acordada en la decisión común produce el contexto entre los aportes de los actores y fundamenta el doble dominio que constituiría la coautoría: el poder negativo de evitación sobre la empresa en su conjunto y el dominio parcial positivo sobre el propio aporte.

El problema de esta clase de planteamientos radica en que confunden la intervención en el hecho delictivo con la intervención en su planificación, hasta el punto de que basta con que el sujeto asuma un rol relevante en el plan para que se le pueda considerar coautor, aunque de hecho nunca llegue a realizar aporte alguno más allá de participar en la planificación (por ejemplo, porque los demás son descubiertos apenas iniciada la tentativa). En este sentido, sostiene KÜPER<sup>50</sup> que el dominio negativo (poder de evitación) “no está ligado a la *realización* de los correspondientes aportes, sino que se desarrolla en el coautor en razón de la distribución de roles que se adopta en el plan delictivo común”. El dominio

<sup>47</sup> YÁÑEZ, ob. cit., pp. 176 y s.

<sup>48</sup> KÜPER, Wilfried. “Versuchs - und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten”, *Juristenzeitung* 23/24, 1979, p. 786.

<sup>49</sup> Con ello se reconoce acertadamente que tal *imputación recíproca* de los aportes requiere de una fundamentación propia.

<sup>50</sup> KÜPER, ob. cit., p. 786.

positivo, en cambio, no se halla en manos de ninguno de los coautores por sí solo, lo cual se deriva de la misma estructura de la coautoría, caracterizada por la distribución de roles: “reparto de tareas es al mismo tiempo reparto del dominio y, con ello, limitación del mismo respecto del individuo”<sup>51</sup>.

Con este trasfondo se entiende que YÁÑEZ no tenga inconvenientes en considerar como coautor a quien previo concierto facilita los medios con que se lleva a efecto el hecho (por ejemplo: quien señala cómo y cuándo se ha de ejecutar de un modo más favorable, proporciona las herramientas y dispone elementos para la fuga, etc.), como ocurre en el caso modelo del “jefe de la banda”. Tampoco los tiene para considerar como coautor a quien presta apoyo psicológico mediante su presencia en el lugar del hecho, si existe concierto previo.

Estas dos hipótesis son extraordinariamente controvertidas al interior de la teoría del dominio del hecho, y se puede afirmar que –al menos en el plano de la teoría– la doctrina mayoritaria se inclina por considerarlas a ambas como formas de complicidad. Según YÁÑEZ, el Código penal habría hecho una opción diversa, que amplía la autoría a estos casos. Pero ello no debe hacer olvidar que, incluso en estas condiciones, la opción legislativa es más restrictiva de lo que solía suponer la doctrina chilena previa. En efecto, según YÁÑEZ el art. 15 N° 3 no se extiende sino a los casos en que existe concierto previo en los términos antes definidos, de manera que no basta un simple acuerdo en orden a la prestación de una colaboración determinada, ni menos una intervención espontánea –así sea aceptada por el ejecutor directo– una vez que el hecho ya se ha iniciado. El concierto debe ser previo, esto es, debe tener lugar antes del comienzo de la tentativa, y además debe consistir en una verdadera “confabulación”, de modo que los distintos aportes se inserten en un plan de división del trabajo. Por otro lado, no es necesario que el aporte sea indispensable para que el hecho resulte<sup>52</sup>, pero debe desempeñar una función relevante en el plan y en la realidad, de acuerdo con el plan. Como se ha visto, la Comisión

---

<sup>51</sup> KÜPER, ob. cit., p. 786. Tal consecuencia es evitada normalmente mediante la exigencia de un aporte “esencial” en el caso de la coautoría. Pero este requisito no es consecuente ni con la teoría del dominio del hecho, ni con el reconocimiento simultáneo de un significado constitutivo de la decisión conjunta de ejecutar el hecho.

<sup>52</sup> Es interesante destacar que según CURY, para quien el art. 15 N° 3 CPc contiene fundamentalmente hipótesis de complicidad sancionadas como autoría, la “auténtica” coautoría se caracteriza por el carácter “funcional” de los aportes. Esta funcionalidad significa que, si el sujeto retira su aporte, el hecho fracasa. El problema es que este juicio *ex ante* puede ser relevante al momento de establecer el dolo de cada interviniente, pero para el lado objetivo –ha existido o no una intervención en el hecho– lo determinante es el juicio *ex post*, según el cual todos los aportes efectivamente realizados son funcionales al hecho.

Redactora enfatizó en más de una oportunidad que el aporte del coautor debe ser causal respecto de la realización del hecho típico, de manera que incluso un aporte realizado antes de la ejecución, pero luego no utilizado durante ella, sería insuficiente para fundamentar una intervención punible.

#### *4. Autoría mediata y art. 15 N° 2 CPc*

Finalmente, YÁÑEZ hace notar que entre las hipótesis de fuerza que menciona el art. 15 N° 2 CPc puede caber el dominio de la voluntad en virtud de un aparato organizado de poder. No obstante, no realiza mayores consideraciones al respecto.

En síntesis, se puede afirmar que la interpretación de YÁÑEZ restringe el alcance del art. 15 N° 1 CPc incluso más de lo que resultaría de la aplicación de la teoría del dominio del hecho en su versión más común, acercándose a la concepción formal. Por otro lado, sustenta una interpretación del art. 15 N° 3 CPc que amplía la autoría más allá de los límites que le impone esa misma versión de la teoría del dominio del hecho, especialmente en lo que respecta al apoyo psicológico. Respecto de lo sostenido por la jurisprudencia anterior a su publicación, sin embargo, se trata de una concepción restrictiva.

## VI. LA INSUFICIENCIA DEL DOMINIO DEL HECHO

Lo expuesto en las secciones anteriores permite advertir las luces y las sombras en la idea de dominio del hecho como “criterio informador” de la regulación legal de la intervención delictiva. Un panorama similar ofrece el examen de la teoría desde el punto de vista de la praxis en casi todos los casos en que el delito se comete en contextos de división más o menos compleja del trabajo.

Un caso relativamente reciente puede resultar ilustrativo al respecto. Hace algunos años la Fiscalía acusó a nueve ejecutivos de tres cadenas de farmacias y a un ejecutivo de un laboratorio farmacéutico como intervinientes en el delito establecido en el art. 285 en relación con el art. 286 CPc, consistente en alterar en forma fraudulenta el precio natural de ciertas mercancías.

El tribunal tuvo por establecido, en síntesis, que a partir de noviembre del año 2007 estas personas tomaron contacto con sus contrapartes en los laboratorios, quienes se prestaron como intermediarios en un proceso de coordinación de alza de precios programadas respecto de ciertos medicamentos. Para estos efectos, desde el mes de diciembre del año 2007 hasta el mes de abril del año 2008, los ejecutivos de los laboratorios hicieron llegar a las tres cadenas de farmacias los nuevos precios asociados a las alzas concertadas, así como el orden en que dichas alzas debían ser implementadas, manteniendo constantes comunicaciones con los ejecutivos de las cadenas con el objeto de coordinarlas.

Esta dinámica de comunicaciones se realizó aprovechando los canales ya existentes entre los laboratorios y las cadenas de farmacias. Los ejecutivos de las farmacias –quienes recibieron estas comunicaciones o listas de precios– realizaron la coordinación de estas alzas con las demás cadenas a través de los laboratorios. Por su parte, los miembros de las planas gerenciales de las cadenas –quienes fueron informados o consultados sobre el mecanismo de alza de precios– autorizaron u ordenaron, por su parte, la implementación de las alzas mediante su ingreso a los sistemas informáticos de los respectivos locales.

No obstante haber establecido lo anterior, el Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago absolvió a todos los acusados<sup>53</sup>, pues consideró que en el juicio no se acreditó la concurrencia de todos los elementos del tipo penal. Esta decisión fue refrendada y además ampliada en sus fundamentos por la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>54</sup>, que conoció del recurso de nulidad presentado por la Fiscalía y los querellantes.

Sin embargo, el voto disidente plasmado en la sentencia del Tribunal de Juicio Oral ilustra muy bien los desafíos que está planteando la praxis a la teoría de la intervención delictiva. El disidente consideró acreditada la existencia del delito y la intervención en calidad de “autores del artículo 15 N° 3 del Código penal”, que exige concierto previo y facilitación de los medios para ejecutar el hecho, del gerente general de Farmacias A. y del gerente comercial de la misma cadena, pues “ambos [estaban] en conocimiento de las políticas de precios de la compañía, por tanto del competidor de referencia, siendo cambiado este en el período que se ha denominado colusivo. Asimismo, hubo un aumento excesivo en las encuestas especiales mediante las cuales se monitoreaba a la competencia, de modo tal que –sostiene el voto de minoría– *autorizaron la concreción de la conducta de acuerdo de precios entre competidores con el objeto de alterar el precio natural de medicamentos*”<sup>55</sup>. Consideraciones análogas valen para los gerentes de las otras cadenas que se encontraban en posiciones similares.

La conducta de alteración coordinada de los precios fue ejecutada, no obstante, por empleados subalternos de las cadenas, principalmente por los denominados *category managers*, quienes también fueron acusados por el

---

<sup>53</sup> Sentencia de 28 de julio de 2015, causa RIT 531-2014, RUC 0900281513-0.

<sup>54</sup> SCA Santiago 29.12.2015, ingreso de Corte N° 3.139-2015.

<sup>55</sup> Considerando 5° del voto disidente (cursivas añadidas). El fallo de mayoría es absolutorio por falta de tipicidad, de modo que no se plantea mayores problemas en materia de intervención delictiva.

mismo delito. El disidente entiende, sin embargo, que “no es posible atribuirle esta conducta a una exclusiva e independiente decisión tomada por las *category managers* sin que hubiera mediado consentimiento por parte de los acusados”<sup>56</sup>. En definitiva, el disidente decidió absolver a las *category managers* esgrimiendo una duda razonable acerca de su real intervención en los hechos (lo cual solo se postula sin mayor fundamento).

La decisión del juez disidente –prescindiendo de todas las omisiones e imprecisiones del razonamiento– da cuenta entre líneas de un conflicto real: a quién debe atribuirse la conducta típica desde el punto de vista penal en los casos en que la ejecución material y consciente de esa conducta parece dissociarse de la competencia, en cuanto distribución de ámbitos de responsabilidad, por el quebrantamiento de la norma. Este problema, que tal vez pudo ser secundario en épocas pasadas, está hoy en el centro de la preocupación de la praxis en materia de intervención delictiva. La teoría ha sido capaz de dar respuestas solo en una medida muy limitada.

En efecto, la teoría del dominio del hecho no funciona en este caso ni en ningún otro que se le parezca, pues no concurre ninguna de las formas de dominio fáctico capaces de convertir a alguien distinto del ejecutor material en figura central del hecho: no hay dominio de la voluntad, no existe dominio funcional del hecho –al menos en el sentido de la doctrina “ortodoxa”–, ni puede hablarse de un dominio de la organización. Al mismo tiempo, la teoría del dominio del hecho asume y profundiza la idea de que entre el autor y el partícipe existe una diferencia cualitativa, de tal modo que considerar a alguien como inductor equivale a degradar su forma de intervención en el hecho a un rol secundario y dependiente de los autores que, según esta concepción de la accesoriedad, serían los “genuinos” responsables. Estas dificultades se agravan aún más cuando el hecho de que se trata ha sido ejecutado sin dolo o en combinaciones de dolo e imprudencia.

Todo esto ha llevado al surgimiento, desde hace ya algunos años, de propuestas alternativas de comprensión previa para la interpretación de las reglas legales sobre intervención delictiva. Tales propuestas, sin embargo, deben ser valoradas en función de su capacidad para incardinarse en el sistema de imputación que constituye el conjunto de las reglas legales y la interpretación que se ha hecho históricamente de ellas. Este sistema descansa en una serie de constantes que se enuncian en la siguiente sección.

---

<sup>56</sup> *Ibidem.*

## VII. CONSTANTES EN LA “COMPRESIÓN PREVIA” DE LAS REGLAS DE INTERVENCIÓN EN EL DERECHO PENAL CHILENO

No obstante todas las discrepancias, es indiscutible la existencia de ciertos elementos constantes que subyacen a la mayoría de los planteamientos teóricos y a la interpretación de los tribunales de justicia chilenos. La permanencia de estos verdaderos “puntos de encuentro” a lo largo del tiempo permite abrigar la sospecha de que ellos responden de un modo particularmente fiel a la configuración de las reglas de intervención delictiva contenidas en el Código Penal chileno.

### *1. Las formas de intervención se refieren al “hecho típico”*

Esto significa que lo único que se imputa a todos los intervinientes es la realización del correspondiente tipo penal. Los aportes realizados en la fase preparatoria o en la etapa de ejecución del delito no son objeto de la imputación, sino solo la razón que justifica la imputación de la realización del tipo al que realizó el aporte. Visto desde otra perspectiva, esto supone que en Chile nunca se ha negado la accesoriedad de la intervención delictiva (como pretenden los conceptos unitarios de autor) ni se ha sostenido, por ejemplo, que cada interviniente responde por su propia infracción normativa<sup>57</sup>.

La correspondiente realización del tipo también circunscribe el ámbito de la intervención; por lo tanto, otras realizaciones típicas que puedan sobrevenir en el estadio previo y que no pueden explicarse como concurso de leyes, exigen un análisis autónomo –aunque la mayor parte de las veces paralelo– de las respectivas relaciones de intervención.

### *2. El hecho típico comienza con la tentativa*

El “hecho típico” que circunscribe la intervención delictiva es el que principia con el comienzo de la tentativa (art. 7 CPc) y, en el caso de los delitos de resultado, concluye con la producción del resultado típico o consumación. Por eso es que, por ejemplo, y en contra de lo que sugiere el tenor literal del art. 14 CPc, siempre se ha sostenido que el encubrimiento –que tiene lugar una vez que el hecho ya se ha consumado– no constituye una forma de intervención

---

<sup>57</sup> Como en el planteamiento de SANCINETTI, Marcelo. *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia (1996), *passim*.

delictiva, sino un ilícito autónomo. Esto no significa que haya que determinar las conductas que integran el “hecho típico” con ayuda de la concepción formal, pues una teoría objetivo-material como la del dominio del hecho es perfectamente compatible con la idea de que cualquier forma de intervención debe analizarse teniendo a la vista el tipo penal cuya realización se trata de imputar. Sin embargo, el segmento del hecho que resulta relevante para la intervención delictiva está constituido por el despliegue *de la conducta descrita* en el tipo. En efecto, y como se explicó al comentar la posición de NOVOA, no es posible intervenir en un hecho delictivo sin configurar la conducta prohibida (por ejemplo, para ser interviniente no bastaría con modificar mediante una conducta atípica el resultado del hecho). Esto se debe a que el tipo no es solo una descripción objetiva y “libre de valoración” de un suceso externo, sino una forma tipificada de injusto material, y con ello, personal.

Lo anterior tiene muchas consecuencias: en materia de comienzo de la tentativa (esta se inicia para todos los intervinientes al mismo tiempo), respecto de la fundamentación de posiciones de garante por injerencia que puedan afectar a los intervinientes, respecto del momento en que se puede ejercer la legítima defensa, etc. Por ejemplo, si alguien realiza dolosamente un aporte a un hecho delictivo futuro, pero este hecho nunca abandona la etapa de los actos preparatorios, la conducta será punible como mucho en los términos del art. 8° CPc, es decir, en la medida en que constituya un delito de proposición o conspiración excepcionalmente penado por la ley.

### *3. La conducta del autor de propia mano se subsume ya bajo el tipo penal correspondiente de la Parte especial*

Para sancionar al autor de propia mano no es necesario recurrir al art. 15 CPc, sino que basta con el tipo penal en cuestión, en relación con los arts. 14 y 50 CPc. Lo que hace el art. 15 CPc –según la visión predominante en la doctrina<sup>58</sup>– es facilitar la subsunción de los grupos de casos que podrían resultar dudosos, precisamente porque varias personas aparecen vinculadas al hecho, de manera que es necesario determinar quiénes pueden ser considerados autores o recibir la pena que la ley establece para estos.

Las principales diferencias en la doctrina se verifican precisamente respecto del alcance que tiene el art. 15 CPc, y, en particular, su relación con el art. 16

---

<sup>58</sup> Con la sola excepción GARRIDO MONTT, ob. cit., pp. 245 y s. Sobre el planteamiento de los demás autores véase CURY, Enrique. “El concepto del autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. XII, N° 1, 1985, pp. 39 y ss.

CPc. Así, por ejemplo, mientras YÁÑEZ sostiene que el art. 15 CPc recoge básicamente las diversas formas de dominio del hecho, CURY afirma que la regla alcanza también las conductas de sujetos que carecen de tal dominio, pero que el legislador habría querido penar como si lo ostentaran. El efecto práctico de la posición de CURY es, sin embargo, un relajamiento considerable de las condiciones para imponer la pena de autor, pues equipara a efectos punitivos el desvalor del concierto previo (entendido como confabulación con división del trabajo) con el de un simple acuerdo en torno a la prestación de una cierta colaboración.

#### *4. Concepto restrictivo de autor (o de “hecho típico”)*

De las dos constantes anteriores se desprende que la comprensión previa de las reglas de intervención imperante en la doctrina y en la jurisprudencia chilenas parte de la base de un concepto restrictivo de autor, por oposición a un concepto extensivo o, con mayor razón todavía, a un concepto unitario.

Ello no deja de ser notable, pues el tenor literal de los arts. 15 y 16 CPc podría fácilmente conducir a la idea de que todos los intervinientes en un hecho delictivo son autores del art. 15 CPc, salvo los que excepcionalmente sean considerados como “cómplices menos importantes”, los cuales aparecerían en el art. 16 CPc. Esto, que nada tiene que ver con la mente del legislador histórico —según se explicó—, equivaldría a la afirmación de un concepto extensivo de autor. Como se ha visto, sin embargo, tal concepto nunca ha sido sustentado en forma sistemática y coherente por la doctrina o la jurisprudencia, las que más bien han evolucionado desde la concepción formal hacia la teoría del dominio del hecho.

Un aspecto que todavía debe ser explorado es, sin embargo, hasta qué punto el compromiso con un concepto restrictivo de autor no sería, en realidad, un compromiso con una concepción restrictiva del hecho típico. Las concepciones que atribuyen a cada interviniente la realización de un injusto propio también tienen un potencial restrictivo de la autoría, pero no es claro que resulten compatibles con las opciones regulativas plasmadas en el Código Penal.

#### *5. Lado subjetivo de la intervención delictiva: el dolo de los coautores y de los partícipes*

Como es sabido, la doctrina rechaza casi unánimemente toda forma de intervención delictiva que no sea dolosa, por lo que resulta crucial definir cuál ha de ser el objeto del dolo del interviniente. La pregunta puede parecer trivial respecto del autor de propia mano, pero deja de serlo cuando la aten-

ción se dirige al que interviene antes de la ejecución del hecho, por ejemplo, facilitando medios para que este se lleve a cabo: ¿qué es lo que debe conocer (y querer, para quienes exigen un elemento volitivo en el dolo) el interviniente singular?, ¿cuándo estaremos frente a un exceso de los demás intervinientes?, ¿hasta dónde debe tener claro el curso que seguirán los acontecimientos? Estas cuestiones son complejas de responder y tampoco es posible aquí entrar en el detalle de cada una de ellas<sup>59</sup>.

Lo que sí se puede afirmar desde ya es lo siguiente: si, como se ha explicado, se entiende que lo único que se imputa a los intervinientes es la realización típica, resulta evidente que el dolo de cada uno de ellos ha de extenderse precisamente al papel que desempeña su aporte en dicha realización. Tal conocimiento (y, eventualmente, voluntad) debe existir al momento en que el sujeto realiza su aporte, debido a que este debe realizarse culpablemente y la imputación subjetiva (dolo, culpa, culpabilidad) siempre se enjuicia desde la perspectiva *ex ante*. Respecto del dolo, esto se suele expresar diciendo que no existe un dolo subsecuente<sup>60</sup>.

Por lo tanto, si alguien realiza una determinada conducta que aisladamente considerada es lícita, y solo luego conoce que ese aporte está siendo o será utilizado por otros para cometer un delito, solo entra en consideración un deber de denunciar el hecho. Pero este deber no emana del hecho de haber realizado la prestación, sino que se trata de un deber que afecta por igual a todos quienes tienen obligación de denunciar.

## IX. CONCLUSIONES

De lo expuesto en las secciones precedentes es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. No es posible interpretar las reglas legales sobre intervención delictiva sin una “comprensión previa” de la materia de la regulación y de la forma en que dicha materia debiera ser abordada por el legislador.

2. De las Actas de la Comisión Redactora se desprende que el legislador histórico no tenía en mente un concepto unitario o extensivo de autor de base meramente causal. Por el contrario, su manera de concebir el art. 15 CPc parte de la base de que el concepto de autor es restrictivo, y por eso se ve obligado a

<sup>59</sup> Véase SCS 23.03.2015, en causa rol N° 24020-14, donde el voto de mayoría prescinde de la exigencia de dolo de consumación en el cómplice, mientras el voto disidente de los ministros señores Dolmestch y Künsemüller lo exige enfáticamente. Al respecto, VAN WEEZEL, Alex. “Coautoría en delitos de organización”, en MONTEALEGRE (ed.), *El funcionalismo en derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2003), pp. 277 y ss.

<sup>60</sup> BUSTOS, Juan. *Obras Completas* vol. I, Santiago: Editorial Jurídica (2004), p. 824.

señalar expresamente qué formas de intervención –que podrían ofrecer lugar a dudas– han de ser tratadas como autoría o, cuando menos, sancionadas con las penas previstas para ella.

3. Hasta 1974, la doctrina chilena acogió mayoritariamente la concepción formal sobre la autoría, que es la más restrictiva de todas; en este contexto, la jurisprudencia consideraba que el art. 15 CPc ampliaba la autoría hacia hipótesis de auténtica complicidad. A partir de entonces comienza a abandonarse la concepción formal, y tanto la doctrina como la jurisprudencia tienden a adoptar un concepto restrictivo de autor de índole objetivo-material, basado en el dominio del hecho. Esto llevó coherentemente a interpretar también de un modo restrictivo el art. 15 CPc, precepto que aparece resolviendo los casos históricamente controvertidos entre los partidarios del dominio del hecho.

4. La teoría del dominio del hecho no funciona en los casos, cada vez más frecuentes en contextos organizados, en que no concurre ninguna de las formas de dominio fáctico capaces de convertir a alguien distinto del ejecutor material en figura central del hecho: no hay dominio de la voluntad, no existe dominio funcional del hecho en sentido *roxiniano*, ni puede hablarse, en el mismo sentido, de un dominio de la organización. Junto a otras consideraciones teóricas, esta demanda insatisfecha de la praxis ha llevado al desarrollo de modelos alternativos para la interpretación de las reglas sobre intervención delictiva.

5. Los modelos alternativos solo pueden reclamar pertinencia en la medida en que respeten los elementos básicos de la comprensión previa que subyace a las reglas del Código penal. La revisión de la evolución doctrinal y jurisprudencial de la intervención delictiva permite concluir que, pese a todas las diferencias entre los autores, es posible constatar la presencia de las siguientes constantes en dicha comprensión previa: (i) las formas de intervención se refieren al “hecho típico”, (ii) el hecho típico comienza con la tentativa, (iii) la conducta del autor de propia mano se subsume ya en el tipo penal correspondiente, (iv) se trabaja con un concepto restrictivo de autor o de hecho típico, (v) en cuanto al lado subjetivo de la intervención delictiva, el dolo de los coautores y de los partícipes debe existir al momento en que realizan su aporte al hecho típico y, específicamente, a la *conducta* que realiza el tipo penal.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BLOY, René. *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, Berlin: Duncker & Humbolt (1985).
- BUSTOS, Juan. *Obras Completas*, vol. I, Santiago: Editorial Jurídica (2004).

- COUSO, Jaime. “Sobre el estado actual de la noción de autor y participe en el derecho chileno. En memoria del Profesor Mario Garrido Montt”, en *Revista Chilena de Ciencias Penales*, 2012, pp. 91-133.
- CURY, Enrique. “El concepto del autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XII, N° 1, 1985, pp. 35-53.
- CURY, Enrique. *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., Santiago: Ediciones UC (2005).
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal II*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1997).
- FERNÁNDEZ, Pedro. *Código Penal de la República de Chile, explicado y concordado I*, 2ª ed., Santiago: Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona (1899).
- FUENSALIDA, Alejandro. *Concordancias y comentarios al Código Penal Chileno I*, Santiago: Imprenta Comercial Calle Del Huallaga (1883).
- GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1984).
- HERZBERG, Rolf Dietrich. “Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen”, en AMELUNG, Knut (ed.), *Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft*, Sinzheim: Pro-Universitate-Verl (2000), pp. 33-61.
- KÖHLER, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer (1997).
- KÜPER, Wilfried. “Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten”, *Juristenzeitung* 23/24, 1979, pp. 775-787.
- LABATUT, Gustavo. *Derecho Penal I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1951).
- MAÑALICH, Juan Pablo. “Intervención ‘organizada’ en el hecho punible: esbozo de un modelo diferenciador”, en COUSO, Jaime y WERLE, Gerhard (dirs.), *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, pp. 23-50.
- NOVOA, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno II*, Santiago: Editorial Jurídica (1966).
- ROTSCH, Thomas. “Neues zur Organisationsherrschaft”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 25, 2005, pp. 13-18.
- \_\_\_\_\_. “Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (112), 2000, pp. 518-562.
- ROXIN, Claus. “Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate”, en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, 1963, pp. 197-207.

- \_\_\_\_\_. “Bemerkungen zum Täter hinter dem Täter”, en Warda, Günther *et al.* (eds.) *FS-Lange*, Berlin: De Gruyter (1976), pp. 173-196.
- \_\_\_\_\_. “Leipziger Kommentar”, en Hähnke, Burkhard / Laufhütte, Heinrich Wilhelm y Odersky, Walter *Leipziger Kommentar Strafrechtsgesetzbuch (StGB)*, 11ª ed., 2003, § 25.
- \_\_\_\_\_. “Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht* (1), 2007, pp. 1-23.
- \_\_\_\_\_. *Täterschaft und Tatherrschaft*, 10ª ed., Berlin: De Gruyter (2019).
- RUDOLPHI, Hans-Joachim. “Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft”, en KAUFMANN, Arthur (ed.), *FS-Bockelmann*, München: Beck (1979), pp. 369-403.
- SANCINETTI, Marcelo. *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia (1996).
- SCHILD, Wolfgang. “Dritter Teil Täterschaft und Teilnahme”, en KINDHÄUSER, Urs (ed.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, 2ª ed., Baden-Baden: Nomos (2005), § 25.
- \_\_\_\_\_. “Dritter Teil Täterschaft und Teilnahme”, en KINDHÄUSER, Urs (ed.), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*, I, 5ª ed., Baden-Baden: Nomos (2017), pp.
- SOTO, Miguel. “La noción de autor en el Código Penal Chileno”, en *Gaceta Jurídica*, N° 68, 1986, pp. 13-54.
- VAN WEEZEL, Alex. “Coautoría en delitos de organización”, en MONTEALEGRE (ed.), *El funcionalismo en derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia (2003), pp. 277-325.
- \_\_\_\_\_. “Intervención delictiva y garantismo penal. A la memoria de Juan Bustos Ramírez”, en *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (8), 2009, pp. 432-445.
- \_\_\_\_\_. “Accesoriedad y autorresponsabilidad en la teoría de la intervención delictiva: comentario a las ponencias de Mañalich y Rotsch”, en COUSO, Jaime y WERLE, Gerhard (dirs.), *Intervención delictiva en contextos organizados*, 2017, pp. 71-83.
- VON FEUERBACH, Anselm. *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1800).
- YÁÑEZ, Sergio. “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, en RIVACOBRA (ed.), *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Valparaíso: Edeval (1975), pp. 165 y 181.