Intervención delictiva y garantismo penal

A la memoria de Juan Bustos Ramírez

Por Dr. Alex van Weezel, Santiago de Chile*

Juan Bustos dedica un capítulo completo de su impresionante Manual al análisis de las estructuras de autoría y participación. Este análisis se encuentra – al igual que muchos otros en su obra – impregnado del afán por comprender y elaborar dichas estructuras desde una perspectiva garantista. Por esta razón sitúa en el centro de sus reflexiones la función “instructora y garantizadora” del tipo: “el tipo legal tiene como función describir el hecho que contraviene la prohibición (el hecho prohibido), de ese modo la norma puede ser claramente aprehendida por todos los ciudadanos [...]; de otra manera su excesiva extensión (no es necesario contravenir la prohibición, basta poner una condición para ello o tener voluntad criminal), lleva también a diluir la motivación”.¹

En el ámbito de la intervención delictiva, esto implica para Bustos el rechazo de cualquier concepción unitaria o extensiva de la autoría, y la adopción de un “concepto restrictivo de autor”, que en su pluma adquiere los siguientes contornos: “es autor aquel que, reuniendo las exigencias personales objetivas y subjetivas exigidas por el correspondiente tipo legal, realiza el hecho típico”, es decir, “el que con ánimo de lucro dolosamente estafa, el que con ánimo de lucro dolosamente hurta, el funcionario público que dolosamente malversa, etc.”² Por lo tanto, “el concepto de autor no es un problema de la parte general, sino de la parte especial, de cada tipo penal concreto”.³ Por cierto, Bustos advierte que con semejante concepto de autor – que no es otro que el de la antigua teoría formal-objetiva – no se llega muy lejos. La teoría formal-objetiva parece representar el ideal garantista en materia de intervención delictiva – como ocurre con la teoría del dolo en cuanto a los efectos del así llamado „error de prohibición” –, pero fracasa estrepitosamente al contrastarla con la realidad, pues ni el

autor mediato ni, por regla general, el coautor, “realizan” el hecho típico en el sentido formal del tipo legal.⁴

¿Cómo resuelve Bustos esta dificultad? Del mismo modo en que lo hicieron muchos de sus contemporáneos: apelando a una definición “material” de la ejecución o realización del hecho típico, que en el ámbito de los delitos dolosos de comisión recibe el nombre de dominio del hecho.⁵ El problema es que, de entre todas las posibles versiones de la teoría del dominio del hecho,⁶ Bustos parece haber escogido una de las que establece menos exigencias desde el punto de vista de la relación entre la conducta desarrollada por el sujeto y aquella que el tipo formalmente describe. Así, no tiene inconvenientes en calificar como “autor” mediato del homicidio a quien contrata a un sicario,⁷ una conducta que para cualquier concepción más apegada al alcance del tipo legal del homicidio es el prototipo de la inducción accesorio a un hecho principal ajeno. En la misma línea, acepta decididamente y sin mayor cuestionamiento la controvertida “coautoría sucesiva”. Expresado con sus palabras: “Ciertamente, puede haber una coautoría durante una realización del hecho ya iniciado, por ejemplo, con relación a una privación de libertad ilegal, [...] en que el autor responderá entonces por las anteriores agravaciones de carácter material conocidas”.⁸

Independientemente de que se esté de acuerdo con sus conclusiones concretas, es evidente que el planteamiento de Bustos acusa – y, en cierto modo, sufre – la tensión entre el enfoque político-garantista y las limitaciones de la concepción formal. Abandonada esta última en beneficio de

* El autor es doctor en Derecho por la Universidad de Bonn y Profesor del curso de Derecho Penal en la Universidad de Chile.

¹ Bustos, Manual de Derecho Penal, Parte General, 3ª ed. Barcelona, 1989, p. 289.

² En la versión del *Manual* aparecida en Bustos, Obras Completas, Bd. 1, Lima, 2004 (aquí: p. 1073), que en el capítulo sobre autoría y participación conserva con variaciones menores el texto de la tercera edición.

³ Bustos (Fn. 2), p. 1074; en el mismo sentido *idem* (Fn.1), p. 285: “no se puede ser autor en abstracto o en general, sino que se es sólo autor de un delito determinado”, y p. 285 *in fine* (y 286): los problemas iniciales para aprehender la autoría mediata se explicarían por la creencia errónea de que la conducta del autor se halla definida en la parte general, cuando en realidad se encuentra descrita en la parte especial respecto de cada tipo en particular.

⁴ En el caso de la teoría del dolo – sobre su propósito garantista cfr. la posiblemente aún no superada exposición en: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 17ª ed. 1974, § 59 Rn. 81bis-83a, ocurre que el desconocimiento de la ilicitud de la conducta excusa al que lo sufre, aunque tal desconocimiento haya sido fácilmente evitable para el autor. Una versión particularmente extrema sustenta *Etcheberry*, Derecho Penal, I, 3ª ed. 1998, p. 331 y ss., quien incluso rechaza la punibilidad a título culposo en los casos de error evitable.

⁵ La recepción en Chile se produce principalmente a través del trabajo de Yáñez, “Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal chileno”, en: Rivacoba (ed.), Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno, Valparaíso, 1975, p. 166 y ss. Sobre este trabajo y sobre la evolución de la teoría de la intervención delictiva en Chile resulta fundamental Soto, “La noción de autor en el Código Penal chileno”, GJ N° 68 (1986), p. 13 y ss.

⁶ Ya en 2003 *Schild*, en: Nomos Kommentar zum StGB, § 25 Rn. 18 y ss., 137 y ss., 14ª entrega, al 30.11.2003, explicaba con cierto detalle 19 variantes.

⁷ Bustos (Fn. 1), p. 287; *idem* (Fn.2), p. 1078.

⁸ Bustos (Fn. 1) p. 288; *idem* (Fn. 2), p. 1079.

un concepto “material” de autor, como ha ocurrido en los últimos años en la doctrina⁹ y en la jurisprudencia,¹⁰ la misma tensión se expresa actualmente en el conflicto entre la autorresponsabilidad de cada interviniente y la imputación de un mismo suceso a varias personas. Este conflicto muestra cómo la garantía que debe otorgar el derecho penal al ciudadano no sólo tiene una dimensión relativa al Estado – orientación como defensa ante la arbitrariedad de los órganos estatales revestidos de poder –, sino también una dimensión genuinamente inter-ciudadana: libertad de no ser hecho responsable por expresiones de sentido ajenas.¹¹ Desde el

⁹ Cfr. por ejemplo la crítica de *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8ª ed. 2006, p. 665 y ss. a la propuesta de *Freund* en orden a “revitalizar” la teoría formal-objetiva (Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2ª ed. 2008, § 10 Rn. 35 y ss.); como toda propuesta tributaria de la concepción formal, la de *Freund* termina por dejar un amplio margen a la interpretación que, respecto de cada tipo penal, realice el juez acerca de lo que debe entenderse por “ejecución del hecho”; esto implica hasta cierto punto prescindir de las reglas de intervención contenidas en la parte general y, por otro lado, proporciona escasa orientación a quien está encargado de aplicar el derecho. Para la crítica de la concepción formal véase también y en particular *Cury*, Derecho Penal, 7ª ed. 2005, p. 590 y s.

¹⁰ Entre muchas otras sentencias, utiliza por ejemplo el concepto de “dominio funcional del hecho” (propio de la coautoría) la sentencia dictada por el ministro de fuero con fecha 19.7.2005 en causa Rol N° 2.182-98; similar SCA Santiago de 2.8.2007, en causa Rol N° 14.281 2006, la que – al igual que SCS 21.9.2007, “caso Fujimori” – también acoge la categoría del “dominio organizacional” desarrollada por *Roxin*. Pero la toma de posición más vigorosa de la jurisprudencia en relación con la teoría de la intervención delictiva se encuentra en la S. de 14.9.1999, recaída en causa Rol N° 2.607-99. Después de referirse a la necesidad de contar con una “comprensión previa” de las reglas positivas sobre intervención delictiva, y por tanto de identificar 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” (cons. 13°). Otra cosa es que alguna jurisprudencia utilice la nomenclatura del dominio del hecho sin comprobar la concurrencia de sus presupuestos en el caso concreto.

¹¹ Una manifestación antigua y clara de esta garantía es el principio de confianza en el tráfico motorizado (en el que puede refugiarse incluso quien actúa excediendo el riesgo permitido): cfr. por ejemplo SCS 6.6.2005 en causa Rol N° 2104-2005, cons. 13°; respecto de otras actividades riesgosas, véase por ejemplo S. de 7.9.2006 del Juzgado de Letras de Puerto Natales en causa Rol N° 24.107, cons. 12°: “Cuando el comportamiento de los humanos se entrelaza, no forma

punto de vista de la teoría de las libertades ciudadanas plasmadas en la Constitución Política, ambas dimensiones son aspectos de la autonomía personal. Por un lado se trata de la dimensión prospectiva de la libertad (¿qué debo evitar?); por el otro, de la determinación retrospectiva de la responsabilidad por las consecuencias (¿qué puede ser considerado como mi obra?). Asumiendo entonces que la autonomía personal es el presupuesto básico de una regulación de la intervención delictiva en el ordenamiento vigente, ¿qué teoría de la intervención delictiva se requiere hoy en Chile para dar realidad al derecho penal? Lo que sigue es un conjunto de apuntes en torno a esta pregunta.

I. Intervención y autorresponsabilidad

El gran problema de la imputación cuando aparecen varias personas vinculadas a un hecho delictivo es el efecto individualizante de la autorresponsabilidad.¹² Las personas no son ruedas ni piezas de un mecanismo, sino en primer lugar sujetos autorresponsables. Ello explica que las concepciones de la autoría que exigen la intervención de propia mano en el hecho típico (dominio funcional, teoría formal-objetiva) sigan siendo atractivas y tengan seguidores, pese a toda la complejidad de las modernas organizaciones.¹³ Estas teorías

parte del rol de una persona controlar de manera permanente a todos los demás, pues no sería posible la división del trabajo, y por ello debe respetarse un *principio de confianza*, basado en la idea que los demás son también responsables”.

¹² Véase *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, p. 1 y ss. (y *passim*): la autorresponsabilidad propia y de los demás no es sólo una cuestión de culpabilidad, sino que tiene incidencia ya en la determinación del alcance del injusto. Un desarrollo detallado de este planteamiento para la teoría de la intervención en *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, p. 58 y ss.; su principio rector es que “la lesión de un bien jurídico (o su puesta en peligro) sólo se puede imputar como obra suya a aquél que, en la cadena infinita de las causas, aparece como el último eslabón que actuó autónomamente” (p. 73).

¹³ Fenomenológicamente interesante *Mansdörfer*, “Responsabilidad e imputación individuales en la ejecución de tareas en grupo”, en *InDret* 2/2007, p. 3 y ss.; desde la sociología cfr. también *W. Lübbe*, Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, 1998, p. 121 y ss. Sobre los desafíos para la imputación jurídica en general y con cierto optimismo respecto de formas de responsabilidad colectiva *Teubner*, „Die unsichtbare ‘Cupola’. Kausalitätskrise und kollektive Zurechnung”, en: *W. Lübbe* (ed.), Kausalität und Zurechnung, 1994, p. 91 y ss. Sobre las dificultades para la teoría de la intervención que provienen del derecho penal de la empresa véanse en la literatura chilena *Hernández*, “Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa”, *REJ* N° 10 (2008), p. 175 y ss., con un valioso desarrollo de las posiciones de garante de los directivos que, sin embargo, restringe en extremo el alcance del principio de confianza (p. 192 y s.); también *Novoa*, “Responsabilidad penal de los órganos directivos de la

no sólo parecen armonizar con el principio de culpabilidad en su comprensión retribucionista, sino que conectan con lo mejor de la tradición filosófica que informa el Código Penal.¹⁴

Una cuestión distinta es que el principio de autorresponsabilidad sea, como quieren Schumann y Renzikowski,¹⁵ el criterio fundamental para distinguir entre autoría y participación, al modo de una prohibición de regreso. Esta pretensión es poco plausible, pues la responsabilidad mancomunada se fundamenta precisamente en la otra cara de la medalla de la autorresponsabilidad, esto es, en la capacidad de la persona para adoptar autónomamente la decisión de tomar parte en un proyecto (delictivo) común. Los intervinientes en un hecho delictivo dejan autónomamente que sus ámbitos de responsabilidad se fundan en una expresión de sentido mancomunada, y ello no se ve alterado por el hecho de que dicha expresión de sentido sea desaprobada por el ordenamiento jurídico. Por otra parte, que la conducta del último en “mover su mano” para causar el resultado surta el efecto de bloquear la responsabilidad de quienes actuaron antes, es una afirmación que contradice al menos una idea fundamental de la teoría de la imputación: nadie puede excusar su propia infracción al deber argumentando que otros han violado el suyo.¹⁶

empresa”, Actualidad Jurídica N° 18 (2008), p. 431 y ss.: su planteamiento se articula no obstante sobre la distinción naturalista entre conductas activas y omisivas (exigiendo la fundamentación de una posición de garante sólo respecto de esta últimas), y entre las formas de lesión según su estructura causal (inmediatamente lesivas, lesivas a través de una conducta de la víctima, lesivas a través de conductas de terceros, etc.).

¹⁴ Con independencia de la discusión sobre las raíces histórico-jurídicas del Código Penal chileno, es indiscutible que su modelo inmediato, el Código Penal español de 1848/1850, responde al ideal codificador ilustrado: principio de legalidad y orientación preventivo-general próxima a la idea de “coacción psicológica”. Esta filiación teórica es común a las codificaciones más relevantes del siglo 19 y, aunque se restringiera sólo a los dos elementos mencionados, permitiría afirmar una identidad a nivel de los fundamentos del sistema (al respecto *Rosbach*, „Strafrecht und Gesellschaft bei Anselm von Feuerbach”, Forum Historiae Iuris, <http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/0012rosbach.htm>, consultado el 31.1.09). Sobre la influencia de la codificación austríaca de 1803 a través del Código Penal imperial brasileño, véase *Bravo*, “Bicentenario del Código Penal de Austria: su proyección desde el Danubio a Filipinas”, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos N° 26 (2004), p. 115 y ss.; cfr. sin embargo *Matus*, “Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”, Polít. crim. N° 5, 2008, A5-5, p. 6 y s., quien descarta una influencia significativa del Código austríaco de *von Zeiller* en el proceso de codificación chileno.

¹⁵ Fn. 12.

¹⁶ En un sentido similar la crítica de *Kindhäuser*, „Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäter-

Quando aquí se habla de autorresponsabilidad, por lo tanto, no se alude una versión moderna de la antigua prohibición de regreso, sino a la autonomía en la doble dimensión – restrospectiva y prospectiva – expresada más arriba. El principio de la autorresponsabilidad no impide atribuir un mismo hecho a varias personas autónomas – al contrario, lo hace posible –, pero llama enfáticamente la atención sobre la necesidad de fundamentar dicha atribución en buenas razones, y a la vez precisa que las razones son buenas sólo cuando permiten comprender el hecho como expresión de la autonomía personal de cada interviniente.¹⁷ Incluso prescindiendo de consideraciones ulteriores, es algo muy serio imputar a una persona lo que materialmente ha sido realizado por otra, y afirmar con ello que el hecho total es la expresión de un sentido que ambas han realizado en forma mancomunada. Por ejemplo, es muy distinto imputar a la pedrada de un sujeto la destrucción de una ventana, que imputar a los cien manifestantes conjuntamente la destrucción de todos los ventanales de una fachada de cristal.¹⁸ De la misma manera, decir que existe un “autor

schaft”, en: J. Bohnert (ed.), Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, p. 627 y ss. (644 y s.). Sin embargo, *Kindhäuser* basa la responsabilidad de los coautores en una relación de “representación recíproca”, la cual exige una decisión común de ejecutar el hecho (p. 650).

¹⁷ Se trata, por lo tanto, de un plano diverso de aquel en que opera el derecho civil, que se ocupa de encontrar una regla razonable para distribuir la satisfacción de las necesidades de indemnización de los perjuicios. Así, en la llamada responsabilidad “por el hecho ajeno” (arts. 2320 y 2322 del Código Civil chileno) la obligación de indemnizar nada tiene que ver con la responsabilidad mancomunada por un hecho, pues la norma no establece un deber de evitar cierta conducta y ni siquiera un deber de vigilancia (por lo tanto, menos aun establece un deber común), sino únicamente una obligación de indemnizar los perjuicios que ha provocado el hecho de un tercero. Una obligación semejante puede afectar a varias personas, pero incluso aunque la ejecución por parte de una de ellas aproveche a las demás, la norma de conducta civil no se refiere a la evitación del hecho ilícito, sino sólo a la obligación de indemnizar, y por eso puede perfectamente recaer sobre una persona que carece de toda vinculación con el hecho mismo. Por la misma razón – se trata de la indemnidad –, también cuando se piden y obtienen del juez civil medidas conducentes a “hacer cesar el daño”, ello es consecuencia del derecho que tiene la víctima a ser *restituida en naturaleza* a la condición anterior al ilícito (cfr. *Barros*, Tratado de responsabilidad extracontractual, 2007, p. 877).

¹⁸ Los efectos de la atribución mancomunada son muchos: se imputa a unos lo que aparentemente sólo ha sido causado por otros (los ejecutores materiales), se castigan conductas que tienen lugar antes del comienzo de la tentativa (inducción, algunas formas de complicidad), se castigan conductas que en sí mismas ni siquiera alcanzan a ser una tentativa inidónea (como “no hacer nada” en el contexto de un delito activo), se consideran típicas conductas que no calzan con la descripción de los tipos legales de la parte especial, etc. Cfr. también

detrás del autor” está lejos de ser una afirmación poco problemática, pues, vistas las cosas desde la perspectiva de la autorresponsabilidad, ¿qué significa en realidad “detrás”?¹⁹

Los intentos de fundamentación de la imputación de un hecho a varias personas autorresponsables dan forma a las distintas teorías de la intervención delictiva. A continuación se examinarán los postulados básicos de algunas de ellas, agrupándolos desde el único punto de vista que aquí se considera relevante, a saber, el fundamento que ofrecen para resolver el problema de la autorresponsabilidad. Por lo tanto, sólo se aludirá de un modo tangencial a otros problemas relacionados, como por ejemplo al tópico de que las teorías que consisten en diferentes combinaciones de causalidad y dolo – v.gr. el dominio del hecho – ya no resultan aceptables como respuesta al problema de la actuación conjunta.²⁰

El siguiente ejemplo puede servir al mismo tiempo de “control” y de ayuda en la exposición:

A influye sobre B y C para que éstos cometan un robo que, de no mediar dicha influencia, no habrían cometido. Con este fin, D facilita un arma de su propiedad, de la que B se sirve para apuntar a la víctima mientras C le arrebató la billetera.

¿Es necesario – y si lo es, cómo resulta posible – afirmar que todos o algunos de estos sujetos (A, B, C y D) responden mancomunadamente por “un mismo hecho” (un delito de robo)?

II. Conceptos unitarios de autor

Una primera posibilidad consiste en hacer responsable a cada uno de los agentes por su prestación, independientemente de cualquier distinción sustantiva y, sobre todo, de la conducta de los demás considerada como acción personal: cada uno ha realizado algo contrario al derecho y debe responder de las consecuencias, con independencia de que haya también otros responsables y en qué medida estos otros lo sean. Ésta es la idea central de los conceptos unitarios de autor, que sortean el problema de la autorresponsabilidad por la vía de aislar a los intervinientes, rechazando cualquier imputación recíproca e incluso la consideración de la conducta de los demás como acción personal en la determinación de la responsabilidad del individuo.²¹ Conceptos unitarios hay fundamentalmente de

Cornacchia, „Fahrlässige Mitverantwortung” en: M. Pawlik et al. (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 53 y ss.

¹⁹ Sobre ello *Zaczyk*, „Die ‘Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate’ und der BGH”, *GA* 2006, p. 411 y ss.

²⁰ Para una crítica a la teoría del dominio del hecho véase *van Weezel*, „Autoría y responsabilidad por el producto: ¿Participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?”, en *idem*, *Pena y sentido. Estudios de derecho penal*, Lima, 2009, p. 371 y ss.

²¹ En Chile no han prosperado planteamientos teóricos que asuman una concepción unitaria de la autoría. En cambio, parte de la jurisprudencia y alguna doctrina (cfr. *Cury/Matus*, *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, 2002, p. 246 y s.) han sustentado en la práctica un *concepto extensivo* de autor, basándose en una interpretación amplia de los

dos clases: el concepto unitario tradicional, de base causal, y el concepto (si se quiere, moderno), de base normativa. Según el primero, como la imputación es fundamentalmente una constatación de la causalidad (habitualmente con “apellidos”: típicamente relevante, objetivamente imputable, etc.), la relación causal entre la contribución y la producción del resultado típico (o la realización del tipo) fundamenta la imputación. Y como todas las causas son equivalentes desde el punto de vista natural, responden como autores todos los que contribuyeron.²² Este esquema puede considerarse predominante hoy respecto de los delitos imprudentes.²³

El concepto unitario de base normativa, en cambio, parece algo más sofisticado, y sortea el problema de la autorresponsabilidad señalando que cada sujeto ha vulnerado una norma de conducta dirigida personalmente a él: B y C, la del art. 433; A, la del art. 15 N° 2; D, la del art. 16 o la del 15 N° 3.²⁴ Como estas últimas normas hacen implícitamente referencia en el caso concreto al art. 433, se fundamenta de este modo la aplicación de la norma de sanción de este último precepto. Pero A y D no realizan otro injusto que el de

supuestos contenidos en el art. 15 N° 3 CP. Sin embargo, tal interpretación es un cuerpo extraño en el contexto de la historia de la regulación y de la comprensión tradicional de la doctrina, pues antes de que adquiriera fuerza la teoría del dominio del hecho era ampliamente predominante la concepción formal-objetiva de la autoría (*Fernández*, *Código Penal de la República de Chile*, explicado y concordado, Bd. 1, 2ª ed. 1899, p. 128; *Fuensalida*, *Concordancias y comentarios al Código Penal Chileno*, Bd. 1, Lima, 1883, p. 137; *Etcheberry*, *Derecho Penal*, Bd. 2, 1997, p. 85 y ss.; etc.). Sobre el modo de desactivar esta ampliación interpretativa del art. 15 N° 3 en el marco de una teoría objetivo-material, véase especialmente *Yáñez*, „Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal chileno”, M. de Rivacoba (ed.), *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno*, Valparaíso, 1975, p. 175 y ss.

²² Cfr. entre otros *Kienappel*, „Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft”, en: H. Müller-Dietz (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, 1971, p. 21 y ss.; una excelente exposición histórica en *Bloy*, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 149 y ss.

²³ Cfr. *Roxin* (Fn. 9), p. 552 y ss.; *Bustos*, *El delito culposos*, 1995, p. 96 y ss.; *Soto*, „La noción de autor en el Código Penal chileno”, *GJ* N° 68 (1986), p. 13 y s.; *Hernández*, „Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa”, *REJ* N° 10 (2008), p. 178, con ulteriores referencias. Sobre los numerosos esfuerzos por elaborar un concepto restrictivo de autor en el ámbito de la imprudencia véase últimamente, y con una propuesta propia, el trabajo de *Sánchez-Lázaro*, *Täterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt*, 2007, p. 43 y ss.

²⁴ Las citas de artículos sin otra especificación corresponden al Código Penal chileno (CP).

inducir a un delito o colaborar en él, y por eso su delito es un “delito de participación”.²⁵

En realidad, las anteriores no son teorías de la intervención delictiva, pues no resuelven el problema de la autorresponsabilidad, sino que lo quitan de en medio: a nadie se le imputa lo que otro hace autorresponsablemente, cada uno responde sólo por su contribución causal o por su propia infracción del deber.

Uno de los problemas más serios del concepto unitario de base causal (existen varios otros: por ejemplo, no explica los delitos especiales, al igual que las teorías de la causación en cuanto al fundamento de punibilidad de la participación) es que no parece compatible con la ley, que quiere distinguir entre las penas que se imponen a los autores y las que se han de imponer a los que se consideran cómplices (A, B y C, por un lado, y D por otro). Todos los esfuerzos encaminados a salvar esta dificultad – sobre todo, los conceptos extensivos de autor – han incurrido en contradicciones, porque implican traicionar la única idea correcta de los conceptos unitarios: que a nivel de imputación no hay diferencias, es decir, que el hecho se imputa o no se imputa a una persona. El problema de las teorías unitarias normativas, por su parte, es que postulan una especie de “delito de participación” al menos respecto de quienes no realizan la conducta típica de propia mano, y esto significa que ya no pueden explicar por qué razón (de fondo, i.e., más allá de la imposibilidad, en caso contrario, de encontrar la pena aplicable) la responsabilidad de los partícipes tendría que estar ligada a la suerte que corra el “hecho principal”. Por ejemplo, no se podría explicar por qué, salvo como condición objetiva de punibilidad, para sancionar a A y a D por inducción y complicidad en un robo habría que esperar a que B y C den inicio a la tentativa del robo. Pues ellos ya hicieron todo lo que tenían que hacer y, a su respecto, el quiebre de la norma ya está perfecto. Desde luego que es posible argumentar razones de conveniencia, pero ellas nada tienen que ver con la teoría subyacente, es decir, ésta no explica una de las principales cosas que debería explicar. Peor aun, pone de cabeza las instituciones en las que ella misma quiere apoyarse: así, en el ejemplo inicial la víctima del robo tendría en rigor derecho a legítima defensa contra el inductor y el cómplice (A y D) en un momento en que todavía carece de tal derecho respecto de los autores (B y C).

Las alternativas a los conceptos unitarios aspiran a resolver efectivamente el problema de la autorresponsabilidad. Pero antes habría que hacer referencia a una posición intermedia, que dice tomar en serio el problema, pero que en definitiva también termina haciéndolo a un lado. Es el caso de las diferentes formas de postular la existencia

de los ya mencionados “autores detrás de los autores”. La esencia de estos planteamientos consiste en que existe una persona “de adelante” que es plenamente responsable, y que realiza inmediatamente el tipo penal, pero además, detrás de ella, existe otro sujeto que, no obstante la autorresponsabilidad del primero, es tan autor como él. Esto puede ocurrir básicamente de dos formas: o bien se le imputa al de atrás lo que hace el de adelante en razón de ciertas consideraciones (básicamente causales, como las probabilísticas) que no afectan a la autorresponsabilidad de este último – planteamientos como los de Roxin y Schroeder lo hacen en forma más o menos limitada;²⁶ el Tribunal Federal alemán, en cambio, lo hace ya casi sin límites²⁷ –, o bien es el legislador quien impone deberes autónomos de supervigilancia respecto de lo que otros hacen y, en caso de que esto último sea delictivo, sanciona con más o menos requisitos al que debió vigilar, pero no por lo que el vigilado hizo, sino por la infracción del deber de vigilancia. En ambos esquemas se prescinde de la autorresponsabilidad: en el primero, por la vía de declararla “cubierta” por la causalidad (una “causalidad cualificada”,²⁸ que usualmente se llama dominio del hecho); en el segundo, dejándola por completo de lado y creando una imputación directa al estilo de las teorías unitarias normativas, y por lo tanto con las mismas debilidades que las afectan, pero esta vez para destilar un “autor” detrás del autor.²⁹

²⁶ Cfr. *Roxin*, Comentario a la sentencia del Tribunal Federal alemán de 26.7.1994 – 5 StR 98/94 (BGHSt 40, 218), „Mittelbare Täterschaft hoher DDR-Funktionäre bei der Tötung von Flüchtlingen an der innerdeutschen Grenze”, JZ 1995, p. 49 y ss.; *F.-C. Schroeder*, „Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis”, JR 1995, p. 177 y ss.

²⁷ Cfr. BGH JR 2004, p. 245 y ss. con nota de *Rotsch*; BGH 5 StR 268/99, UA p. 16 y s. Últimamente sobre esta evolución, entre otros, *Rotsch*, „Der ökonomische Täterbegriff”, ZIS 2007, p. 260 y ss.

²⁸ Cfr. *Kindhäuser* (Fn. 16), p. 631. La figura del “autor detrás del autor” se refiere en realidad a casos de autoría en solitario (autoría mediata), por lo que permanecerá en segundo plano en esta contribución dedicada a la actuación conjunta (intervención delictiva).

²⁹ Ésta parece ser la opción del Anteproyecto de Código Penal en materia de delitos relativos al medio ambiente. La normativa propuesta (ahora también como proyecto de ley autónomo, Boletín N° 5614-12) establece una serie de delitos especiales, donde el sujeto cualificado es el “administrador” o “responsable” de un proyecto. En la apreciación de *Matus*, “Fundamentos y propuesta legislativa para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile, elaborada por la Comisión Foro Penal”, ZIS 2008, p. 304 y ss.), uno de los principales autores de la propuesta, se trata de “pone[r] en primera línea de imputación a los gerentes, directores y administradores a cualquier título del proyecto o actividad donde se origina la fuente de emisión de contaminantes o que están obligados a someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (p. 321). La redacción de las normas parece clara en el sentido de que se quiere prescindir del

²⁵ En las últimas décadas, de esta índole son las propuestas de *Schilling*, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, 1975, p. 101 y ss.; *Stein*, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988, p. 223 y ss.; y *Sancinetti*, „El ilícito propio de participar en el hecho ajeno. Sobre la posibilidad de la autonomía interna y externa de la participación”, *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 4 (1994), p. 571 y ss.

III. Accesoriedad como principio de imputación

El panorama se completa con las posiciones que procuran hacerse cargo de la autorresponsabilidad. La historia de la accesoriedad (como principio de imputación, y no simplemente como regla sobre comunicabilidad, o sobre punibilidad de la tentativa) comienza cuando a los juristas les empieza a resultar chocante que se castigue con la misma pena a todos los que de algún modo contribuyeron al hecho. Antes incluso de que las leyes dispusieran una rebaja obligatoria, surgió en la literatura de comentarios y en la manualística la figura del “cómplice menos importante”, en contraposición al autor en sentido amplio o *Urheber*.³⁰ En este contexto se desarrollan las primeras auténticas teorías sobre la autoría, destinadas a aislar a esa figura menor, mientras que la discusión realmente importante – ¿cuál es el fundamento de la responsabilidad penal mancomunada? – pasó a un capítulo conocido como “fundamento de punibilidad de la complicidad” o de la así llamada “participación criminal” en general. Allí permanece hasta el día de hoy.

Las teorías sobre la autoría pretendían, entonces, en primer lugar aislar al cómplice menos importante, y se fueron sucediendo en el tiempo con mayor o menor fortuna (teoría subjetiva, del interés, formal-objetiva, del dominio del hecho, retorno a la teoría subjetiva, etc.). En términos muy gruesos, los primeros intentos no podían sino enmarcarse en la absolutamente dominante concepción causal de la imputación. De allí que sea posible observar a Feuerbach enfrascado en complejas distinciones para determinar tipos distintos de causalidad del aporte de los intervinientes respecto del resultado del delito, para concluir que el coautor y el cómplice se distinguen según si el aporte es inmediata o “sólo” mediatamente causal respecto de tal resultado.³¹ Tras estos esfuerzos se encuentra desde luego la idea de que la “mediación” viene dada por la conducta de alguien que es, de algún modo, autorresponsable. De otra forma no se podría

principio de intervención en el hecho (art. 58 del Código Procesal Penal chileno), sancionando al responsable o administrador de un proyecto o actividad cuando *en el contexto* de ese proyecto se produzca un grave daño ambiental. Esta suposición se refuerza al constatar que el art. 228 del Anteproyecto permite a los responsables o administradores eximirse de responsabilidad conforme a las reglas generales (causas de justificación o exculpación) y cuando consta que han intentado seriamente impedir el acto u omisión de que se trata, o cuando el daño se ha producido por sabotaje u otras acciones similares de terceras personas. Entiende la propuesta de regulación en este mismo sentido (y la crítica) *Bascuñán*, “Comentario crítico a la regulación de los delitos contra el medio ambiente en el Anteproyecto de Código Penal de 2005”, *Estudios Públicos* N° 110 (2008), p. 241 y ss. (292 y ss.).

³⁰ En detalle *Bloy* (Fn. 22), p. 47 y ss.

³¹ *Feuerbach*, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Zweiter Teil, Ahtes Kapitel, Aalen, 1966 (reimp. de la ed. Chemnitz 1800), § 11 p. 245 y § 22 p. 262 y ss..

explicar por qué habría mediación del que ejecuta materialmente el homicidio y no también, por ejemplo, del arma o del instrumento mortal.

Esta búsqueda de una diferencia causal entre los aportes duró más de un siglo (por lo menos hasta Frank³²). Pero en paralelo se desarrolló la idea de que entre los autores o *Urheber* (incluidos los inductores, que entonces no se distinguían de los autores mediatos) y el cómplice menos importante no sólo hay una diferencia de cantidades o participaciones causales, sino, mucho más, una diferencia de índole cualitativa: mientras el autor comete su propio delito, el partícipe presta una contribución al delito ajeno. Lo que permite imputar al partícipe el “hecho principal” es justamente el principio de accesoriedad.³³ Las formas que adopta este principio dependen de la concepción sobre la

³² *Frank*, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18ª ed. Tübingen, 1931, comentario preliminar II al § 47.

³³ El surgimiento de la accesoriedad en su concepción actual se remonta probablemente a la recepción de la doctrina de *Pufendorf* sobre la “causa libera” por parte de los comentaristas de la *Constitutio Criminalis Carolina*. La „causa libera” podía ser a su vez (según su „participación” causal) una „causa principalis” o bien una „causa minus principalis”. A comienzos del siglo 18, *J. P. Kress* (*Commentatio succincta in Constitutionem Criminalem Caroli V. Imperatoris, Hannoverae, 1721, Art. 177, nota 2, número 4*) aplicó esta distinción al discernimiento entre autoría y complicidad, donde lo determinante era la realización (o no) de la acción ejecutiva. Por otra parte, *Pufendorf* también había propuesto la distinción entre “acciones propriae” y “acciones alienae”, pero sin entregar mayores criterios para realizarla. En contraste con la reserva de *Pufendorf*, *Caspar Ziegler* (*Disputatio iuridica de poenis, Wittebergae, 1674, § 15 y § 16*) buscó el modo de hacer operativa la diferencia, distinguiendo entre intervención física e intervención moral. Así, la definición de las acciones propriae y alienae se confundió con el concepto de causa principalis y minus principalis, de tal manera que ambas categorías se redujeron a la cuestión de la mediatez o inmediatez de la causación del resultado. *J. S. F. Boehmer* (*Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam, Halae, 1770, Art. 177, § II, números II y V*) recuperaría luego la doctrina – en sí misma, no demasiado clara – de *Ziegler*, la que, combinada con las aportaciones de *Kress* en el espíritu de una concepción formal-objetiva de la autoría, se plasmaría luego en *Feuerbach* (en las versiones tardías de su teoría de la intervención: véase sólo su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts* en la 11ª ed. de 1832, § 44) en la distinción entre una autoría en sentido amplio (*Urheberschaft*) y la complicidad como forma de intervención de segundo orden (*Beyhülfe*). Así se comienza a distinguir cualitativamente entre autores y partícipes. Sobre la discusión anterior en los posglosadores véase *Engelmann*, „Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters”, en: *Festschrift für Karl Binding zum 4. Juni 1911, Band 2, 1974* (reimp. de la edición de Leipzig 1911), p. 387 y ss.

autoría que se sustente. Así, por ejemplo, para la teoría del dominio del hecho tradicional, el autor es el dueño del hecho porque lo domina, mientras que el partícipe se caracteriza porque contribuye al hecho sin dominarlo o dejando el dominio en manos de otros. Según otras versiones, mientras el autor tiene un contacto directo con el hecho, lo que fundamenta su imputación, el partícipe tiene un contacto directo con el autor, lo que fundamenta la imputación del mismo hecho como ajeno.³⁴ Estos planteamientos tienen el mérito de que no incurren en el error de ignorar el problema de la autorresponsabilidad, sino que intentan resolverlo: el “hecho principal” es el hecho del autor, y hay que buscar razones de peso para imputárselo a quien no es autor. Dicho de otro modo: el efecto de la autorresponsabilidad es la necesidad de distinguir cualitativamente entre autores y partícipes. Los unos responden por el hecho propio; los otros, por el hecho ajeno.

Ahora bien, ¿qué es lo que permite imputar el hecho ajeno? Para evitar simplificaciones que impiden ir al fondo de la cuestión, hay que decir de entrada que todas las posiciones razonables son mixtas, y comprenden elementos subjetivos y objetivos. Por lo general, se requiere el despliegue de una conducta externa y una cierta disposición subjetiva en el partícipe. Sin embargo, ni siquiera la más equilibrada de las posturas está en condiciones de impedir que, en los casos complejos, sea preciso decidirse por uno de estos elementos, es decir, que en toda teoría mixta haya que contar con un elemento decisivo y otro más bien limitativo.

Un grupo de casos “complejos” en los cuales este problema se presenta en forma muy clara es el que responde al modelo del “jefe de la banda”, y que puede extenderse a otras formas de intervención muy intensa en la etapa de preparación. Se trata del “profesor” que, luego de reclutar a sus muchachos y planificar el golpe hasta el último detalle, se queda en casa esperando a que le traigan el botín. Para saber si – en el contexto que comentamos, del principio de accesoriedad – el “profesor” es autor o, algo cualitativamente diverso, partícipe (o sea, si responde por el robo como hecho propio o como hecho ajeno), se nos dice que primero hay que tener claro si para la coautoría lo decisivo es el plan o acuerdo delictivo, o si – más allá del plan – el sujeto tiene que tomar parte en la ejecución. Las teorías que ponen el énfasis en el lado subjetivo (como la del dominio del hecho de Welzel o Küper, y, con oscilaciones, el Tribunal Federal alemán)³⁵ sostienen que para fundar la autoría puede bastar la contribución significativa en la fase de preparación. Para quienes enfatizan más lo objetivo (como la teoría del dominio del hecho de Roxin y Rudolphi),³⁶ el coautor debe tomar parte en la ejecución.

Esta misma polaridad se aprecia, para seguir con la coautoría, en las distintas posiciones acerca del comienzo de

la tentativa: mientras Küper aboga por la solución “conjunta”, Roxin se inclina – luego de la crítica de Rudolphi y en coherencia con su propio concepto de autor – por una solución “individualizadora”, según la cual cada coautor debe realizar de propia mano un acto que constituya, a su respecto, un principio de ejecución por hechos directos.³⁷

Así, aunque ambas tendencias en general exigen elementos objetivos y subjetivos para definir la forma de intervención, mientras para la primera el jefe de la banda que no participa en la ejecución será normalmente coautor (lo decisivo es el plan), para la segunda nunca puede serlo (lo decisivo es el dominio en la ejecución, que además comienza por separado para cada agente). Esto significa que, hasta el día de hoy, no existe claridad justamente acerca de aquello que se pretendía solucionar: cómo aislar al cómplice en un esquema de distinción cualitativa.³⁸

Además, ocurre que ninguna de las dos posiciones es, en sí misma, convincente. Para los más subjetivistas, el que no alcanza a intervenir para nada (porque, por ejemplo, el hecho se descubre tempranamente, si bien luego del comienzo de la tentativa), pero que en el plan ocupaba un rol determinante que debía manifestarse más tarde, sería coautor.³⁹ Para los más objetivistas, en cambio, resultará que mientras el jefe de la banda nunca puede ser coautor, el “loro” o “campana” casi siempre lo será, incluso si, después de haber visto a sus socios ingresar al lugar del robo, se queda dormido o hasta da media vuelta y se va.

Pero eso no es todo: resulta que la doctrina predominante, y ahora último también en forma explícita la jurisprudencia de algunos países, no vacila en echar por la borda los criterios objetivos cuando las cosas se ponen difíciles. Es lo que ocurre en el ámbito de las así llamadas “conductas neutrales”. Una sentencia relativamente reciente del Tribunal Federal alemán resume esta visión: si el que realiza la prestación no sabe en qué forma utilizará su aporte el autor principal y sólo considera como posible que su actuación sea aprovechada como medio para cometer un hecho punible, su actividad no constituye por regla general complicidad. No obstante, sí lo será en caso de que el sujeto actúe sabiendo que existe un riesgo alto de que sobrevenga luego la comisión del hecho principal, de tal manera que, con su contribución, hace que el favorecimiento de un sujeto reconociblemente inclinado a cometer el delito “se convierta en asunto suyo”. En cambio, si la actuación del autor principal apunta exclusivamente a la realización de un hecho delictivo, lo cual es conocido por el

³⁷ Sobre ello véanse el mismo Küper, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft*, 1978, p. 48 y ss.; y Rudolphi, „Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft”, en: (Art.) Kaufmann et al. (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, 1979, p. 383 y ss.

³⁸ Así lo reconoce también Roxin (Fn. 9), p. 646 a la vista de la jurisprudencia reciente en Alemania.

³⁹ Ello es además incompatible con el art. 8° inciso 2° CP, pues si la realización típica en coautoría se iniciara ya con el acuerdo de voluntades, la norma sería superflua y bastaría con la regla prevista en el art. 7° inciso 3° CP sobre punibilidad de la tentativa.

³⁴ Es la propuesta de Bloy (Fn. 22), p. 250 y ss.

³⁵ Una formulación especialmente depurada en Küper, „Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten”, *JZ* 1979, p. 786 y ss.

³⁶ Véase el planteamiento tradicional en Roxin (Fn.9), p. 277 y ss.

que contribuye, esta contribución es punible como complicidad, pues a causa del conocimiento la acción pierde su carácter “cotidiano” o neutral, ha de interpretarse como solidarización con el autor y no puede ser considerada como adecuada socialmente.⁴⁰ De esta manera, lo que se hace es fundamentar subjetivamente la responsabilidad por el hecho ajeno. La accesoria es, por lo tanto y en realidad, algo subjetivo y, además, algo que depende del dolo.⁴¹

Esto ni es nuevo ni ha quedado simplemente allí. No es nuevo, pues resulta coherente con el tratamiento que históricamente se ha dado a la denominada intervención culposa en el delito doloso (hay que recordar que la oposición de *Frank* a la doctrina del Tribunal Imperial en esta materia dio origen a la antigua doctrina de la prohibición de regreso⁴²) y su contrario, la intervención dolosa en el hecho culposo.⁴³ Especialmente en esta última, donde las alternativas son la apreciación de una complicidad en el hecho culposo, o bien de una autoría mediata (ésta, sobre todo, cuando la ley – como ocurre en algunos países – exige que el “hecho principal” sea doloso para que sea punible la complicidad): en definitiva, todo depende de la disposición subjetiva de los actores. Pero esta evolución ha ido últimamente incluso más lejos: de la exigencia de dolo se ha pasado a definir la intervención delictiva como “solidarización”. Sobre todo desde el ámbito de la “literatura de la autorresponsabilidad”, se ha insistido en que el fundamento de la punibilidad por el injusto ajeno sería que se ha solidarizado con él.⁴⁴ Luego se exigen distintos grados de “objetivación” de la solidaridad, pero en definitiva estas teorías – en la medida en que no abandonan su propio punto de partida incorporando consideraciones de riesgo – quedan expuestas al mismo reproche que los conceptos unitarios de autor de carácter normativo: no logran explicar por qué la responsabilidad del partícipe depende de la punibilidad del autor del hecho principal, pues la solidaridad se agota cuando se expresa.

IV. El “fundamento de punibilidad” de la participación

Se ha dicho antes que la discusión de fondo sobre el fundamento de la imputación en los casos en que intervienen varias personas se ha trasladado, en realidad, al capítulo conocido como “fundamentos de la punibilidad” de la

participación criminal. Las teorías sobre la autoría están demasiado ocupadas en elaborar distintas formas de autoría mediata para sortear el obstáculo de la autorresponsabilidad y, ahora último, en estilizar todo lo posible la coautoría para permitir la imputación de resultados a los miembros de órganos colegiados que actúan imprudentemente; en esta última y en otras constelaciones semejantes, los conceptos unitarios al uso chocan con la imposibilidad de acreditar una causalidad individual y lineal. Pero si se observa lo que ocurre en el terreno de las posiciones acerca del fundamento de la punibilidad de la participación criminal, resulta que el panorama no es precisamente alentador: no hay una teoría, sino cajones de sastre.

Así, hay quienes insisten en el “delito del partícipe” bajo la forma de las teorías de la causación. El cómplice y el inductor serían responsables de su propio delito, que consiste en causar el resultado típico, si bien en forma mediata. Su conducta está descrita en el tipo penal correspondiente en relación con el tipo de la forma de participación que corresponda. Así, el que mueve a otro a suicidarse sería inductor al delito de homicidio; el que disuade a otro de socorrer, también, si el no socorrido en definitiva muere. ¿Cómo se explica entonces que la ley haga depender la punibilidad del resultado del delito “principal”? Se afirma que el resultado del hecho principal sería simplemente una condición objetiva de punibilidad.⁴⁵

Las críticas que se dirigen a los planteamientos de esta clase son muchas: a) la pena del inductor sería mucho más severa que la del autor (en los ejemplos: el que intenta suicidarse y no lo logra no es castigado; el que omite socorrer no responde por la muerte, sino por una omisión de socorro); b) el resultado podría sobrevenir sin que sea posible imputarlo al partícipe, pero esto debería ser irrelevante (dicho sea de paso: éste es un problema que siempre afecta al uso de condiciones objetivas de punibilidad); c) sobre todo: esta posición no explica la situación de los delitos especiales, donde precisamente no se trata de la mera causación. En estricto rigor, el extraneus que induce a la prevaricación al funcionario no está en condiciones de causar – en el sentido del tipo penal, que exige la cualificación – el resultado. Sólo el juez puede causar típicamente el resultado de la prevaricación. Si existe alguna conexión entre el extraneus y el intraneus que permita a aquel participar en el hecho de éste – lesionar el bien jurídico protegido por el tipo especial –, sería en todo caso una de carácter normativo.

⁴⁰ BGH NJW 2006, p. 522 (528), en el caso Mannesmann/Vodafone. La posición del BGH coincide en lo fundamental con la de *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 2003, § 26 Rn. 220 y ss.

⁴¹ También entiende de esta manera la posición mayoritaria, criticándola, *Kindhäuser*, „Zum Begriff der Beihilfe”, en: G. Dannecker (ed.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, 2007, p. 358 y ss.

⁴² *Frank* (Fn. 32), § 1, com. III.

⁴³ Sobre ambas constelaciones *van Weezel*, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, 2006, p. 69 y ss., p. 79 y ss.

⁴⁴ Especialmente a partir del trabajo de *Schumann* (Fn. 12), p. 49 y ss., una posición que hoy, asociada al incremento en la probabilidad de lesión del bien jurídico que provocaría la solidaridad, podría considerarse predominante en la literatura.

⁴⁵ Cfr. *M.-K. Meyer*, „Tatbegriff und Teilnehmerdelikt”, en: idem, *Beiträge zum Strafrecht*, 2007, p. 1 y ss.; tradicionalmente, *Lüderssen*, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, p. 119 y ss. Aunque no siempre se adopta la teoría cuando se trata de tomar posición en general sobre el fundamento de la punibilidad de la participación, su intuición central reaparece luego con cierta frecuencia al momento de fundamentar la responsabilidad del cómplice o del inductor en particular (cfr., por ejemplo, *Maurach/Gössel/Zipf*, *Allgemeiner Teil*, Bd. 2, 7ª ed. 1989, § 52 Rn. 19; *Cramer/Heine*, en: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 27ª ed. 2006, § 27 Rn. 10, con respecto a la complicidad).

Frente a estos planteamientos suelen revivir periódicamente las teorías de la participación en la culpabilidad o en el injusto. Esta posición se encuentra en las antípodas de la anterior, y señala que el fundamento de la punibilidad del partícipe no está en la causación del resultado típico, sino en el hecho de que el partícipe “envuelve” al autor en un hecho antijurídico. Sin embargo, se parece a la teoría de la causación en que postula la independencia de la conducta del partícipe respecto de la conducta del autor. El núcleo es la “desintegración” social del autor por parte del partícipe. Pero: a) la teoría no explica la complicidad, cuando el cómplice ayuda a un sujeto ya desintegrado socialmente; y la idea de que así se fomenta una carrera delictiva (*Keller*⁴⁶), con independencia del hecho, es demasiado vaga; b) la teoría no explica la situación de la inducción, donde debiera castigarse distinto según si se induce a un primerizo o a un delincuente profesional; c) la misma idea de desintegración no da cuenta de la autorresponsabilidad: en realidad, se trataría de una autopuesta en peligro por parte del autor, que no es punible; d) en fin, la teoría llevaría a castigar al agente provocador y a quien induce a otro a que lo lesione para obtener un fin ilícito (por ejemplo, una pensión indebida), y casi nadie está dispuesto a aceptar algo semejante.

La así llamada “teoría de la causación accesoria del resultado”, por su parte, se desarrolló en cierto modo a expensas del debate entre los dos planteamientos anteriores. Es la posición predominante, o al menos lo era, pues las teorías de la solidarización han ganado mucho terreno. Rechaza tajantemente la idea de que el partícipe realizaría un delito o un injusto propio y se concentra en el otro extremo: al partícipe se le imputa la realización del tipo penal por parte del autor y, por lo tanto, un injusto ajeno. Lo que él tiene que hacer es dar un motivo para esa imputación, y este motivo es la conducta descrita en los preceptos sobre inducción o complicidad. En este sentido, se dice que el partícipe “causa accesoriamente” el resultado. Una variante de esta posición es el planteamiento de *Roxin*, la “teoría” del “ataque accesorio” al bien jurídico.⁴⁷ Señala que la causación accesoria del resultado es condición necesaria, pero no suficiente para fundar la responsabilidad. Se requiere además que el partícipe ataque efectivamente el bien jurídico a través del autor. Así se explicaría por ejemplo la impunidad del agente provocador; cuando, en cambio, se afirma que ella se funda en la falta del “doble dolo” del inductor, *Roxin* afirma que la exigencia de ese “segundo dolo” se debe precisamente a la exigencia previa de un ataque al bien jurídico por parte del partícipe. En mi opinión, la teoría de la causación accesoria destaca un elemento esencial – sin relación al hecho típico no se puede fundar la responsabilidad –, pero no logra explicar esto. La intuición es correcta, pero la explicación no está por ninguna parte y se agota en ejemplos: ¿qué significa atacar accesoriamente el bien jurídico? Cuando se hurga un

poco más, se encuentra una visión subjetivista: todo depende del dolo de los actores, como se vio en el ejemplo de las acciones neutrales.

Sin embargo, también se vio que la función de cualquier teoría de la intervención ha de ser explicar la suspensión del efecto individualizante de la autorresponsabilidad, que es el presupuesto de toda atribución de una responsabilidad mancomunada: ¿qué se puede aprender al respecto, a partir de los planteamientos anteriores?

V. Expresión mancomunada de sentido

Las propuestas de comprensión reseñadas ofrecen, a nuestro modo de ver, metáforas que intentan mostrar plásticamente una realidad. Esta realidad se puede ilustrar usando esas metáforas (dominio del hecho, delito del partícipe, solidarización, accesoriedad, etc.), pero siempre que no se pierda de vista que se trata sólo de imágenes para aprehender una constelación normativa, pues la intervención delictiva es un problema de imputación. Se trata de atribuir, en el sistema jurídico-penal, un hecho relevante en este sistema a varios sujetos, también relevantes según los parámetros del mismo sistema. El hecho delictivo – el objeto de la imputación – es una expresión de sentido en el sistema jurídico-penal, y cuando aparecen vinculadas varias personas a ese hecho las reglas de intervención permiten determinar qué personas han expresado tal sentido delictivo en forma mancomunada. El hecho se imputa a quienes con su conducta expresan – en el lenguaje del sistema jurídico – que ese hecho les pertenece, que es por lo tanto obra y realización de su autonomía.

Lo anterior parece obvio y quizá lo es, pero engendra una serie de consecuencias de la mayor relevancia. La primera es que, como la selección de lo que tiene sentido en el sistema jurídico-penal pasa por un filtro llamado tipicidad, nunca se insistirá bastante en que lo único que se imputa, el único objeto de imputación de una responsabilidad mancomunada, es la realización típica de consumación o de tentativa. Las relaciones de intervención se analizan por lo tanto siempre desde esa realización típica. Esto implica que no tiene sentido hablar de intervención sin tener a la vista una determinada realización típica, pero también que la prestación de su aporte por parte del interviniente – cualquiera que sea su entidad – no es el objeto de la imputación, sino un motivo para considerar al que realiza ese aporte como miembro de la “mancomunidad” de los intervinientes. Lo que interesa es el significado de la prestación: haberla llevado a cabo, ¿significa que el sujeto hace suya la realización del tipo penal de que se trata?

La segunda consecuencia, no menos obvia, es que como se trata de imputar la realización del tipo, resulta al menos impreciso afirmar que quien no ejecuta de propia mano la conducta formalmente descrita en el tipo participa en un hecho ajeno. El hecho, si se puede imputar mancomunadamente a varios, es de unos tanto como de otros. No es que al cómplice se le impute “lo que hace” el autor. Uno podría mirar las cosas desde la perspectiva del cómplice y decir que el ejecutor material se encuentra completamente a su servicio; aun más, en muchas ocasiones será el “cómplice” en sentido tradicional quien configurará los aspectos más

⁴⁶ *Keller*, *Rechtliche Grenzen der Provokation von Straftaten*, 1989, p. 164 y ss.

⁴⁷ *Roxin*, „Zum Strafgrund der Teilnahme”, en: *Küper/Welp* (eds.), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, 1993, p. 369 y ss.

difíciles o arriesgados del hecho, cumpliendo el ejecutor material un rol comparativamente auxiliar (caracterizado usualmente con la imagen de “quien aprieta el botón de la máquina infernal”). Por eso es que – dicho de un modo impreciso – no sólo se imputan al cómplice los fragmentos del hecho que ha puesto el ejecutor, sino que también se imputa a éste todo aquello que, en el marco de la realización del hecho total, ha ejecutado el cómplice; en realidad, es el hecho típico el que se imputa a todos en conjunto.

¿Y cuál es la manera de saber si alguien es interviniente o no lo es? ¿Cuándo la prestación del aporte fundamenta competencia mancomunada – responsabilidad con otros – por el hecho típico? Como lo que interesa es precisamente imputar el hecho típico, y lo primero que hay que imputar es el comportamiento (al cual se le imputará luego el resultado), el aporte significará intervención cuando de algún modo ha configurado la conducta típica o sus circunstancias, en la medida en que estas últimas sean típicamente relevantes. Cualquiera otra configuración, al margen del tipo penal, no es relevante, no está seleccionada por el sistema jurídico-penal. De esta forma se puede redefinir la accesoria en términos normativos: una conducta es accesoria cuando significa preparación o continuación de la conducta de otros,⁴⁸ y cristaliza en una configuración de la conducta típica. Si un aporte significa lo anterior (y para establecerlo hay que atender en primer lugar al contexto normativamente estructurado, incluyendo desde luego la especificidad de los diversos ámbitos de regulación: hay diferencias entre el lavado de activos, el abuso de información privilegiada y el homicidio), entonces quien lo realiza se involucra en la realización típica, es competente por ella. Y en este nivel no existen diferencias cualitativas de ningún género entre los intervinientes, porque la imputación responde al principio de tercero excluido (A v A), de modo que o bien es posible imputar un hecho a una persona, o bien no es posible hacerlo. En esto llevaban razón los conceptos unitarios de autor; sin embargo, la perspectiva naturalista hizo imposible en su momento a las concepciones unitarias comprender la responsabilidad mancomunada, que está precisamente ligada al concepto de un deber común, es decir, de un deber que alcanza a varias personas. Si se advierte este extremo, entonces se puede decir que la concepción unitaria no necesita ser reemplazada por una concepción accesoria de la intervención delictiva, sino complementada con ella. Esto lleva a un concepto unitario ya no de autor, sino de interviniente en un hecho delictivo, donde la accesoria es la relación de sentido normativa entre las conductas de los intervinientes.

Lo más importante no es, por lo tanto, determinar si alguien es autor o cómplice, sino en primer lugar establecer si alguien es mancomunadamente con otros responsable, competente por la realización típica. Para determinar esta competencia hay que acudir a los criterios de la imputación

objetiva, particularmente al principio de confianza y a la prohibición de regreso. Se trata de establecer, operacionalizando las categorías sociales de imputación, por dónde pasa en cada caso la línea que separa la división del trabajo que funde ámbitos de responsabilidad (competencia común) y la división del trabajo que los separa (principio de confianza, prohibición de regreso). Y en este sentido hay mucho avanzado, sólo que es preciso depurar las categorías de la visión individualista con que han sido elaboradas y realizar la “especialización” que necesitan estos criterios para que puedan funcionar en el modelo de imputación del actuar conjunto. Probablemente haya que empezar a hacerlo por grupos o constelaciones de casos.⁴⁹

En esta tarea no se puede perder de vista que la historicidad del derecho obliga a sincronizar las estructuras de imputación según valoraciones sociales cambiantes. Por ejemplo, una de las normas fundamentales sobre intervención delictiva en el ordenamiento chileno es el art. 58 CPP, según el cual “por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible”. Con esta fórmula, tomada literalmente del antiguo Código de Procedimiento Penal, se establece el principio básico de que la responsabilidad penal exige “intervención” en el hecho típico. Pero ocurre que las transformaciones sociales no sólo han obrado un cambio en la comprensión del “hecho punible”, sino también una modificación de lo que socialmente puede considerarse como una forma de “intervención” en él.

Hace algún tiempo, y sin perjuicio de las representaciones del legislador histórico⁵⁰ y de alguna excepción más bien puntual, la pretensión de que por las consecuencias de un incidente en los procesos productivos de una empresa pudiera responder penalmente alguien que administra los negocios de la compañía a muchos kilómetros de distancia, era

⁴⁹ Una aproximación al respecto en *van Weezel* (Fn. 43), p. 209 y ss., donde se tratan las siguientes constelaciones: responsabilidad mancomunada en el ámbito de la omisión, esto es, deberes de aseguramiento, riesgo especial y efectos de la delegación de la administración de riesgos (p. 209 y ss.); responsabilidad de los miembros de órganos colegiados de decisión y los problemas emanados de la responsabilidad por el producto (p. 268 y ss.); casos de actuación conjunta, que comprenden hipótesis de división del trabajo con y sin estructuras jerárquicas, y situaciones de simple coincidencia de esferas de organización (p. 286 y ss.); y finalmente los casos de contribuciones subordinadas, donde se presenta entre otros el problema de la así llamada “causalidad” de la complicidad (p. 306 y ss.).

⁵⁰ Al respecto véase *Hernández*, “Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de empresa”, REJ N° 10 (2008), p. 175 con nota 2, quien se refiere a la regla expresa del art. 329 CP (“[I]as disposiciones de este artículo son también aplicables a los empresarios, directores o empleados de la línea” ferroviaria) y apunta que ella corresponde “a una idea general del legislador y no constituye en caso alguno una excepción”, según se desprende de las Actas de la Comisión Redactora (sesión 158).

⁴⁸ En detalle *Jakobs*, „Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, GA 1996, p. 253 y ss.; *idem*, „Beteiligung”, en: Dölling (ed.), Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, p. 561 y ss.

considerada una idea más bien peregrina.⁵¹ En los últimos años, sin embargo, al menos dos casos de responsabilidad por el producto con gran relevancia pública han dado cuenta de una nueva forma de comprender la distribución de responsabilidades al interior de la sociedad. Tanto en el caso del mortal accidente de un bus interurbano en el puente sobre el río Tinguiririca, como en el caso de un producto farmacéutico supuestamente defectuoso que habría provocado la muerte de varios consumidores, la investigación no se dirigió en contra de empleados de tercer o cuarto orden ligados materialmente a los procesos productivos o de prestación directa del servicio, sino en primera línea contra quienes – en la visión del órgano persecutor – tomaron las decisiones clave que luego redundaron en la mala calidad del servicio o del producto. Suponiendo una relación relevante entre ésta y los resultados, semejante orientación implica que el Ministerio Público estaba imputando a los altos ejecutivos que se encontraban formalmente investigados el “haber intervenido” en los correspondientes delitos de homicidio. Con total independencia de su mérito y justicia en cada caso, en la medida en que tales imputaciones han dejado de

⁵¹ Por ejemplo, y sin ir más lejos, ni siquiera se tuvo en cuenta en un caso de contaminación de varios trabajadores con una cápsula de iridio, componente de un instrumento utilizado por trabajadores de una empresa contratista en la planta de celulosa Nueva Aldea (Coelemu). Finalmente se condenó a un solo sujeto, el encargado de la operación del equipo, quien trabajaba con dos ayudantes, uno de ellos con su permiso de operación vencido y el otro sin capacitación ni permiso para operar esa clase de instrumental. La Comisión Chilena de Energía Nuclear, sin embargo, multó administrativamente a las empresas involucradas en el accidente, y al rechazar la reclamación correspondiente, la Corte Suprema señaló que “además de la evidente responsabilidad que tienen en estos hechos quienes operaban el equipo, también recae ésta en la empresa dueña del mismo y la que aparece como arrendataria y subcontratista en las faenas y responsable en último término de las faenas. Respecto de esta última ha quedado demostrado que no estaba en el lugar de las faenas ningún supervisor de seguridad. Permitía que el equipo se operara por personas que no tenían licencia para este efecto. No tenían la totalidad de los implementos de seguridad que se requieren al efecto y no se controlaban los escasos que poseían” (SCS 7.IV.2008, en causa Rol N° 5184-2006, cons. 4°). En el cons. 5°, la Corte se desestima las defensas de las compañías basadas en el argumento del comportamiento alternativo ajustado a derecho, afirmando que “la sumatoria de todas ellas [se refiere a los incumplimientos de la normativa] refleja la indolencia con que manejaban y transportaban los equipos con fuentes atómicas, y la despreocupación por las mínimas normas de seguridad, permitiendo, entre otras anomalías que estos fueran operados por quienes ni siquiera tenían autorización para ello”. A la luz de estas consideraciones de la Corte Suprema, resulta significativo que la causa penal sólo tuviera dos imputados, el operador de una firma y un supervisor de otra.

considerarse como un recurso excéntrico, o como el producto de una doctrina delirante o al menos “extranjizante”, ello implica un cambio de importancia en la concepción que la sociedad tiene acerca de lo que significa “intervenir” en un hecho delictivo. Pues bien, los criterios de imputación objetiva procuran precisamente hacer operativa y transparente esta historicidad de la semántica del contacto social, concretando el modo como las valoraciones sociales se traducen en reglas de imputación en el sistema penal.

VI. El lado subjetivo del hecho

Aunque todos los intervinientes se encuentran cualitativamente en el mismo plano (se les imputa el único hecho como propio), la intervención de varias personas hace que el hecho resulte configurado por todas ellas, y que por lo tanto sea posible distinguir cuantitativamente entre diversos grados de configuración: hay quienes configuraron más la conducta típica y quienes la configuraron menos. Estos últimos podrían recibir la pena que la ley prevé para los cómplices. En el ejemplo inicial: el robo con violencia es configurado en forma muy intensa por B y C, prácticamente de un modo equivalente. A ellos corresponderá la pena de los autores. En cambio D – el que facilitó el arma – proporcionó sólo un medio para la intimidación, ha configurado menos y puede recibir una pena menor. ¿Qué ocurre entonces con A? Sin su influencia, posiblemente el hecho nunca se hubiera cometido. Pero de por medio está la autorresponsabilidad de B y de C, que él ni elimina ni disminuye. La gran mayoría de las legislaciones obliga a castigar al inductor como si hubiera configurado en gran medida la realización típica. Esto puede ser adecuado en muchos casos, pero no siempre, y la jurisprudencia suele restablecer la armonía valorativa – en cuanto resulta posible – en la etapa de individualización judicial de la pena.⁵²

¿Y qué incidencia tiene en todo esto el lado subjetivo del hecho? Nuestro ejemplo parece suponer dolo por parte de todos los actores, pero ¿qué ocurre si B maneja descuidadamente el arma, ésta se dispara por accidente y la bala lesiona gravemente a la víctima? En Chile, la opinión predominante ve en tales casos un concurso (ideal) de delitos, pues las lesiones severas no realizarían el tipo calificado del robo con violencia cuando ellas se provocan imprudente-

⁵² El desvalor relativo de la configuración del hecho por parte del inductor es materia de un antiguo debate, que se ha retomado en los últimos años desde la perspectiva de la literatura de la autorresponsabilidad (cfr. por ejemplo, *Noltenius*, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft. Ein Beitrag auf der Grundlage einer personalen Handlungslehre*, 2003, p. 256 y ss.), con posiciones que oscilan entre justificar la penalidad establecida en la ley situando al inductor en las cercanías del autor mediato, y criticar la regla de punibilidad asimilando la inducción a formas de colaboración que rayan en la complicidad psicológica. Este debate está lejos de encontrarse concluido.

mente.⁵³ Lo que hay que hacer entonces es analizar las relaciones de intervención delictiva desde la perspectiva del tipo penal de las lesiones: ¿qué significan en este caso los aportes de A, B, C y D? Para comenzar por lo más difícil: ¿se convierte D en cómplice, ya no sólo del robo, sino también de las lesiones simplemente porque B fue imprudente en el manejo del arma y lesionó a la víctima? Simplemente por eso, desde luego que no. Pero, ¿está bien planteada la pregunta? Cuando se facilita un arma de fuego para un robo a mano armada, ¿puede el facilitador sostener plausiblemente que a él se le había asegurado que el arma sólo sería utilizada como medio de intimidación y que cualquier peligro adicional para la víctima estaba excluido? ¿No tienen los dueños de armas de fuego una posición de garante en el sentido de impedir que lleguen a manos de quienes no están autorizados para usarlas o de no facilitarlas en contextos de alta densidad delictiva? Supongamos por un momento que D no entregó el arma, sino que por su descuido hizo posible que B la tomara, ¿no infringe D un deber que consiste precisamente en custodiar el arma para que no se haga mal uso de ella? Si nos parece plausible una posición de garante de D en razón de los deberes de aseguramiento que emanan de la posesión legítima del arma de fuego, ¿qué ocurre ahora si dirigimos la mirada al caso concreto? Veremos que D no sólo no custodió el arma, sino que la puso a disposición de B y C para la comisión de un delito, en un contexto de altísima densidad delictiva. A no ser que se encuentren razones de peso para sostener lo contrario, me encuentro inclinado a afirmar la competencia de D por las lesiones imprudentes (un razonamiento análogo puede hacerse respecto de los demás actores).

Una cuestión diferente es que D sea punible, lo que dependerá de dos consideraciones: en primer lugar, no habría dudas acerca de su responsabilidad por imprudencia si es que se sustenta, como hace la doctrina predominante, un concepto unitario de autor en el ámbito de los delitos imprudentes. De hecho, D sería autor de las lesiones, igual que B. En segundo lugar, y si se rechaza – acertadamente – el tradicional concepto unitario de autor, habrá que estar a la legislación de cada país: si el ordenamiento considera punibles las configuraciones de menor envergadura que inciden en la realización de un delito imprudente, o si, por el contrario, para sancionar al que colabora en la fase previa siempre se exige que sea posible atribuir dolo al último que actúa. Pero una y otra posibilidad son opciones que están abiertas para el legislador,⁵⁴ pues desde el punto de vista de la intervención

delictiva sólo es relevante que cada interviniente actúe en forma individualmente evitable. La forma (dolo o culpa) que adopta dicha evitabilidad en cada actor es una cuestión que sólo incide en la clase de imputación subjetiva que – siempre respecto del hecho mancomunado – será posible predicar de cada interviniente en particular.⁵⁵

La mejor prueba de que la teoría de la intervención delictiva nada tiene que ver con el dolo y con la culpa es la distorsión valorativa a la que conduce sostener lo contrario en un ejemplo como el inicial. Según la posición predominante, si B actúa con dolo de lesionar (por ejemplo, la víctima se resiste al asalto y B le dispara), la posición de garante de D posiblemente se mantendrá intacta, y responderá como cómplice de unas lesiones dolosas. Pero como B actuó imprudentemente, la situación de D oscila entre la impunidad – para aquella minoría que rechaza un concepto unitario en este ámbito – y la autoría en solitario de un delito culposo en forma paralela a B. En todos los casos, sin embargo, el desvalor de la conducta de D es exactamente el mismo: ¿qué ha hecho la teoría de la intervención delictiva para sacar, del otro lado del alambique teórico, hasta tres póquimas distintas?

Hay algo que no funciona en la actual teoría de la intervención delictiva. Esta disfuncionalidad tiene mucho que ver con el subjetivismo radical de las teorías del dominio del hecho, que impide captar la realidad normativa de la imputación y, por lo tanto, impide ver que cuando aparece más de una persona vinculada al hecho es preciso decidir entre dos modelos de imputación, el modelo aplicable al autor en solitario y el modelo de la actuación mancomunada. Es ésta la primera pregunta que hay que resolver, y sin ella no hay ninguna otra que se pueda contestar en forma apropiada. En particular, no se puede contestar a la pregunta de la imputación subjetiva. Basta un pequeño desafío para demostrarlo: ¿cómo se puede saber si un interviniente actuó o no con dolo si previamente no se sabe qué es lo que ese interviniente debió conocer? Para que el autor solitario tenga dolo debe conocer su propia conducta y sus circunstancias. En cambio, para que el interviniente tenga dolo debe conocer, además, la envergadura de la conducta de los demás y sus circunstancias. Pero si no se sabe si existe intervención delictiva, es decir, no se sabe si el agente tiene que preocuparse también de lo que hacen otras personas, entonces no se puede responder la pregunta acerca del dolo por falta de objeto. Más aun: hasta no determinar el segmento relevante de los hechos (si éste incluye la conducta de otros o no), la pregunta del dolo ni siquiera se puede plantear.

VII. Perspectivas

Dar respuesta a la cuestión formulada al comienzo – ¿qué teoría de la intervención delictiva corresponde a la identidad normativa de la sociedad chilena actual? – es algo que excede mis pretensiones en esta contribución. Pero el objetivo se habría cumplido si ésta sirviera al menos como propuesta de algunos elementos para el debate. Resumo a continuación los que quisiera poner en primer plano.

⁵³ Sobre ello, pero considerando posible la subsunción en el tipo calificado, *Bascuñán*, “El robo como coacción”, *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1 (2002), p. 55 y ss. (p. 91).

⁵⁴ O para el intérprete, como ocurre por regla general en Chile, donde la legislación sólo excepcionalmente establece restricciones subjetivas respecto de la intervención delictiva (por ejemplo, la complicidad del propietario o encargado del local o establecimiento en que se cometen los delitos sancionados en los arts. 367, 367 ter o 374 bis CP debe ser dolosa, pues así lo exige expresamente el art. 368 bis CP para imponer la pena de clausura del local o establecimiento).

⁵⁵ Al respecto *van Weezel* (Fn.43), p. 171 y ss.

La tensión que se advierte en el planteamiento de Bustos, y que se traduce en una cierta incoherencia – pues primero proclama el ideal garantista de la concepción formal para luego dar paso a estructuras vinculadas al dominio del hecho que se apartan bastante de él –, podría ser el resultado de dos anacronismos de idéntica raigambre. Pues ni la concepción formal es sostenible, ya que trabaja con un concepto mecanicista de “ejecución” del hecho que no responde a la imagen actual del mundo; ni resulta dogmáticamente viable una teoría del dominio como “hecho” – como representación inmediata, i. e., sin mediación normativa –, por esa misma razón. El dominio puede ser un tópico útil, pero por sí mismo carece del potencial suficiente para explicar las relaciones de intervención delictiva en una sociedad que ha adquirido conciencia de la función de la autorresponsabilidad en el reparto de competencias. Una de las muestras más claras de ello es su necesidad de recurrir a un “autor detrás del autor”, donde la aplicación de la teoría implica echar por la borda la autorresponsabilidad. En definitiva, ambas concepciones – la teoría formal-objetiva y la teoría del dominio del hecho – prometen mucho más de lo que están en condiciones de cumplir. En el caso del dominio del hecho, por ejemplo, ni siquiera se cuenta con un criterio generalmente aceptado para resolver el “problema original”, distinguir (cualitativamente) a los cómplices de los coautores.

Las teorías de la intervención delictiva al uso se concentran con mayor o menor fortuna en la determinación de los elementos de la autoría, pero ofrecen una fundamentación más bien pobre de la punibilidad de los intervinientes. A ella se suma el postulado de una distinción cualitativa o esencial entre autores y partícipes, cuya plausibilidad también parece demasiado débil, si se tienen en cuenta las consecuencias que tal distinción debería tener. En estas circunstancias, puede resultar oportuno centrar los esfuerzos en identificar los elementos que justifican la imputación de un hecho a varias personas a partir de la autorresponsabilidad de cada una. Hasta donde alcanzo a ver, el resultado de ese esfuerzo debiera llevar a comprender que el fondo conceptual de la noción unitaria – el único hecho se imputa a todos por igual – y la accesoriedad normativamente entendida se complementan entre sí. Una noción unitaria de interviniente basada en la accesoriedad como mancomunidad de significado de los diversos aportes, podría estar en condiciones de resolver por lo menos el núcleo de la problemática de la intervención – la autorresponsabilidad – y de orientar en la búsqueda de los criterios normativos para determinar cuándo existe mancomunidad respecto de una determinada realización típica. Se trata de establecer cuándo, a juicio del ordenamiento jurídico, una persona declara mediante su aporte que el hecho delictivo le pertenece.

Un problema en sí mismo es la desvinculación de la intervención delictiva de las formas específicas de evitabilidad individual. La idea de que toda mancomunidad tiene que ser intencional o al menos dolosa está muy arraigada, pero no es correcta. Por un lado, las formas de intervención delictiva no son dolosas ni imprudentes. Lo que es doloso o imprudente es la clase de imputación subjetiva que se predicará de cada interviniente respecto de ese hecho.

Por otro lado, la determinación de cuál es el “hecho” o, lo que es igual, qué segmento de la realidad es de incumbencia de todos los actores y por consiguiente se les imputará en forma mancomunada, es en primer lugar un problema de imputación objetiva y, en segundo lugar, una cuestión de evitabilidad en general (el hecho deber haber sido evitable para todos los intervinientes). Sólo en tercer lugar – y sobre todo: una vez que ya se sabe si existe o no intervención delictiva – se plantea el problema de la forma concreta de evitabilidad (dolo o culpa) que concurre en cada interviniente. Por eso es que, por ejemplo, el dolo nunca recibe un tratamiento accesorio, y que en los casos de preterintencionalidad no es razonable dividir el hecho total para los efectos de afirmar intervención en el segmento doloso y luego negarla respecto del segmento culposo.⁵⁶

Aunque esta contribución se ocupa básicamente de la crisis dogmática de la teoría de la intervención (la teoría no explica lo que debería explicar, y por lo tanto está incompleta o es errónea, o ambas cosas a la vez), también parece conveniente echar un vistazo a la praxis. Por un lado se observa la incapacidad de la teoría de la intervención actual para explicar una responsabilidad mancomunada en el ámbito imprudente. En esto es acertado el diagnóstico de *Puppe*:⁵⁷ la intervención delictiva en el hecho imprudente es impensable o resulta incoherente a partir de las categorías actuales de la dogmática de la intervención delictiva. Por otro lado, la ampliación más allá de todo límite del dominio organizacional, la creación vertiginosa de deberes abstractos de supervigilancia,⁵⁸ la revitalización de las teorías del complot en el derecho penal internacional, y un largo etcétera, dan cuenta de los esfuerzos político-legislativos por aprehender formas de intervención que durante largos años han resultado invisibles para el derecho penal. En todos estos ámbitos, sin embargo, el discurso garantista convive con fuertes procesos de criminalización y con un severo relajamiento de las reglas positivas para la imposición de la pena de autor.

La propuesta insinuada en estas líneas viene a ser entonces la siguiente: la clave para hacer frente a los desafíos de las nuevas formas de criminalidad e intervención, resguardando a la vez el carácter garantista del derecho penal, no está en un concepto restrictivo de autor, sino en un concepto restrictivo del tipo penal y, por lo tanto, de la realización típica. Lo que hay que dejar de lado es la idea de que la causación dolosa o culposa de un resultado lesivo

⁵⁶ Al respecto últimamente y con referencias *Renzikowski*, „Die fahrlässige Mittäterschaft”, en: G. Dannecker (Fn. 41), p. 436.

⁵⁷ *Puppe*, „Wider die fahrlässige Mittäterschaft”, GA 2004, p. 129 y ss. Sobre el estado actual de la discusión véase *Renzikowski* (Fn. 41), p. 423 y ss.

⁵⁸ A favor de esta evolución *Roxin*, „Organisationsherrschaft als eigenständige Form mittelbarer Täterschaft”, ZStR 2007, p. 20 y ss., siguiendo en parte planteamientos de *Tiedemann* y *Botke*, al constatar la imposibilidad de aplicar el *topos* del dominio organizacional en la mayor parte de los casos de delincuencia desde la empresa.

funda responsabilidad penal, a no ser que se demuestre lo contrario. Este error naturalista es el que las teorías sobre la autoría y la participación han pretendido infructuosamente corregir por la vía de sumar requisitos fácticos a la causación consciente. Si, por el contrario, se precisa el alcance del tipo penal utilizando criterios normativos – el instrumental de la teoría de la imputación objetiva –, entonces dicho alcance se reduce considerablemente, pues la norma y la sanción aparecen en su contexto, ligadas a su función de asegurar una motivación predominante de respeto a las reglas básicas de convivencia en libertad. Este punto de vista resulta restrictivo en cuanto al alcance del tipo penal, ya que da cabida a la pregunta previa por el deber de evitar un determinado suceso. Sin la constatación de tal deber, la pregunta por una cierta causación consciente se encuentra suspendida en el vacío. Y en lo que aquí interesa: sin determinar el alcance y límites del deber implícito en el tipo, ¿cómo se podría establecer el alcance y límites de un deber mancomunado de evitar su realización? Esta determinación no tiene que ver con la cognoscibilidad de los presupuestos de la (no-)causación, sino con la definición de esferas de responsabilidad respecto de un suceso. La identificación y delimitación de tales esferas de responsabilidad es justamente la tarea de la imputación objetiva.

Cuando se asume que el derecho penal no se interesa por un brazo roto o una caja de caudales vacía, sino por la expresión de sentido de una o varias personas que con su hecho declaran que el orden social no les obliga, entonces resulta posible plantearse las preguntas que realmente importan: ¿cuál es el significado la conducta desde la perspectiva de las valoraciones sociales?; la prestación que realizó el sujeto, ¿tiene que interpretarse en esta sociedad – con su concreta estructura de expectativas, en parte contenida en su derecho positivo – como un involucramiento punible en el hecho delictivo que se cometió utilizando dicha prestación? No se afirma aquí que las respuestas a estas preguntas sean sencillas, sino sólo que ellas no se alcanzarán nunca si se abordan desde los prejuicios del naturalismo. Pues ellas dependen de que se reconozca – en paralelo al modelo de imputación del actuar en solitario – un modelo de imputación propio de la actuación conjunta. Semejante modelo no existe en la naturaleza, sino sólo como categoría estrictamente jurídica.