



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

Idoneidad de la aplicación en el Derecho chileno de las figuras de autoría mediata y coautoría para fundar una responsabilidad a título de autor de los órganos superiores de las empresas que dictan órdenes antijurídicas a sus subalternos

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1210463, “Hacia una superación de las limitaciones del Derecho penal chileno para hacer responsables como autores a los órganos superiores de las empresas”.

Joaquín Pineda Yáñez

Profesor guía: Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago de Chile

Mayo de 2022

ÍNDICE

RESUMEN:	4
INTRODUCCIÓN:	5
A. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA	5
B. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	8
C. FINALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN	8
D. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	15
E. ESTRUCTURA GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN.....	15
I. CONCEPTOS DE AUTOR Y TEORÍAS QUE DELIMITAN LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN.....	17
A. CONCEPTOS DE AUTOR:	17
a. <i>Concepto unitario de autor</i>	17
b. <i>Concepto extensivo de autor:</i>	20
c. <i>Concepto restrictivo de autor</i>	22
B. TEORÍAS DELIMITADORAS ENTRE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN:.....	24
a. <i>Teorías subjetivas</i>	24
b. <i>Teorías objetivo-formales</i>	27
c. <i>Teorías objetivo-materiales</i>	30
i. Teoría del dominio del hecho.....	31
ii. Teorías de la competencia o “normativistas”.....	37
II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL CHILENO	42
A. PANORAMA GENERAL DE AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN CHILE	42
a. <i>Origen del artículo 15 del Código Penal</i>	42
b. <i>Conceptos de autoría y teorías delimitadoras en nuestro país</i>	43
B. AUTORÍA DIRECTA	48
C. AUTORÍA MEDIATA	50
a. <i>Error o aprovechamiento de error</i>	52
b. <i>Coacción</i>	53
c. <i>Aprovechamiento de un inimputable</i>	54
d. <i>Realización por parte del instrumento de una conducta objetivamente atípica</i>	55
e. <i>Prevalimiento de órdenes de servicio y situaciones de subordinación y dependencia</i>	56
f. <i>Aparato organizado de poder</i>	58
D. COAUTORÍA	61
a. <i>Coautoría ejecutiva (15 n°1)</i>	63
i. Tomar parte de un hecho de forma inmediata y directa	63
ii. Tomar parte inmediata en la ejecución, impidiendo o procurando impedir que se eviten	64
b. <i>Coautoría no ejecutiva (15 n°3)</i>	65
i. Facilitación de medios (y referencia al jefe de la banda o autor intelectual)	66
ii. Presenciar el hecho sin tomar parte en su ejecución.....	68
E. OTRAS FIGURAS: INDUCCIÓN Y COMPLICIDAD.	68
a. <i>Inducción</i>	69
b. <i>Complicidad</i>	71
III. CONSTRUCCIONES DOGMÁTICAS PARA CASTIGAR A LOS ÓRGANOS SUPERIORES EMPRESARIALES	72

A.	IMPUTACIÓN AL ÁMBITO DE LA EMPRESA Y ATRIBUCIÓN INDIVIDUAL DENTRO DE ÉSTA	72
B.	AUTORÍA MEDIATA POR APARATOS ORGANIZADOS DE PODER	75
C.	COAUTORÍA VERTICAL	80
i.	<i>Coautoría vertical desde la teoría del dominio del hecho.</i>	80
ii.	<i>Coautoría vertical desde las teorías de la competencia.</i>	85
IV. ¿PUEDEN TRASLADARSE ESTAS CONSTRUCCIONES DOGMÁTICAS AL DERECHO CHILENO?		91
A.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD	91
B.	COAUTORÍA	97
C.	AUTORÍA MEDIATA	106
CONCLUSIÓN:		111
BIBLIOGRAFÍA:		114

RESUMEN:

En las sociedades contemporáneas, la delincuencia empresarial ha adquirido gran relevancia político-criminal. A modo de ejemplo, en Chile han existido casos mediáticos de graves delitos cometidos en el seno de organizaciones empresariales, tras los cuales se ha cuestionado la idoneidad del Derecho penal para sancionarlos adecuadamente, tomando en consideración que las reglas de intervención delictivas se elaboraron bajo un paradigma del delincuente individual que planifica y realiza de propia mano los delitos. Así, esta memoria busca responder la pregunta de si es posible imputar a título de autores a los órganos directivos empresariales que dictan órdenes antijurídicas a sus subordinados para que ejecuten delitos dolosos de dominio, en particular si se les puede responsabilizar como autores mediatos o coautores en virtud de las reglas de autoría y participación en el Derecho chileno. Para responder la pregunta de investigación, se describirán en primer lugar los conceptos de autor y las teorías delimitadoras de la intervención punible que ha establecido la dogmática penal. Luego, se analizará el entendimiento doctrinario de las normas de intervención delictiva presentes en el Código Penal chileno. En tercer lugar, se revisarán las construcciones que se han elaborado a nivel comparado para castigar como autores mediatos y coautores a los directivos de las empresas. Por último, se intentará responder la pregunta mencionada, tomando en consideración que el análisis debe tener en cuenta que las reglas que regulan la autoría y participación en el artículo 15 del Código Penal son distintas y más limitadas que las hipótesis equivalentes a nivel comparado, por lo que el respeto al principio de tipicidad impide ir más allá de lo que permite el tenor literal de la disposición, aún si es que existen fuertes razones político-criminales para atribuir a los órganos directivos de las empresas la calidad de autores por delitos cometidos por sus empleados.

INTRODUCCIÓN:

a. Aproximación a la problemática

En las últimas décadas, las sociedades occidentales han desarrollado un creciente interés con respecto a la delincuencia de carácter económico¹. La centralidad de esta problemática se debe a que, en las sociedades de mercado, la criminalidad económica podría traer aparejados efectos inmateriales de gran magnitud, tales como la pérdida de confianza en las relaciones comerciales, la supresión de la competencia entre los actores económicos o la alteración del equilibrio en los mercados². Así, los delitos económicos tienen la capacidad, en último término, de “*poner en entredicho la estabilidad del sistema de funcionamiento de la sociedad y finalmente la estabilidad de la propia sociedad*”³.

En particular, la denominada por Schünemann “criminalidad de empresa”⁴, se ha erigido como una categoría de análisis diferenciada⁵. Por una parte, esto se debe al importante rol que juegan las empresas en la actualidad, pudiendo alcanzar inéditos niveles de complejidad y magnitud en las sociedades contemporáneas. Este fenómeno social tiene como consecuencia la ampliación y desarrollo de nuevos intereses dignos de protección, la

¹ Sin perjuicio de que se discute bastante en doctrina sobre la existencia de una definición general y única de lo que consiste el Derecho penal económico, de acuerdo con la literatura alemana, éste se caracteriza por su protección a bienes jurídicos supraindividuales o colectivos. Véase Klaus Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 58 y 59.

² Bernardo Feijoo, «La imputación objetiva y subjetiva en los delitos económicos», en *Tratado de Derecho Penal Económico*, ed. por Antonio Camacho (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 143.

³ Wilfred Bottke, «Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania», *Revista Penal*, n°4 (1999): 23.

⁴ Para el autor, la criminalidad de empresa o *Unternehmenskriminalität* se entiende como “[...] todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una actuación para una empresa se lesionan bienes jurídicos e interés externos, incluir los bienes jurídicos e intereses propios de la empresa. Que de este modo la criminalidad de empresa constituye la parte más importante de la criminalidad económica [...] es algo que salta a la vista”. Bernd Schünemann «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Crónicas Extranjeras* (1982): 531.

⁵ Asimismo, Adán Nieto entiende el Derecho penal de la empresa como el grupo de “[...] delitos cometidos por empleados y directivos, en el marco de la actividad empresarial, con la intención de beneficiarla. Dentro de esta categoría entran figuras delictivas tan diversas como los delitos contra el medio ambiente, el abuso de información privilegiada, la estada o incluso el tráfico de seres humanos, siempre que tenga que ver con la actividad de la empresa”. Adán Nieto, «Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa», en *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, ed. por Norberto de la Mata et al. (Madrid: Dykinson, 2008), 46.

aparición de nuevos riesgos, y la consagración por parte del legislador de nuevos tipos penales⁶.

Por otro lado, en las empresas modernas se pueden encontrar características particulares de especial relevancia para el Derecho penal, tales como una distribución de funciones y roles dentro de la organización, que en el plano horizontal se manifiesta en la división del trabajo y en el plano vertical en el principio de jerarquía⁷. Asimismo, una especialización técnica, y un funcionamiento descentralizado en las decisiones y controles que se llevan a cabo en su seno⁸. Así, la empresa consistiría en una “[...] *realidad social emergente que no puede ser tratada sin más como una suma de sujetos individuales, sino que supone una nueva realidad distinta a éstos*”⁹. La fragmentación de funciones y conocimiento podría llevar a lo que Ulrich Beck denominó “irresponsabilidad organizada”¹⁰, lo que dificultaría poder establecer claramente las responsabilidades individuales por delitos cometidos dentro de la organización¹¹.

Uno de los problemas más importantes suscitados en la criminalidad de empresa consiste en la escisión entre la responsabilidad y acción¹², es decir, que generalmente quienes realizan la conducta típica en el ámbito de estas organizaciones son empleados subordinados que actúan como *meros ejecutores* de las acciones previstas en los tipos penales¹³. Los ejecutores actúan bajo órdenes de los órganos superiores de la empresa¹⁴, influyendo

⁶ Cfr. Héctor Hernández, «Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile», en *Persona y Sociedad*, Vol. XIX, n°1 (2005): 105.

⁷ Susana Escobar, *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, (León: Tesis doctoral de la Universidad de León, 2019), 128.

⁸ Miguel Díaz y García Conlledo, «Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos», en *Nuevo Foro Penal*, n°71 (2007), 117.

⁹ Bernardo Feijoo, «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas», *Revista de Derecho Público*, n°21 (2008): 4.

¹⁰ Cfr. Díaz y García Conlledo, «Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos», 117.

¹¹ Ulrich Beck, «Teoría de la sociedad del riesgo reformulada», *Revista Chilena de Temas Sociológicos* 5 (1998), 11 y ss.

¹² Schünemann, «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», 531.

¹³ Elena Núñez, «Problemas específicos de autoría y participación», en *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*, ed. por Alfonso Galán y Elena Núñez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 28.

¹⁴ A lo largo de la memoria, se entenderán los órganos superiores como “*aquellos integrantes de la empresa con la potestad de dictar instrucciones que son acatadas por los trabajadores de los niveles inferiores*”, incluyendo tanto a los órganos directivos como a los mandos medios. Lautaro Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXIII, n°2 (2020): 324.

decisivamente en los ámbitos de decisión y control dada su superioridad jerárquica¹⁵. No obstante, es muy poco frecuente que tales órganos superiores actúen en la fase ejecutiva del hecho delictivo¹⁶.

Para responder adecuadamente a estos fenómenos, la dogmática ha tenido que salir de la estrechez del marco teórico a que estaba limitado en su concepción decimonónica, produciéndose un proceso de expansión del Derecho penal¹⁷. En ese sentido, su versión tradicional, enfocada en un modelo de delincuente individual o de delincuencia cometida por pequeñas bandas¹⁸, se ha revelado insuficiente para otorgar respuestas satisfactorias de cara a los delitos cometidos en el seno empresarial. Lo anterior, pues resultaría cuestionable que, en los delitos de empresa, los ejecutores materiales directos del hecho debieran ser el principal responsable por éste¹⁹.

De esta forma, se ha señalado por la doctrina que cuando se comete un hecho delictivo en el seno de estructuras empresariales, la atención no ha de concentrarse en los ejecutores inmediatos. Por el contrario, debe enfocarse en primer plano la responsabilidad que tienen los órganos que están en la cúpula de las empresas, quienes organizan, deciden y controlan la configuración y realización de los hechos delictivos, sin perjuicio de que los subordinados los ejecuten sin intervención de los altos ejecutivos²⁰.

Nuestro país no ha quedado exento de este fenómeno global, en parte impulsado por una serie de casos mediáticos de delitos cometidos en el marco de empresas, en materia de

¹⁵ Núñez, “Problemas específicos de autoría y participación”, 28.

¹⁶ Cfr. Francisco Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», *Revista Penal*, n° 14 (2001): 75.

¹⁷ Jesús María Silva Sánchez, *La Expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, (Madrid: Civitas, 2001).

¹⁸ Feijoo, «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas», 4.

¹⁹ Percy García Cavero, «Problemas de imputación objetiva en estructuras empresariales» en *Revista de Estudios de la Justicia*, n° 10 (2008): 200. Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 75. Feijoo, «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas», 5.

²⁰ Demelsa Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», en *Tratado de Derecho Penal Económico*, ed. por Antonio Camacho (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 89. Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 75 y 76.

libre competencia, delitos ambientales y de mercado de valores, entre otros²¹. Sin embargo, el desarrollo legislativo y dogmático del Derecho penal empresarial en Chile es todavía incipiente y con una deficiencia en su regulación positiva²².

b. Objeto de la investigación

El artículo 15 del Código Penal es la norma aplicable a los casos en que interviene más de un sujeto en el hecho punible, toda vez que contiene tipos penales complementarios que amplían la punibilidad más allá de la autoría inmediata, para castigar como autores a ciertos intervinientes en el hecho delictivo²³. De esta manera, el objeto de investigación de esta memoria de licenciatura será el artículo mencionado. La disposición reza de la siguiente manera:

Artículo 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.

c. Finalidad de la investigación

La presente tesis busca analizar la plausibilidad del uso de estas normas de sanción penales para castigar a los órganos superiores de la empresa que dictan una orden antijurídica, que tiene como consecuencia la realización de delitos dolosos de dominio²⁴ cometidos en el

²¹ Véase Jaime Winter, «Panorama del derecho penal empresarial en Chile», en *Reformas penales*, coord. por Kai Ambos et. al. (Santiago: DER Ediciones, 2017), 118 y ss.

²² Winter, «Panorama del derecho penal empresarial en Chile», 118 y 119.

²³ Jaime Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno» *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol.1 (2012): 123.

²⁴ Se ha entendido que los delitos de dominio son “*aquellos constituidos por una actividad que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, sin que ello implique quebrantamiento de un deber jurídico extrapenal*”, categoría

seno empresarial. Para este análisis se considerará con particular atención la adecuación al principio de legalidad de cada una de las soluciones que se evalúen.

En forma previa a analizar la responsabilidad de personas individuales al interior de la empresa, corresponde evaluar si el delito es objetivamente imputable al ámbito de organización empresarial²⁵. Así, hay que realizar un juicio acerca de si fueron los procesos causales y riesgos al interior de la empresa los que pusieron en peligro o lesionaron el respectivo bien jurídico, y si estos procesos cumplieron con los requisitos y obligaciones establecidas por el ordenamiento primario, para la disminución o eliminación de riesgos²⁶.

Como plantea Feijoo, “*si el output del colectivo es típicamente irrelevante, no hay que plantearse si alguien ha infringido sus deberes dentro del colectivo. Sin que objetivamente exista una lesión [...] no hay injusto*²⁷”.

En caso de que la afectación al bien jurídico protegido indirectamente por la norma de sanción penal pueda ser atribuida objetivamente a la empresa, se deberá realizar un juicio de imputación individual. Este análisis tratará acerca de quiénes, al interior de la organización, deben responder por el delito a título de autores de acuerdo con las reglas de intervención delictiva.

Ha existido una profunda discusión en la doctrina comparada, especialmente en la alemana y española, acerca de si se puede hacer responsables a título de autor a los órganos superiores de las empresas cuando no intervienen en la ejecución, sino que solamente dictan una orden antijurídica. Así, parte de la doctrina ha considerado como una solución apropiada, para castigar a título de autor a los órganos superiores de las empresas, la utilización de las figuras de autoría mediata y coautoría.

De acuerdo con la dogmática penal, la autoría mediata se configura cuando se ejecuta un hecho propio a través de otra persona, cuya conducta se instrumentaliza²⁸. A priori, no

que se contraponen a los delitos de infracción de un deber. Enrique Cury, *Derecho Penal, Parte General* (Santiago: Ediciones UC, 2005), 593.

²⁵ Feijoo, «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas», 11.

²⁶ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 322.

²⁷ Feijoo, «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas», 11.

²⁸ Héctor Hernández, «Art. 15», en *Código Penal Comentado*, ed. por Jaime Couso y Héctor Hernández (Santiago: Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2011), 389.

habría mayor problema cuando los trabajadores subordinados actúan en una situación de error, no teniendo conciencia del ilícito que están ejecutando, o cuando actúen bajo coacción, debido a que actuarían como instrumento, no siendo responsables por su actuar en ninguno de los dos casos²⁹. Sin embargo, el problema se presenta cuando el empleado que ejecuta el hecho actúa en forma libre, responsable y dolosa, pues en tal caso es dudoso señalar que actúa como instrumento de un autor mediato³⁰.

Para poder castigar a los órganos superiores como autores mediatos cuando el ejecutor no actúa como instrumento, se ha discutido doctrinariamente acerca de la posibilidad de sancionarlos a través de la aplicación de la autoría mediata por aparatos organizados de poder. Esta figura fue creada por Roxin³¹, originalmente para sancionar a los “autores de escritorio” que ordenaron los crímenes masivos durante el régimen nacionalsocialista³². No obstante, la doctrina mayoritaria rechaza su aplicación a la criminalidad empresarial, pues no se cumplirían algunos elementos necesarios para su concurrencia. En ese sentido, Feijoo sostiene que “*no es cierto que los aparatos organizados de poder presentan una estructura y un funcionamiento muy similar al de una gran empresa*”³³. Así, por ejemplo, en la empresa faltaría normalmente el elemento de intercambiabilidad o fungibilidad de los ejecutores, factor que solamente podría darse en organizaciones que se han apartado del ordenamiento jurídico³⁴.

Como se mencionó, la doctrina también ha analizado la adecuación de la figura de la coautoría, que procede cuando varios intervinientes ejecutan conjuntamente el hecho³⁵. Un elemento que se exige para que los intervinientes actúen como coautores es la decisión y

²⁹ Núñez, «Problemas específicos de autoría y participación», 32.

³⁰ Cfr. Carlos Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 496.

³¹ De acuerdo con el autor, este tipo de autoría mediata ocurre cuando se puede “[...] *disponer de un aparato que asegure la ejecución de órdenes incluso sin fuerza o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución. El que da la orden puede prescindir de coaccionar o engañar al autor inmediato, porque el aparato, incluso si falla una persona concreta, dispone de otras que asumen su función*”. Así, sería autor mediato “[...] *todo aquel que se sienta al lado de la palanca de mando de un aparato de poder -da igual en qué nivel de jerarquía- y puede conseguir, mediante una orden o instrucción, que se comenten delitos con independencia de la individualidad o individualización del ejecutor*”. Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, (Pamplona: Editorial Civitas – Thomson Reuters, 2014), 111.

³² Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 329.

³³ Cfr. Feijoo, «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas», 8.

³⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 121-125.

³⁵ Hernández, «Art. 15», 399.

voluntad común de realización del hecho, con una distribución de las aportaciones singulares a éste³⁶. A este respecto, se ha dicho que resulta discutible que, de la circunstancia de que el empleado cumpla en forma consciente la orden antijurídica impartida por un órgano superior de la empresa, se siga que haya habido una voluntad de la realización del hecho en conjunto³⁷.

Otro elemento necesario para estar frente a la figura de coautoría, para gran parte de la doctrina, es que la intervención de los órganos superiores empresariales haya sido realizada durante la ejecución del hecho, a través de un aporte esencial, de conformidad con la división del trabajo acordada previamente³⁸. Sin embargo, para Muñoz Conde, este último elemento no sería procedente en el ámbito empresarial, toda vez que *“las funciones decisorias y organizativas son no sólo jurídicamente, sino incluso social y económicamente más importantes que las ejecutivas propiamente dichas³⁹”*, por lo que no tendría sentido calificar a quienes toman las decisiones y organizan la ejecución de un hecho delictivo, pero luego no forman parte de ésta, como partícipes⁴⁰. Así, en la criminalidad de empresa, también el órgano superior respondería como coautor cuando *“configura la ejecución o está tan íntimamente vinculada con ella que debe valorarse como un todo en una consideración global del suceso⁴¹”*.

De todas formas, queda la duda acerca de si esta configuración u organización de la ejecución se satisface por el sólo hecho de impartir una orden antijurídica específica a un subordinado, donde estos tengan el dominio sobre la acción delictiva⁴².

³⁶ Cfr. Günther Jakobs, *Derecho Penal, Parte General, Libro II*, (Marcial Pons: 1997), 745 y ss; y Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 190 y ss.

³⁷ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 331.

³⁸ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 331. Este elemento es establecido y desarrollado por Roxin, en *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 198 y ss.

³⁹ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 77.

⁴⁰ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 77.

⁴¹ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 82.

⁴² Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 331.

Introducida la discusión doctrinaria comparada, cabe señalar que no ha existido un mayor debate acerca de si las soluciones propuestas son compatibles con las normas que rigen la autoría y participación en el Derecho chileno, salvo contadas excepciones⁴³. Para un correcto análisis, es importante tener en consideración que los tipos penales que regulan la autoría y participación en España y Alemania son bastante distintos a los chilenos, por lo que no es posible trasladar sin más las conclusiones dogmáticas y jurisprudenciales comparadas a nuestro país.

Así, en el Derecho nacional la coautoría no se rige por un concepto relativamente abstracto como en Alemania, donde su respectiva norma establece que “*si varios cometen el hecho punible en común, cada uno de ellos será castigado como autor (coautor)*”⁴⁴, o como en España, cuyo Código Penal establece la coautoría como la realización de un hecho *conjuntamente*⁴⁵. Por contraste, en la ley chilena la coautoría ejecutiva está recogida en el artículo 15 n°1, castigando a quienes intervienen en forma inmediata y directa en el hecho, o impidiendo o procurando impedir que este se evite⁴⁶. A su vez, la coautoría no ejecutiva se rige por el artículo 15 n°3, que castiga a quienes, concertados para la ejecución de un hecho punible, llevan a cabo una aportación consistente en dos tipos de conductas: la facilitación de medios o su presencia⁴⁷. Como puede verse, para sancionar a los coautores no se establece una fórmula abstracta, como en los códigos españoles o alemanes, sino que se castigan conductas a través de una descripción empírica de estas⁴⁸.

Algo similar ocurre con la autoría mediata, pues el Código Penal alemán castiga como autor mediato “*a quien cometa el hecho punible [...] mediante otro*”⁴⁹, y en España a quienes

⁴³ Entre otros autores: Juan Pablo Mañalich, «Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 n°2 (2011): 285 y 286; Marcos Contreras, «Algunas consideraciones sobre autoría y participación en estructuras empresariales», *Revista Jurídica del Ministerio Público*, n° 41 (2009): 171 ss.; y Juan Pablo Novoa, «Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa», *Revista Actualidad Jurídica*, n°18 (2008): 445.

⁴⁴ § 25 StGB: “*Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)*”. Traducción de Elena Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008): 152.

⁴⁵ Artículo 28 del Código Penal Español.

⁴⁶ Hernández, «Art. 15», 402-406.

⁴⁷ Hernández, «Art. 15», 402-406.

⁴⁸ Cfr. Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021): 499.

⁴⁹ § 25 StGB: “*Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht*”. Traducción de Górriz, *El concepto de autor en el derecho penal*, 152.

“realizan el hecho [...] por medio de otro del que se sirven como instrumento⁵⁰”. Por su parte, en Chile una posición doctrinaria sostiene que la autoría mediata por coacción se castiga cuando se *fuera* a otro a la ejecución de un hecho⁵¹, y la autoría mediata por error del instrumento cuando hay inducción o aprovechamiento de un error, *impidiendo o procurando impedir* que el hecho típico se evite⁵². A su vez, otra corriente sostiene que la voz “*inducir*” del art. 15 n°2 incluye todas las formas de autoría mediata adicionales a la coacción, toda vez que en la época de dictación del Código Penal este concepto no aludía a la instigación en sentido estricto⁵³.

Como puede apreciarse, las reglas del Derecho chileno que regulan la coautoría y autoría mediata parecen ser más restrictivas que las disposiciones alemanas y españolas. Por esto, las construcciones dogmáticas que realiza la literatura comparada no pueden trasladarse a nuestro país sin antes realizar un análisis detallado de su capacidad para satisfacer las exigencias del texto legal nacional.

Para abordar esta investigación, se asumirá la postura de que las normas de la Parte Especial son tipos de autores inmediatos, que sancionan a quienes realizan de propia mano las conductas típicas⁵⁴. Así, para castigar otras formas de autoría, se deben combinar los tipos complementarios ubicados en el artículo 15 del Código Penal con algún tipo de la Parte Especial, constituyéndose diferentes tipos penales que castigan distintas modalidades de

⁵⁰ Artículo 28 del Código Penal Español.

⁵¹ La doctrina nacional ha entendido que la acepción “*fuercan*” del artículo 15 n°2 del Código Penal se refiere a coacción, cuando ésta “*provoca la exculpación del coaccionado por inexigibilidad de otra conducta, concretamente, fuerza irresistible o miedo insuperable en los términos del art. 10 n°9*”. Hernández, «Art. 15», 391.

⁵² Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 603.

⁵³ Politoff, «Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata», cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata», en *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In Memoriam*, ed. por Luis Arroyo e Ignacio Verdugo (Cuenca: Universidad de Castilla – La Mancha, 2001), 1261-1262.

⁵⁴ Cfr. Enrique Gimbernat, *Autor y Cómplice en el Derecho Penal* (Buenos Aires: B de F, 2006), 190 y 191. Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 603. Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 123. Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General* (Granada: Comares, 2002), 699.

autoría⁵⁵. En ese sentido, las reglas de autoría y participación se entenderán en esta investigación como normas de sanción penal⁵⁶.

Es importante llevar a cabo el análisis tomando en cuenta que el límite que debe regirnos en todo momento es el respeto al principio de legalidad, manifestado en la adecuación al tenor literal de la ley, en relación con los tipos penales que regulan la intervención delictiva. Como señala correctamente Górriz, las exigencias establecidas en los respectivos tipos penales deben constituir el “[...] límite infranqueable a las construcciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la autoría habida cuenta que, a diferencia de otros criterios para delimitar al autor, los legales sí poseen legitimación democrática y constitucional⁵⁷”. Así, si se quiere ser respetuoso con el principio de legalidad, el análisis debe realizarse cumpliendo la exigencia de interpretación estricta de las normas de sanción penales, evitando interpretar extensivamente la imputación a título de autor, más allá de su sentido natural concretizado en el lenguaje social⁵⁸.

En ese sentido, a la hora de intentar satisfacer la necesidad político-criminal de imputar como autores a los órganos superiores por las conductas cometidas en el seno empresarial, hay que evitar la introducción de formas de responsabilidad objetiva, para de esta manera respetar las exigencias y garantías del Derecho penal⁵⁹. En un Derecho penal de culpabilidad, como lo es el chileno, es incompatible con sus garantías propias establecer algún tipo de responsabilidad objetiva por el cargo⁶⁰. Así, la posición que un sujeto ocupe en la estructura empresarial no es un elemento decisivo para atribuirle responsabilidad individual por la comisión de un delito en el seno de la organización a título de autor⁶¹. Lo que importa es que esta persona haya realizado una conducta que pueda ser castigada a título

⁵⁵ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 324.

⁵⁶ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 324.

⁵⁷ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 28 y 29.

⁵⁸ Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 121.

⁵⁹ Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 492.

⁶⁰ Héctor Hernández, «Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de la empresa», *Revista de Estudios de la Justicia*, n°10 (2008): 176.

⁶¹ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 323 y 324.

de autor directo, al haber ejecutado las conductas de los tipos de la Parte Especial, o como autor mediato o coautor, conforme a las reglas del artículo 15 del Código Penal⁶².

De esta forma, la pregunta fundamental que se intentará responder a lo largo de la investigación es: *¿Es posible aplicar en el Derecho chileno las figuras de autoría mediata y coautoría para fundar la responsabilidad penal de los órganos superiores de las empresas, por dictar una orden antijurídica en delitos dolosos de dominio?*

d. Metodología de la investigación

La finalidad de esta investigación buscará alcanzarse a través del análisis dogmático de las normas de sanción penal que rigen la autoría y participación en el Derecho penal chileno. Por otra parte, se realizará un análisis de derecho comparado de los tipos penales de intervención delictiva en el Código Penal alemán y español, y de los criterios doctrinales y jurisprudenciales que se han desarrollado en ambos países, para finalmente evaluar si son trasladables al Derecho nacional.

e. Estructura general de la investigación

En el Capítulo I se realiza un análisis bibliográfico de los distintos conceptos de autor y las principales teorías que establecen criterios para la delimitación de la autoría y participación.

En el Capítulo II se analizan las reglas de intervención delictiva en el Código Penal Chileno, particularmente el tratamiento doctrinario y jurisprudencial de los tipos penales que regulan las hipótesis de autoría, y su relación con los tipos de la Parte Especial.

El Capítulo III se explican, por una parte, cuándo una afectación de un bien jurídico puede ser atribuida objetivamente a un ámbito de organización empresarial. Posteriormente, se analizan las construcciones dogmáticas que han buscado castigar a los órganos superiores

⁶² Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 324.

de la empresa a título de autor por dictar una orden a un subordinado, utilizando las figuras de autoría mediata y coautoría.

El Capítulo IV está destinado a analizar si, adecuándose al texto legal de las reglas de intervención delictiva del Código Penal chileno, es posible trasladar las figuras doctrinarias para castigar como autores a los ejecutivos superiores de las organizaciones empresariales.

Finalmente, se exponen las conclusiones de la investigación.

I. CONCEPTOS DE AUTOR Y TEORÍAS QUE DELIMITAN LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

a. Conceptos de autor:

Los criterios que delimitan la autoría y participación adquieren relevancia cuando existe una pluralidad de intervinientes en el desarrollo de un hecho punible, puesto que sólo en este caso es necesario indagar en la significación de la respectiva aportación de manera individual⁶³. Debido a que los ilícitos cometidos dentro de las organizaciones empresariales generalmente son llevados a cabo como resultado de aportaciones de más de un interviniente, corresponde revisar someramente los criterios elaborados por las teorías de la intervención delictiva.

Las fórmulas utilizadas para determinar el carácter de la intervención de una persona en un delito dependerán, primeramente, del concepto de autor que se tenga como presupuesto⁶⁴. En ese sentido, la dogmática penal ha formulado tres grandes conceptos de autoría, a saber: el concepto unitario, extensivo y restrictivo, que se explicarán a continuación.

a. Concepto unitario de autor

De acuerdo con el concepto unitario, es autor todo interviniente que ha realizado una contribución causal para la realización del delito⁶⁵. De esta forma, no sería posible -o bien no sería correcto- distinguir entre autores y partícipes, no atendiendo a cuál es el significado que se atribuye a la contribución de cada interviniente⁶⁶. Esta postura sería el concepto de autor más amplio, pues sus límites se extienden más allá de la aportación propia de cada sujeto, en tanto que cada interviniente respondería por el hecho cometido en su conjunto, a título de autor⁶⁷. La principal característica que se desprende del concepto unitario de autor

⁶³ Rocío Lorca, *La coautoría en el Derecho Penal* (tesis de pregrado, Universidad de Chile, 2006), 4. Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 718. Garrido, 297.

⁶⁴ Lorca, *La coautoría en el Derecho Penal*, 4.

⁶⁵ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 694. Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 64.

⁶⁶ Santiago Mir, *Derecho Penal, Parte General* (Buenos Aires: B de F, 2016), 379. Miguel Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», *Revista de Estudios de la Justicia*, n°10 (2008): 13-14.

⁶⁷ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 104.

es el rechazo de la accesoriedad, es decir, la negación de que unas formas de intervención son dependientes de otras⁶⁸.

En su versión clásica, este concepto de autor ha estado asociado a la teoría de equivalencia de las condiciones, la que plantea que, si toda condición del hecho es causa del mismo, todos quienes intervienen deben considerarse causas del hecho y, por ende, deben entenderse como autores⁶⁹. A su vez, la versión moderna hace un énfasis más bien en que no existiría una relación de accesoriedad entre unos y otros intervinientes, antes de basar su argumentación en consideraciones causales⁷⁰. Se ha mencionado en la dogmática que el concepto unitario de autor responde a una elección político-criminal, que comprende al delito como una obra en común de todos los intervinientes que contribuyen a su realización, por lo que sería conveniente, en principio, castigar por igual a todos ellos, *“sin que el castigo de unos (los partícipes) dependa lo que haga otro (el autor)”*⁷¹.

Históricamente, esta postura fue defendida por la “Escuela Moderna”, cuya teoría de la pena apunta a reaccionar frente a la peligrosidad del delincuente, castigando en forma más severa la intervención de un grupo de sujetos en un hecho punible⁷². Asimismo, se defendió por los autores vinculados a la Escuela de Kiel, que adscribían a un “Derecho penal de la voluntad”⁷³. El concepto unitario de autor tiene actualmente sus principales manifestaciones positivas en la legislación austríaca⁷⁴ e italiana⁷⁵, como también en el Derecho administrativo sancionador alemán⁷⁶. Asimismo, Roxin y la doctrina dominante sostienen que esta

⁶⁸ Miguel Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, (Barcelona: Editorial PPU, 1991) 117 y ss.

⁶⁹ Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 379; Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 67.

⁷⁰ Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 14; *La autoría en el Derecho Penal*, 117 y ss.

⁷¹ Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 379.

⁷² Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 379. Para una mayor explicación sobre este punto, véase Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 74 y ss.

⁷³ Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 379. Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 694.

⁷⁴ StGB Austríaco, §12: “No sólo comete la acción punible el autor inmediato, sino también todo el que determina a otro a ejecutarla o contribuye de cualquier otro modo a su ejecución”. Traducción de Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 65. Para mayor detalle sobre el sistema unitario austríaco, véase Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 128 y ss.

⁷⁵ Artículo 110 del Código Penal Italiano: “Cuando varias personas concurran en el mismo delito, a cada una de ellas se le impondrá la pena establecida para éste, salvo lo dispuesto en los artículos siguientes”. Traducción de Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 107.

⁷⁶ OWiG Alemán, § 14 I 1: “Si varias personas intervienen en una contravención, cada una de ellas actúa contravencionalmente (cometiendo una contravención). Traducción de Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 65.

concepción de autoría regiría para los delitos imprudentes, por lo que “*quien causa por imprudencia un resultado típico es por lo tanto siempre autor de un hecho imprudente*”⁷⁷”.

Como algunas ventajas del concepto unitario de autor, se ha mencionado que impediría la existencia de lagunas de punibilidad, y que además se facilitarían la aplicación del Derecho, puesto que no se debe delimitar las distintas formas de participación entre los intervinientes⁷⁸. No obstante, la doctrina mayoritaria a nivel comparado ha rechazado la aplicación del concepto unitario de autor para los delitos dolosos, elaborando una serie de críticas que se mencionarán brevemente.

En primer lugar, se ha dicho que este modelo desconocería la necesidad de matizar las responsabilidades de cada interviniente de acuerdo con la objetiva importancia social de cada aportación⁷⁹, perdiéndose el específico injusto de acción del tipo correspondiente⁸⁰. Por otra parte, se ha argumentado que, en un Estado de Derecho, la punibilidad debe fundarse en la realización del tipo y referirse a ella, la que además se corresponde con la concepción social expresada en el uso común del lenguaje, que distingue entre autores y partícipes⁸¹. En esa línea, se ha planteado que, al renunciar al principio de accesoriedad, el modelo unitario de autor permite una menor precisión de las fronteras de la tipicidad, extendiéndose indeseablemente la punibilidad de acuerdo a las exigencias básicas de un Estado de Derecho⁸². De aplicarse estrictamente este modelo, se conduciría a una “*ampliación lingüísticamente forzada de los conceptos con que se describe la acción ejecutiva de la Parte Especial*”⁸³”.

A su vez, se ha afirmado que el concepto unitario conduciría a una ampliación intolerable de la punibilidad de la tentativa, toda vez que una intervención que en un sistema

⁷⁷ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 68.

⁷⁸ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 695. Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 65.

⁷⁹ Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 379-380.

⁸⁰ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 695.

⁸¹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 65. Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 128-133.

⁸² Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 14.

⁸³ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 719.

diferenciador sería considerada tentativa impune de participación, aquí sería entendido como una tentativa punible de autoría⁸⁴.

Por otra parte, para Jakobs se trataría de un modelo “cualitativamente insatisfactorio”, puesto que, si para la concurrencia de un delito se requieren elementos personales especiales, éstos tendrían que cumplirlos cada interviniente⁸⁵. Por último, Jakobs critica el modelo unitario de autor, toda vez que desconoce la distinción entre la ejecución de un hecho y la influencia en la ejecución de otro interviniente⁸⁶.

b. Concepto extensivo de autor:

De la misma forma que el modelo anterior, el concepto extensivo de autor parte de la base de que, en principio, es autor todo interviniente que contribuye causalmente a la realización de un hecho punible, por lo que las formas de participación reguladas legalmente representarían causas de restricción de la punibilidad a la autoría⁸⁷. Así, esta visión también tiene como presupuesto la teoría de la equivalencia de las condiciones⁸⁸, por lo que el inductor y el cómplice serían en principio autores, pero la existencia de disposiciones penales que contemplan la participación llevaría a su tratamiento diferenciado⁸⁹. De este modo, “*el autor se define negativamente o por exclusión, es decir, se considera autor a quien no sea partícipe*⁹⁰”. Como puede apreciarse, el concepto extensivo de autor sustituye, como categoría central para la autoría, el tipo por la causación⁹¹.

Esta teoría no permite diferenciar objetivamente la autoría y la participación puesto que, desde un punto de vista causal, serían valorativamente equivalentes. Por lo anterior, el concepto extensivo de autor se asocia usualmente con una teoría subjetiva de la

⁸⁴ Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 133-142. En ese mismo sentido, Jakobs ha sostenido que el concepto unitario de autor “*amplía la punibilidad por tentativa en todo el ámbito del fomento de un delito en definitiva no realizado, sin que se ponga en evidencia su necesidad político-criminal*”. Véase *Derecho Penal, Parte General*, 719.

⁸⁵ Cfr. Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 720.

⁸⁶ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 720.

⁸⁷ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 699. Górriz, *El concepto de autor en el Derecho Penal*, 232. Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 380.

⁸⁸ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 699.

⁸⁹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 66. Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 232.

⁹⁰ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 233.

⁹¹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 66.

participación⁹². Sin embargo, Górriz ha planteado que no existe una relación lógica u obligatoria entre una concepción extensiva de autor y las teorías subjetivas, puesto que es posible acudir a otros criterios objetivos para la delimitación entre autoría y participación manteniendo este modelo de autoría⁹³.

El modelo extensivo de autor fue defendido por autores como Schmidt y Mezger⁹⁴. Una de las principales razones por las que históricamente se prefirió un concepto extensivo de autor consistió en la dificultad de fundamentar la autoría mediata desde un concepto restrictivo⁹⁵.

Sin embargo, este concepto de autor ha sido objeto de varias críticas por parte de la doctrina. Por un lado, Jakobs sostiene que este modelo presentaría los mismos defectos del concepto unitario de autor⁹⁶. En esa línea, en forma similar al concepto unitario, Jescheck y Weigend afirman que se contradice *“el principio estructural del derecho penal vigente que se compone principalmente por tipos descritos y delimitados objetivamente. Con la extensión de la punibilidad a cualquier contribución al hecho que sea causal y culpable se diluyen en la práctica las disposiciones penales”*⁹⁷.

Asimismo, Górriz ha sostenido que la aplicación de un concepto extensivo de autor llevaría aparejada una intolerable extensión de los tipos penales, dejando éstos de cumplir su función de garantía. Lo anterior, puesto que no se permitiría concretar qué comportamientos son jurídico-penalmente relevantes, pues en atención a la teoría de equivalencia de las condiciones, cualquier aportación causal es por igual relevante⁹⁸. Así, *“el principio nulla poena sine lege pierde su sentido, y compromete el respeto hacia el principio de culpabilidad”*⁹⁹.

⁹² Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 699. Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 380.

⁹³ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 236.

⁹⁴ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 233.

⁹⁵ Sin embargo, Górriz ha sostenido que *“las posibilidades de fundamentación material de la autoría mediata ya no dependen exclusivamente de sostener un concepto extensivo de autor, sino que puede igualmente defenderse desde otras concepciones. Por ello, puede decirse que el concepto extensivo ya no cumple con función dogmática alguna”*. Véase *El concepto de autor en el Derecho penal*, 233 y 237.

⁹⁶ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 721.

⁹⁷ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 700.

⁹⁸ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 237.

⁹⁹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 237.

Por otra parte, Roxin sostiene que no es posible explicar bajo este concepto el sistema de tripartición legal presente en la legislación alemana -y en la mayoría de los países-, puesto que no se necesitarían las categorías jurídicas de la inducción y la complicidad si de todas maneras cualquier causante fuera autor¹⁰⁰. Del mismo modo, el jurista señala que no es compatible con el tenor literal de la ley, puesto que el autor es *quien comete* el hecho, y no el *causante* de éste¹⁰¹. Por otra parte, el modelo no sería compatible con la existencia de delitos especiales propios y de propia mano, que convierten en requisito de la autoría determinadas circunstancias cualificantes sin atender a la causación¹⁰².

Por último, se ha objetado a esta teoría que *“no toda causa de un resultado en el orden lógico-científico tiene que ser necesariamente relevante a efectos jurídico-penales”*¹⁰³, por lo que esta concepción de autoría, así como en el concepto unitario, demuestran el riesgo de trasladar factores prejurídicos procedentes de las ciencias exactas al Derecho Penal, sin considerar los criterios jurídicos, configurados en torno a la tipicidad, *“y ello porque el problema de la autoría no es, en efecto, un problema relativo a la causación, sino en todo caso a la causación típica”*¹⁰⁴.

c. Concepto restrictivo de autor

En este modelo, la autoría se circunscribe a la conducta descrita en los respectivos tipos de la Parte Especial¹⁰⁵. De esta manera, las formas de participación se entienden como causas de extensión de la pena que van más allá del ámbito nuclear de la punibilidad, descrito por la autoría¹⁰⁶. En la concepción restrictiva de la autoría, el punto de partida que delimita la autoría y la participación radica en la realización de la conducta descrita en el tipo, y no en la aportación de una condición causal como en los modelos unitario y extensivo de autor¹⁰⁷.

¹⁰⁰ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 66.

¹⁰¹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 66.

¹⁰² Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 238. Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 66.

¹⁰³ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 240.

¹⁰⁴ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 240-241.

¹⁰⁵ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 66.

¹⁰⁶ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 66. Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 407.

¹⁰⁷ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 66. Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 265.

Por otra parte, el principio de accesoriadad se manifiesta en su total extensión en este modelo, en tanto la responsabilidad de los partícipes depende de la del respectivo autor¹⁰⁸. Como puede apreciarse, la característica principal del concepto restrictivo de autor es que se le concibe como un concepto primario, definiéndose por características positivas¹⁰⁹. En consecuencia, la participación es entendida como la calificación subsidiaria o residual, en tanto será partícipe quien no sea autor¹¹⁰.

El modelo restrictivo de autor es el predominante en la doctrina y jurisprudencia comparadas¹¹¹. Llega hasta tal punto su hegemonía, que se ha mencionado que la tripartición -es decir, el sistema que distingue entre autoría, inducción y cooperación o complicidad- sería “*un bien común de la tradición europea*”¹¹².

De forma prácticamente unánime¹¹³, la doctrina comparada ha señalado que el concepto restrictivo de la autoría es el modelo preferible para la satisfacción de las exigencias propias de un Estado de Derecho¹¹⁴, adaptándose al principio de legalidad al establecer de manera más precisa los límites de lo típico¹¹⁵. En ese sentido, este modelo se “*conecta con el punto de vista que el propio legislador ha dado a conocer, esto es, comprender bajo el concepto de autoría la conducta contenida en los tipos delictivos concretos*”¹¹⁶. Entendiéndose el Derecho penal como una vía de *última ratio*, un sistema restrictivo de la autoría permite un mejor resguardo de los derechos y libertades fundamentales de los individuos¹¹⁷.

¹⁰⁸ Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 14.

¹⁰⁹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 265.

¹¹⁰ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 265. Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 407.

¹¹¹ Cfr. Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 14; y Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 66.

¹¹² Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 67.

¹¹³ María Victoria García del Blanco, *La coautoría en derecho penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 225.

¹¹⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 65. Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 407.

¹¹⁵ García del Blanco, *La coautoría en derecho penal*, 226-227. Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 14.

¹¹⁶ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 698.

¹¹⁷ García del Blanco, *La coautoría en derecho penal*, 227.

El concepto restrictivo de autor está asociado con teorías que delimitan la autoría y participación de acuerdo con criterios objetivos, dividiéndose éstas entre las teorías objetivo-formales y objetivo-materiales¹¹⁸, que serán descritas posteriormente.

b. Teorías delimitadoras entre autoría y participación:

Frente a la pregunta, escasamente respondida, de por qué es necesario elaborar doctrinas sobre la intervención delictiva, es necesario responder que los nexos causales a través de los cuales un interviniente puede causar un hecho típico son infinitos¹¹⁹. Por esto, la necesidad de distinguir entre las distintas formas de intervención radica en que “*el derecho penal selecciona los procesos causales mediante los tipos de injusto, con lo cual acota, de entre los infinitos nexos causales, los que considera relevantes y, por ello, típicos*”¹²⁰. Así, existen una serie de teorías -o grupos de teorías- que han buscado establecer cuándo una aportación a un hecho califica como autoría y cuándo como participación.

a. Teorías subjetivas

Las teorías subjetivas tienen como presupuesto que no es posible distinguir entre autores y partícipes objetivamente, pues de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, todos los intervinientes realizan una aportación causal al delito¹²¹. Existen dos principales teorías subjetivas: la teoría del dolo y la teoría del interés. Para la primera, actúa con *animus auctoris* quien lo hace con una voluntad autónoma, y como partícipe quien lo hace con voluntad de partícipe¹²². Para la segunda, la calidad de autor se caracteriza por el interés propio en el hecho, y, en cambio, el partícipe no contaría con tal interés propio¹²³.

Como se mencionó anteriormente, las teorías subjetivas de la participación se vinculan al concepto extensivo de autor¹²⁴. Jakobs sostiene que estas teorías tienen dos principales raíces. En primer lugar, tienen como presupuesto la teoría de la equivalencia de

¹¹⁸ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 698.

¹¹⁹ Joaquín Cuello, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», *Cuadernos de política criminal* n°97 (2009), 26-27.

¹²⁰ Cuello, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», 26-27.

¹²¹ Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 28-29.

¹²² Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 72. Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 16.

¹²³ Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 32.

¹²⁴ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 257 y 258.

las condiciones, por lo que todo causante puede ser autor¹²⁵. A su vez, otra raíz consistiría en el presupuesto “psíquico” de que, cuando hay varios intervinientes, algunos ponen su aportación a disposición de otros, quienes adoptan la decisión sobre si disponen o no de ellas, estableciendo así una jerarquía de intervinientes¹²⁶”.

Estas teorías fueron recogidas parcialmente en la jurisprudencia alemana de mediados del siglo XX¹²⁷. En ese sentido, fueron particularmente importantes los fallos de los denominados “Caso de la bañera¹²⁸” y “Caso Staschyinskij¹²⁹”. Sin embargo, se han criticado los resultados a que han llegado tales sentencias, pues se ha castigado como partícipes a sujetos que han realizado individualmente todos los elementos del tipo, a la vez que han considerado como autores a quienes no han tenido intervención material en el hecho típico¹³⁰.

Con posterioridad, la jurisprudencia germana ha abandonado la teoría subjetiva propiamente tal, adoptando la denominada “Teoría normativa de la combinación”, que atribuye la calidad de autor o partícipe al interviniente sobre la base de una combinación de diferentes indicios, mediante la elaboración de un juicio valorativo global¹³¹. Así, se combinan indicios como el grado de interés propio en el resultado del hecho, la magnitud de su intervención y en el dominio del hecho¹³². Roxin ha criticado esta teoría, puesto que “*los criterios valorativos por los que habría de determinarse la autoría ni se mencionan de forma concluyente ni se colocan en un orden o se someten siquiera a un principio rector*¹³³”. De todas formas, en tiempos recientes el Tribunal Supremo Federal Alemán ha adoptado en algunos fallos ciertas conclusiones que se acercan bastante a la teoría subjetiva¹³⁴.

¹²⁵ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 736.

¹²⁶ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 736.

¹²⁷ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 736. Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 72 y 73.

¹²⁸ Badewannen-Fall, RGSt 74,84. Explicado brevemente en Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 72.

¹²⁹ Staschyinskij- Fall. BGHSt 18,87. Explicado brevemente en Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 72.

¹³⁰ Claus Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons, 2000), 71-77; Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 381.

¹³¹ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 73.

¹³² Cfr. Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 73.

¹³³ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 74.

¹³⁴ Bernd Schünemann, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», *Derecho Penal y Criminología* Vol. 25 n°75 (2004), 14.

Cabe mencionar que estas teorías han tenido una escasa acogida en la jurisprudencia y doctrina comparada¹³⁵. Sin embargo, el Tribunal Supremo Español aplicó sostenidamente en la segunda mitad del Siglo XX (aunque con algunas sentencias recientes también¹³⁶) la “Teoría del acuerdo previo”, según la cual, todos quienes intervienen, existiendo un acuerdo previo entre ellos para el acontecer delictivo, son coautores del mismo, con independencia de cuál sea su aportación objetiva al hecho punible¹³⁷. Se ha criticado ampliamente esta teoría, puesto que, entre otras razones, implicaría reemplazar los requisitos legales, de carácter objetivo, por un elemento subjetivo no previsto en la ley¹³⁸. Por otra parte, se ha sostenido que debe desestimarse esta construcción, pues la imputación penal debe efectuarse por los hechos que se han realizado en concreto, y aun suponiendo que el acuerdo implica una disposición a realizar el tipo, esto no basta para determinar la autoría¹³⁹.

De forma más general, se han formulado varias críticas a las teorías subjetivas. En primer lugar, se ha aducido la imposibilidad de saber en la práctica quién actúa con voluntad autónoma o subordinada¹⁴⁰, por lo que esta fórmula “*carecería de contenido*”, no ofreciéndose ningún punto de apoyo firme para la interpretación judicial¹⁴¹. Asimismo, se ha argumentado que el criterio de la actitud interna del interviniente sólo adquiere significado para la determinación de la culpabilidad y no para la tipicidad¹⁴², siendo este último el elemento imprescindible para determinar la autoría¹⁴³.

Por otra parte, se ha señalado que estas teorías contradicen el Derecho vigente de la mayoría de las legislaciones, no correspondiéndose con los tipos de la Parte Especial, que

¹³⁵ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 256.

¹³⁶ Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 381.

¹³⁷ Para más detalles sobre esta teoría, véase Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 38-70.

¹³⁸ Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 381.

¹³⁹ Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 62. Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 16 y 17.

¹⁴⁰ Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 16.

¹⁴¹ Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 35. En la misma línea, Górriz ha sostenido que “*el criterio del ánimo, intención o voluntad sigue siendo notablemente impreciso para distinguir entre autor y partícipe dado que se trata de una mera ficción, y, por lo que aquí interesa, no sirve para delimitar con seguridad jurídica el concepto de autor. No en vano la doctrina clásica alemana tachó de “lemas sin contenido” las expresiones animus auctoris y animus socii, negándoles incluso la consideración de conceptos*”. Véase *El concepto de autor en el Derecho penal*, 262-263.

¹⁴² Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 701.

¹⁴³ Cuello, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», 30.

establecen requisitos objetivos para determinar la autoría¹⁴⁴. En esa línea, “*la sustitución del hecho por la voluntad conduce inevitablemente a un derecho penal del ánimo incompatible con los postulados penales básicos, como, entre otros, el principio del hecho o el de culpabilidad*”¹⁴⁵.

b. Teorías objetivo-formales

A grandes rasgos, para las teorías objetivo-formales, es autor el interviniente que realiza la acción o acciones descritas en el correspondiente tipo de la Parte Especial¹⁴⁶, en forma total o parcial¹⁴⁷. Así, estas teorías se atienen rigurosamente al tenor literal de las definiciones de la acción descritas en los tipos penales, sin considerar criterios materiales para la autoría, y cualquier otra aportación causal sería considerada como participación¹⁴⁸.

El objeto de estas teorías es cumplir con una sujeción precisa de la autoría a las descripciones típicas, adecuándose con las exigencias propias de un Estado de Derecho¹⁴⁹. Así, tienen el mérito de constituir la primera construcción dogmática en articular un concepto restrictivo de autor, vinculado a los tipos penales, “[...] y por ende, fundado en la idea de adecuación a la ley, es decir, al principio de legalidad”¹⁵⁰.

Las teorías objetivo-formales surgieron en Alemania a principios del Siglo XX, con exponentes primigenios como Merkel y Beling, y fueron predominantes hasta 1930 en ese país¹⁵¹. Este entendimiento de la autoría se nutrió de dos fuentes argumentativas principales. En primer lugar, se sostenía que el hecho de ejecutar el delito revelaría un mayor grado de peligrosidad y reprochabilidad que cometer un mero acto preparatorio¹⁵². Por otra parte, se señalaba que la teoría objetivo-formal se adecuaba en forma correcta al tenor literal de los tipos penales, puesto que las conductas ejecutivas que se condenan a título de autoría se

¹⁴⁴ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 701. Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 16.

¹⁴⁵ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 262.

¹⁴⁶ Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 18. Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 268.

¹⁴⁷ Cfr. Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 734.

¹⁴⁸ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 698.

¹⁴⁹ Cfr. Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 734.

¹⁵⁰ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 266. Cfr. Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 18.

¹⁵¹ Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 6.

¹⁵² Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 9.

condicen con el texto legal¹⁵³. En ese sentido, Beling consideró que el concepto de autor debía exigir la ejecución de las acciones correspondientes al núcleo del tipo, mientras que el partícipe interviene con acciones que no suponen la ejecución de la conducta descrita en el tipo penal, “*sino que se caracterizarían por pertenecer a una esfera previa y accesoria de la acción ejecutiva del autor*”¹⁵⁴. Esta concepción de la autoría fue abandonada posteriormente en Alemania¹⁵⁵, y reemplazada hasta la actualidad por la preeminencia de la teoría del dominio del hecho en la doctrina¹⁵⁶.

Por el contrario, en España es una teoría muy extendida¹⁵⁷, aunque durante las últimas décadas ha tomado una incipiente relevancia la teoría del dominio del hecho¹⁵⁸. Existen dos grandes subcategorías dentro de la teoría objetivo formal en España. En primer lugar, la “originaria teoría objetivo-formal¹⁵⁹” consideraba que el autor es quien realiza todas las acciones ejecutivas del tipo¹⁶⁰, aunque para ser considerado coautor bastaría solamente alguna acción ejecutiva, entendiéndose la ejecución como el momento donde se da inicio a la tentativa¹⁶¹.

Posteriormente, Enrique Gimbernat fundó la “moderna teoría objetivo-formal¹⁶²”, que concibe al autor en sentido estricto como “*aquel cuyo comportamiento es subsumible, sin más, en el tipo de la Parte Especial*”¹⁶³. De esta manera, el intérprete debe establecer la autoría en el sentido estricto a través de un análisis de la Parte Especial, y no la Parte General¹⁶⁴.

¹⁵³ Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 10-11.

¹⁵⁴ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 269.

¹⁵⁵ Las principales críticas que causaron el declive de la teoría objetivo-formal en Alemania fueron: (i) La incapacidad de su aplicación a los delitos de resultado, que no contienen una descripción de la acción típica; (ii) Las dificultades para explicar los casos de división del trabajo en la coautoría; y (iii) La imposibilidad de explicar la autoría mediata. Véase Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 271; y Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 20-26.

¹⁵⁶ Cfr. Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 73.

¹⁵⁷ Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 382

¹⁵⁸ Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 18.

¹⁵⁹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 274.

¹⁶⁰ Cfr. Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 18.

¹⁶¹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 274.

¹⁶² Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 280.

¹⁶³ Gimbernat, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 190.

¹⁶⁴ Gimbernat, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 220-221.

Contemporáneamente, parte de la doctrina española ha asumido la “Concepción significativa de la acción”, que tiene como presupuesto la imposibilidad de delimitar un concepto general de autor. Por esto, la determinación de la autoría deberá realizarse a través de un proceso de interpretación de los diversos verbos rectores de los tipos de la Parte Especial, conforme al uso común del lenguaje¹⁶⁵.

A estas teorías, sobre todo en sus concepciones más antiguas, se les ha formulado una serie de críticas. En primer lugar, se ha sostenido que serían incapaces de explicar la autoría mediata y la coautoría¹⁶⁶. Con respecto a la autoría mediata, se menciona que quien lleva a cabo la acción ejecutiva a través del instrumento, no realiza directamente la acción ejecutiva¹⁶⁷. De todas formas, se ha respondido que “*el autor mediato comete tentativa ya al actuar sobre el instrumento*”¹⁶⁸, por lo que llevaría a cabo un acto ejecutivo¹⁶⁹.

En esa línea, se ha cuestionado la excesiva rigidez de la teoría objetivo-formal para explicar la autoría mediata, tomando en consideración el protagonismo que ha adquirido esta figura contemporáneamente en las organizaciones complejas¹⁷⁰, y además se ha objetado un distanciamiento del momento en que el delito se manifiesta fenomenológicamente¹⁷¹. Górriz ha respondido a estas críticas, señalando que representan “*un grave intento de superar los más elementales criterios garantistas en la delimitación del concepto de autor, en especial, demuestra un cierto interés por superar la tipicidad como si, en lugar de constituir un criterio para acotar los límites del ius puniendi se tratase más bien de un obstáculo problemático para el ejercicio del mismo*”¹⁷².

Asimismo, se ha criticado que la teoría objetivo-formal no ofrecería un criterio material para determinar, sobre todo en los delitos de resultado, en qué consiste realizar el

¹⁶⁵ Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 481-483. Para más detalles, véase Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 437-448.

¹⁶⁶ Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 18. Jakobs sostiene que “*la posibilidad de sustraerse a la realización del tipo de propia mano conduciendo a otro arteramente a ejecutar el tipo no dolosamente o - mediante coerción- dolosamente, obliga a recurrir complementariamente a la autoría mediata y con ello a abandonar el principio*”. En *Derecho Penal, Parte General*, 734.

¹⁶⁷ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 280.

¹⁶⁸ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 289.

¹⁶⁹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 289.

¹⁷⁰ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 294.

¹⁷¹ Sánchez Lázaro, *Intervención delictiva e imprudencia*, 40 y 41.

¹⁷² Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 294.

tipo¹⁷³, por lo que, al no haber un criterio de distinción entre causación y autoría, se conduciría a la misma amplitud del concepto extensivo del autor¹⁷⁴. De forma similar, ha sido calificada incluso como una *antiteoría*, en tanto no intenta ni siquiera precisar el concepto de autor, más allá de considerar que es quien es tenido por tal en el respectivo tipo¹⁷⁵.

En un sentido similar, Jakobs ha sostenido que esta teoría, cuando el tipo se realiza parcialmente, debido a la equiparación de todos los elementos típicos, causaría una “[...] *expansión del comportamiento fundamentador de la autoría incluso hasta internarse en el estadio propio de los estadios preparatorios: todo aquel que interviene en el hurto y que tiene ánimo de apropiación [...] se convertiría en autor, aun cuando no coopere activamente en la sustracción*”¹⁷⁶.

Górriz responde a estas objeciones argumentando que tanto en los delitos de mera actividad como para los de resultado, el criterio para delimitar el autor se define de acuerdo al sentido que la ley le atribuye a la conducta en el tipo, por lo que la realización de actos ejecutivos conlleva desarrollar actos típicos¹⁷⁷. De esta forma, “*el método más idóneo para determinar si una concreta conducta y su autor quedan subsumidos en determinado tipo es, precisamente, atender al significado que, de los términos típicos se establezca siguiendo los usos y prácticas estables del lenguaje común*”¹⁷⁸.

Finalmente, Roxin ha sostenido que este criterio, si bien acierta en orientar el concepto de autor al tipo, es sin embargo demasiado estrecho e incompatible con el actual tenor literal de la disposición que regula la autoría en el Código Penal Alemán, “*pues en sentido material cumple o encaja en el tipo también quien tiene en sus manos de otra manera su realización*”¹⁷⁹.

c. Teorías objetivo-materiales

¹⁷³ Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 18; Cuello, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», 30.

¹⁷⁴ Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 382-383. Cfr. Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 698.

¹⁷⁵ Cuello, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», 22.

¹⁷⁶ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 734.

¹⁷⁷ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 294.

¹⁷⁸ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 309.

¹⁷⁹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 76.

Este grupo de teorías surgió como respuesta a las desventajas que acarrearía la delimitación de las acciones ejecutivas como presupuesto para determinar al autor del delito, acogiendo en cambio un criterio material, situado más allá de la descripción del respectivo tipo¹⁸⁰. Estas teorías son objetivas, puesto que se recurren a criterios ajenos a la voluntad o actitud del interviniente¹⁸¹. De esta manera, en líneas muy generales, se considera autor “*a quien realiza la contribución objetiva de mayor importancia al hecho*”¹⁸².

Si bien la dogmática penal moderna ha planteado una serie de teorías objetivo-materiales, a continuación se analizarán las dos concepciones que tienen mayor relevancia en la discusión contemporánea, a saber, la teoría del dominio del hecho y las teorías “normativistas”.

i. Teoría del dominio del hecho

Esta teoría, predominante en Alemania y muy relevante en España y a nivel comparado¹⁸³, fue formulada en su versión original por Lobe en 1933 y Welzel en 1939¹⁸⁴. Sin embargo, su máximo referente es Roxin, quien desarrolló en profundidad la teoría en su obra *Täterschaft und Tatherrschaft* en 1963¹⁸⁵. A grandes rasgos, esta tesis considera al autor como la “figura central”¹⁸⁶, que domina el acontecer que conduce a la realización del hecho típico, y dirige el proceso que desemboca en dicha producción¹⁸⁷. En cambio, el partícipe

¹⁸⁰ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 309.

¹⁸¹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 309.

¹⁸² Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 309. Por otra parte, Gimbernat sostiene que “*La teoría objetivo-material estima que el autor es la causa; y el cómplice, la condición del resultado típico*”. Véase *Autor y cómplice en el derecho penal*, 95.

¹⁸³ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 314; Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 31 y 545; Cuello, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», 20.

¹⁸⁴ Lobe, *Einführung in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches*, 1933; y Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, 1939, citados en Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 551. Para un breve análisis y crítica de la teoría de Welzel, véase Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 317-323.

¹⁸⁵ De acuerdo con Schünemann, “*desde la publicación de la obra monumental de Roxin sobre Autoría y dominio del hecho, durante décadas pareció estar por arribarse a un consenso (...) sobre todo en la ciencia penal alemana pero también en gran parte de la ciencia penal hispanohablante*”. Véase «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», 13-14.

¹⁸⁶ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 68.

¹⁸⁷ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 68. Cfr. Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 547; y Cfr. Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 383-384.

sería una figura marginal o secundaria que, si bien ejerce de igual forma influencia en el hecho delictivo, “no configura de manera decisiva o determinante su ejecución¹⁸⁸”.

La teoría del dominio del hecho tiene como presupuesto el concepto restrictivo de autor, con su conexión al tipo legal¹⁸⁹. Así, la autoría no se fundamenta por medio de cualquier co-causación del resultado típico, sino a través de la realización de la acción típica en el sentido material¹⁹⁰. Como puede apreciarse, esta postura pretende dotar a la caracterización de la autoría de un contenido material que la explique¹⁹¹.

Esta teoría surge como respuesta a la consideración de que ni una posición puramente objetiva ni subjetiva pueden fundamentar la esencia de la autoría y, al mismo tiempo, delimitar recíprocamente la autoría y la participación en forma satisfactoria¹⁹². En cambio, esta teoría se presenta como una unidad de sentido objetivo-subjetiva¹⁹³, presentándose el elemento objetivo de la autoría como “el poder de configurar el transcurso de los sucesos derivados de la actuación con relevancia jurídico-penal, realizando una contribución eficaz e importante para dirigir la ejecución del hecho injusto¹⁹⁴”, y el elemento subjetivo se manifiesta en la exigencia del control final, es decir, el dolo o voluntad de realizar aquello que objetivamente fundamenta el dominio del hecho¹⁹⁵. En suma, “solo puede ser autor quien, de acuerdo con el significado de su aportación objetiva, gobierna el curso del hecho¹⁹⁶”.

Cabe mencionar que para Roxin la idea del autor como “figura central” no contiene una definición de la autoría sino “sólo un baremo rector que ha de concretarse con ayuda de las diferentes configuraciones del supuesto de hecho¹⁹⁷”.

¹⁸⁸ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 69.

¹⁸⁹ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 701 y 702.

¹⁹⁰ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 702. Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 75.

¹⁹¹ Cuello, «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», 22.

¹⁹² Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 701.

¹⁹³ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 702. En contra, Gimbernat, quien señala que esta doctrina es “totalmente objetiva (...) El que tiene el dominio del hecho ya puede actuar con la voluntad que le dé la gana: el dominio del hecho lo seguirá teniendo”. En *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, 104.

¹⁹⁴ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 317.

¹⁹⁵ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 317.

¹⁹⁶ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 702.

¹⁹⁷ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 75.

Así, el dominio del hecho no sería una fórmula universal para definir la autoría en todos los delitos, sino en una sola clase de ellos: en los denominados delitos de dominio, como homicidio, lesiones o hurto, entre otros, en los que es autor quien o quienes poseen el dominio del hecho¹⁹⁸. En contraposición, en los delitos de infracción de deber, “*en el centro de la realización típica sólo aparece quien ha infringido un deber personal que no incumbe a cualquiera*¹⁹⁹”, y en los delitos de propia mano, es autor quien realiza de propia mano el tipo. En estas dos últimas categorías, el dominio del hecho no fundamentaría la autoría²⁰⁰, sino que para configurarla bastaría la lesión del deber extralegal específico contemplado en el tipo y la ejecución de propia mano, respectivamente²⁰¹.

La idea del autor como la “figura central” constituiría, por un lado, un criterio formal, pero por otro lado también sería un recurso a una idea plástica inserta en la conciencia común, representando una diferenciación prejurídica²⁰². De esta forma, y habida cuenta de que en la legislación alemana -y en la mayoría de los cuerpos legales a nivel comparado- se distingue entre la autoría inmediata, mediata y coautoría, Roxin argumenta que a cada una de estas formas de autoría corresponde una forma distinta de dominio del hecho²⁰³, como se explicará a continuación.

En primer lugar, en la autoría inmediata puede dominarse el hecho a través de la ejecución de propia mano de la acción que se corresponde con el tipo, es decir, a través del “dominio de la acción²⁰⁴”. Así, “*es autor quien -sea solo, sea con intervención de varios- cumple o realiza el tipo global mediante propia actividad corporal*²⁰⁵”. Esta forma de dominio del hecho es la que se confirma por el tenor literal de la ley²⁰⁶, por lo que Roxin asume aquí la premisa básica de las teorías objetivo-formales²⁰⁷.

¹⁹⁸ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 69.

¹⁹⁹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 69.

²⁰⁰ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 75.

²⁰¹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 328-329.

²⁰² Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 328-329.

²⁰³ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 75.

²⁰⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 75 y 80.

²⁰⁵ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 80.

²⁰⁶ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 80.

²⁰⁷ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 333.

Por otra parte, el hecho delictivo puede dominarse sin participar personalmente en el hecho típico, controlando al ejecutor, es decir, sirviéndose de él o instrumentalizándolo²⁰⁸. Así, el “sujeto de atrás” domina mediatamente el acontecer²⁰⁹, presentándose esta forma de autoría como “dominio de la voluntad”. Es importante señalar que Roxin considera que generalmente, el instigador del hecho o quien influye de otra manera en éste normalmente es sólo inductor o cómplice, y que la autoría mediata se configura sólo en tres casos: (i) Dominio de la voluntad en virtud de la coacción²¹⁰; (ii) Dominio de la voluntad en virtud de error del instrumento²¹¹; y (iii) Dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder²¹². También se considera la autoría mediata en caso de utilización de inimputables, pero de acuerdo con Roxin *“es estructuralmente una combinación de dominio en virtud de coacción y en virtud del error”*²¹³.

En tercer lugar, un interviniente puede dominar la realización típica como coautor a través del “dominio funcional del hecho”, desempeñando, a través de la división del trabajo con otros, una función esencial para el éxito del hecho en la ejecución²¹⁴. Así, la coautoría es entendida como la realización del tipo a través de la ejecución con la división del trabajo²¹⁵. Roxin afirma que *“el dominio del hecho del coautor se deriva de su función en la ejecución; asume una tarea que es esencial para la realización del plan del hecho y le hace posible el dominio del hecho del conjunto del acontecimiento a través de su parte o participación en el hecho”*²¹⁶. Por esto, cada coautor no detenta individualmente dicho dominio, ni de modo parcial, sino que el dominio completo reside en manos de todos los coautores²¹⁷.

A mayor abundamiento, existen tres requisitos esenciales para la configuración de la coautoría. Por una parte, tiene que elaborarse un plan común o conjunto del hecho, lo que

²⁰⁸ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 75 y 84. Para una valoración crítica de la concepción de la autoría mediata para Roxin, véase Miguel Díaz y García Conlledo, «Un diálogo crítico con Claus Roxin y su Teoría de la Autoría», *Cuadernos de política criminal* n°123 (2017), 17 y ss.

²⁰⁹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 84.

²¹⁰ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 85-91.

²¹¹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 91-111.

²¹² Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 111-125.

²¹³ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 85 y 125-132.

²¹⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 75.

²¹⁵ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 146. Para una valoración crítica de la concepción de la autoría mediata para Roxin, véase Díaz y García Conlledo, «Un diálogo crítico con Claus Roxin y su Teoría de la Autoría», 31 y ss.

²¹⁶ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 146.

²¹⁷ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 334.

presupone un acuerdo de voluntades entre los coautores²¹⁸. Por otro lado, debe realizarse una actuación conjunta con división del trabajo en la fase ejecutiva²¹⁹, donde la contribución de cada coautor debe ser de carácter esencial para el delito²²⁰. Con respecto a este último requisito, Roxin señala que el interviniente que colabora únicamente en la fase preparatoria “*debe confiar o dejar la ejecución en manos de otro que domina él solo la realización del tipo y excluye con ello al otro de la autoría*²²¹”, por lo que no concurrirían los requisitos para considerarse como autor.

Si bien la doctrina del dominio del hecho ha tenido una gran recepción en la dogmática y jurisprudencia europea y latinoamericana, se han planteado algunas objeciones relevantes, que se pasarán a analizar brevemente.

Por una parte, se ha dicho que la teoría del dominio del hecho acude a figuras artificiosas y extrajurídicas²²². En ese sentido, se ha dicho que el concepto de “figura central” carece de un contenido impreciso y no sirve como punto de partida suficiente para delimitar al autor y al partícipe²²³. Como apunta Górriz, “*aun cuando se pueda estar de acuerdo en que, en el plano prejurídico, existe la imagen en la conciencia colectiva de que el autor está en el centro del suceso y los partícipes en sus márgenes, parece lógico pensar que de ello no pueden extraerse consecuencias para concretar el concepto de autor, sino que para obtener éstas hay que acudir a las valoraciones legales*²²⁴”. Así, al asociarse el concepto de autor a nociones prejurídicas o valoraciones sociales, existiría una desvinculación con lo establecido en los códigos penales²²⁵.

En un sentido similar, se ha mencionado que la idea del dominio del hecho podría ampliar el sentido del respectivo tipo penal, considerando como autor “*incluso a quien no realiza ningún elemento del mismo, bastando el que se tenga el dominio del hecho*²²⁶”. De la mano de los criterios de Roxin, sobre todo en el caso de la coautoría, se atribuiría una

²¹⁸ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 147-151.

²¹⁹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 151-157.

²²⁰ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 157-163.

²²¹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 157.

²²² Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 336 y 337.

²²³ Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 591. Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 384-385.

²²⁴ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 336 y 337. Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 19.

²²⁵ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 338.

²²⁶ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 338.

posición central a sujetos que están en una posición en realidad marginal²²⁷. Este resultado llevaría a la autoría a una extensión incoherente con la concepción restrictiva que dice defender²²⁸, por lo que “*el intérprete podría decidir quién es el autor más allá o incluso, en ocasiones, en contra de lo previsto por el legislador penal*²²⁹”.

Así, se ha dicho que Roxin “*sólo considera la realización del tipo penal para construir el concepto de autor, cuando además este ostenta el dominio del hecho. Pero en caso de contradicción entre aquellos criterios, según dicha teoría, habría que considerar autor a quien domina la acción, justificando esta elección en ideas prejurídicas o, si se quiere, en convicciones sociales o incluso en una perspectiva de la justicia material, en detrimento del principio de legalidad*²³⁰”. Esto tendría como consecuencia “*una transgresión injustificada de los límites formales de la tipicidad*²³¹”.

Por otro lado, Díaz y García Conlledo ha criticado que el componente subjetivo de la teoría de dominio del hecho conduce a que sea inútil la distinción entre autoría y participación en los delitos imprudentes, aplicándose aquí el concepto unitario de autor “*tan denotado para los delitos dolosos*²³²”.

Desde una perspectiva contraria, y teniendo como presupuesto una teoría delimitadora más normativista, García Caveró ha cuestionado los resultados de esta corriente en el Derecho penal económico, toda vez que en ciertas situaciones sus características producen impunidad, mientras que en otros sus respuestas no se condicen con lo que dicta el “sentido común”²³³.

Por último, Gimbernat critica que, si bien para Roxin sólo es autor el que interviene con un aporte esencial durante la fase ejecutiva del delito, si se aplica rigurosamente el criterio de la “figura central”, podría perfectamente haber un coautor que no interviene en la

²²⁷ Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 124.

²²⁸ Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 19.

²²⁹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 340.

²³⁰ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 341.

²³¹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 341.

²³² Díaz y García Conlledo, «Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría», 14.

²³³ Percy García Caveró, «La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva», en *La teoría del delito en la práctica penal económica*, ed. por Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró, (Madrid: La Ley, 2013). 356

fase ejecutiva, como en el caso de un vigilante o sujetador que pueda desbaratar el plan delictivo retirando su contribución al hecho²³⁴.

La dogmática española ha desarrollado en forma más reciente una serie de teorías que se han desarrollado a partir de la doctrina del dominio de hecho. Si bien estas posturas se apartan en algunos elementos a la teoría desarrollada por Roxin, cuentan con varios puntos en común²³⁵.

Así, en primer lugar, Mir postula la “Teoría de la pertenencia del hecho”, según la cual la autoría se define por la pertenencia del hecho delictivo, estando en una situación tal que ningún otro le pueda disputar esa pertenencia²³⁶. En segundo lugar, Díaz y García Conlledo y Luzón Peña han desarrollado la “Teoría de la determinación objetiva y positiva del hecho”, considerando que es autor quien determina objetiva y positivamente el hecho, es decir, quien decide el *si* y el *cómo* del hecho²³⁷.

ii. Teorías de la competencia o “normativistas”

Sin perjuicio de que esta teoría o grupo de teorías no alcanzan la independencia conceptual de la teoría del dominio del hecho, las posiciones que han apuntado hacia una normativización de los criterios de determinación de la autoría han tomado una fuerza incipiente durante los últimos años en la dogmática penal comparada²³⁸. Su máximo exponente es Jakobs, quien, sin apartarse originalmente en forma total de la teoría del dominio del hecho, planteó una teoría de la autoría de carácter normativista²³⁹.

Para Jakobs, la relevancia penal de un comportamiento humano se determina mediante una interpretación social basada en la interacción entre individuos y en la

²³⁴ Gimbernat, *Autor y cómplice en el derecho penal*, 125-127.

²³⁵ Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 19.

²³⁶ Esta teoría es explicada en Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 385-386.

²³⁷ Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 691. Esta teoría es explicada con mayor profundidad en Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 688 y ss; y en «Un diálogo crítico con Claus Roxin y su Teoría de la Autoría», 15 y ss. Con respecto a las críticas formuladas a esta teoría, véase Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 173-175; y «Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión» en Claus Roxin et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra) (Madrid: Civitas, 2000), 172-173.

²³⁸ Cfr. Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 360; y Schünemann, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», 14.

²³⁹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 360; Schünemann, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», 15.

adecuación o desviación de su conducta respecto a las expectativas que tienen sobre su rol²⁴⁰. De esta manera, para la responsabilidad penal se fundamenta, por sobre todo, en el quebrantamiento de su rol social²⁴¹.

El autor defiende una postura intermedia entre la teoría del dominio del hecho y la teoría subjetiva²⁴², cuyo criterio de delimitación entre autoría y participación es la delimitación de las competencias en el hecho punible²⁴³. La preeminencia del concepto de competencia responde a la constatación de que la doctrina había entendido el dominio del hecho en forma “demasiado naturalista²⁴⁴”.

Así, Jakobs considera que la autoría se debe definir “*como dominio en al menos uno de los ámbitos de configuración, decisión o ejecución del hecho, no siendo relevante el hecho del dominio per se, sino en tanto que fundamenta una plena responsabilidad por el hecho. Por eso, con la distribución en ámbitos de dominio diferentes en su contenido no es que se reúnan elementos heterogéneos ni siquiera nominalísticamente, sino que todos los elementos son homogéneos en un aspecto: Son los actos de organización que fundamentan plena responsabilidad*²⁴⁵”. Como puede apreciarse, el dominio -tanto en la autoría inmediata, autoría mediata y coautoría- sólo determina la autoría en la medida en que los actos de organización permitan fundamentar la plena competencia por el hecho²⁴⁶.

No obstante, de manera más reciente, Jakobs se ha ido alejando de su adscripción matizada a la teoría del dominio del hecho, aplicando en forma radical su concepto normativista de autor²⁴⁷. Así, ha señalado que “*la atribución normativa es de superior jerarquía que el dominio*²⁴⁸”, por lo que la autoría -también en los delitos de dominio²⁴⁹- se

²⁴⁰ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 360

²⁴¹ Günther Jakobs, *La imputación objetiva en el Derecho penal* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996), 71.

²⁴² Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 155.

²⁴³ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 361.

²⁴⁴ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 740.

²⁴⁵ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 742.

²⁴⁶ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 363.

²⁴⁷ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 365; Schünemann, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», 15.

²⁴⁸ Günther Jakobs, «El oceso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos» en Jakobs et al. *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal* (Lima: Grijley, 2000), 166-167.

²⁴⁹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 366. Cuello considera que “*Para Jakobs, ha llegado la hora de convertir también a los delitos de dominio en delitos de deber, con independencia de que algún*

basaría en la infracción de deberes surgidos en virtud de la competencia por organización²⁵⁰. En esta competencia por organización, los individuos son sujetos creadores de riesgos en el marco de su libertad de configuración, por lo que el elemento que diferencia la autoría de la participación se deriva de la “cantidad de aportación”. Por otra parte, también existe la competencia institucional en los delitos de infracción de deber, bajo la cual únicamente puede ser autor quien es obligado “institucionalmente”, mientras que las otras intervenciones se califican como participación²⁵¹.

Asimismo, Jakobs ha planteado la relevancia de la idea de la “división del trabajo vinculante²⁵²”, por lo que el interviniente sería competente por la totalidad del hecho cuando le hubiere proporcionado un aporte al ejecutor que lo vincule con la ejecución, “*por tener el sentido de darle una forma determinada a ésta*²⁵³”. En suma, para la postura más moderna de Jakobs, la pregunta se traslada desde quién tiene el dominio del hecho hacia quién ha configurado el acto tal y como se ha producido²⁵⁴.

Para Jakobs, la dimensión de la aportación de un interviniente se fundamentaría en el ámbito comunicativo-simbólico del significado de la respectiva intervención²⁵⁵, teniendo como premisa la importancia de la atención al significado social de la aportación. En estos casos, cada interviniente sería competente con respecto al hecho completo, cuando ha hecho llegar al ejecutor un aporte que le vincula con la ejecución. A su vez, el ejecutor es competente cuando, al llevar a cabo la ejecución de ese aporte, lo transforma en realización típica²⁵⁶. Puede concluirse que existiría en esta postura un cierto retorno al concepto unitario

problema de la autoría se resuelva con el criterio del dominio”. En «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional», 33.

²⁵⁰ Jakobs, «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos», 168.

²⁵¹ Escobar, *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 128.

²⁵² Günther Jakobs, «La intervención delictiva», *Cuadernos de Política Criminal* n°85 (2005), 76.

²⁵³ Schünemann, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», 15.

²⁵⁴ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 367.

²⁵⁵ Schünemann, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», 15.

²⁵⁶ Jakobs, «La intervención delictiva», 80.

o extensivo de autor²⁵⁷, puesto que el fundamento de la responsabilidad del autor y partícipe es idéntico²⁵⁸.

Así, como solución para delimitar entre autores o partícipes, Jakobs ha sostenido que el criterio correcto consistiría en una diferencia cuantitativa de gravedad que sirve como medición de la pena²⁵⁹. Por tanto, autor sería quien configura el delito de manera tal que entre su *quantum* de intervención y la del resto de los intervinientes exista una diferencia relevante²⁶⁰.

La construcción teórica de Jakobs ha sido continuada por Heiko Lesch²⁶¹, quien ha intentado explicar la intervención delictiva “*únicamente desde la perspectiva normativa que proporciona la teoría de la imputación objetiva*”²⁶². El autor busca, por una parte, reemplazar el concepto restrictivo de autor por una teoría de imputación restrictiva²⁶³, y proponer un criterio cuantitativo para diferenciar entre autores y partícipes²⁶⁴.

Estas teorías han sido objeto de varias críticas doctrinarias. En primer lugar, se ha dicho que la tendencia a la extrema normativización de la autoría ha causado que esta se aleje del concepto de realización típica, que es sustituido por conceptos como el de “competencia”, “infracción de deber” (aunque este no esté positivizado) o “incumbencia”²⁶⁵. Así, el comportamiento que se describe en el tipo se interpreta tan laxamente que daría cabida a conductas que no se ajustan a la descripción típica, por lo que no podrían fundamentar la autoría²⁶⁶.

²⁵⁷ Schünemann, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», 15.

²⁵⁸ García del Blanco, *La coautoría en derecho penal*, 203.

²⁵⁹ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 368.

²⁶⁰ García del Blanco, *La coautoría en derecho penal*, 203.

²⁶¹ Heiko Lesch, «Intervención delictiva e imputación objetiva», *Anuario de derecho penal y ciencias penales* N°48 (1995), 911-972.

²⁶² Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 368.

²⁶³ Lesch, «Intervención delictiva e imputación objetiva», y Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 368.

²⁶⁴ Lesch, «Intervención delictiva e imputación objetiva», 946-948; y Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 368.

²⁶⁵ Escobar, *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 131.

²⁶⁶ Escobar, *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 128.

De este modo, si no se realiza la acción típica no es posible ser autor de un delito, únicamente fundamentándose en el rol o competencia que detenta un determinado interviniente²⁶⁷. En el caso de los delitos de infracción de deber, la sola infracción del deber hace que el sujeto que lo infringe sea autor²⁶⁸. Sin embargo, en los delitos de dominio, como son la mayoría en los códigos penales, es necesario que se ejecute la conducta típica²⁶⁹.

Por otra parte, Górriz considera que las propuestas de la teoría de Jakobs y Lesch, donde el concepto de autor se delimita por la imputación de un injusto común y único a todos los intervinientes, denotan “*una tendencia a definir las formas de intervención desde una concepción excesiva o unitaria, si bien sin base legal para ello*”²⁷⁰”²⁷¹.

Asimismo, García del Blanco sostiene que la delimitación entre autoría y participación de esta teoría no contiene un criterio suficientemente claro, cierto y seguro²⁷². En cambio, a juicio de la autora pareciera que para los autores que adscriben a estas posiciones “[...] *lo único significativo es determinar las conductas jurídico-penalmente relevantes, mientras que el que dichas conductas sean de autoría y participación es una cuestión menor, limitada a la determinación de la pena*”²⁷³. Así, al relegar a un plano secundario las consecuencias jurídicas de una actuación determinada como punible, estas teorías “*amplían el margen del arbitrio judicial y con ello aumentan la inseguridad jurídica del destinatario de la norma*”²⁷⁴”²⁷⁵.

²⁶⁷ Escobar, *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 131-132.

²⁶⁸ Escobar, *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 131-132.

²⁶⁹ Escobar, *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 132.

²⁷⁰ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 402-405.

²⁷¹ Cfr. Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 591.

²⁷² García del Blanco, *La coautoría en derecho penal*, 215.

²⁷³ García del Blanco, *La coautoría en derecho penal*, 215.

²⁷⁴ García del Blanco, *La coautoría en derecho penal*, 215.

²⁷⁵ En el mismo sentido, Schünemann, «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría», 17.

II. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN EN EL DERECHO PENAL CHILENO

A lo largo de este capítulo, se realizará un análisis acerca del entendimiento que ha tenido la doctrina nacional sobre las normas de intervención delictiva y su manifestación en el Código Penal chileno, con un énfasis particular en las hipótesis del artículo 15 que permiten dilucidar una respuesta a la pregunta de investigación descrita previamente.

a. Panorama general de autoría y participación en Chile

Como se mencionó en la Introducción de este trabajo, las reglas de autoría y participación están presentes en los artículos 14 a 17 del Código Penal. En particular, el artículo 15 establece tipos complementarios de autoría y de participación²⁷⁶. Cabe mencionar que no han existido reformas a las normas de intervención delictiva desde la promulgación del Código en el siglo XIX²⁷⁷.

a. Origen del artículo 15 del Código Penal

La disposición que regula los tipos complementarios de autoría y de participación en nuestro texto penal tiene su origen en el artículo 12 del Código Penal español de 1850²⁷⁸, que rezaba de la siguiente manera:

Art. 12. Se consideran autores:

1. Los que inmediatamente toman parte en la ejecución del hecho.
2. Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo.
3. Los que cooperan a la ejecución del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado.

Como puede apreciarse, nuestro artículo 15 presenta importantes cambios con respecto a su texto inspirador. Otra importante fuente fue el Código Penal belga, que inspiró

²⁷⁶ Véase *supra* Introducción, B. Objeto de la investigación.

²⁷⁷ La única excepción son las reformas establecidas al artículo 17, que regula las formas de encubrimiento. Sin embargo, la doctrina en forma casi unánime ha sostenido que el encubrimiento no se trata de una verdadera forma de participación.

²⁷⁸ Héctor Hernández, «Art. 15», 383.

algunas de las modificaciones que dieron lugar a nuestra disposición²⁷⁹. En cada uno de los numerales, nuestro Código incorporó las siguientes modificaciones:

En el número uno del art. 15, se amplió el alcance de la redacción del Código español, introduciendo las modalidades de coautoría de intervención “en forma directa” o “impidiendo o procurando impedir que se evite”²⁸⁰. Por otra parte, en el número dos de la disposición se dejó constancia por la Comisión Redactora que la expresión inducir “*no podía tener otro sentido que el de comprender a los que por dones, promesas, maquinaciones o artificios culpables, hubieren provocado o inducido directamente a la perpetración del delito o falta*”²⁸¹. Luego, se señaló que en este número se entendían incorporados a “*los que por dádiva, promesa, violencia u otro modo semejante obtienen a la perpetración del delito por manos ajenas, aun cuando se hallen ausentes del lugar en que se ejecuta*”²⁸². Por último, el numeral tercero del artículo 15 es el que más se alejó del Código español, agregando en el texto el requisito del concierto previo, y en vez de aludir a una fórmula general como en el modelo hispano, se señalaron las formas de intervención punible, incluyendo “facilitar los medios” o “presenciar el delito sin tomar parte inmediata en él”²⁸³.

b. Conceptos de autoría y teorías delimitadoras en nuestro país

Se ha asemejado la famosa cita de Kantorowicz a comienzos del siglo XX—“*la teoría de la participación es la más oscura y confusa parte de la ciencia del Derecho penal alemán*”— a la discusión en la doctrina chilena sobre reglas de intervención delictiva²⁸⁴. En ese sentido, Winter sostiene que “*sorprende la cantidad de opiniones disímiles que hay respecto a la autoría y participación en general*”²⁸⁵.

²⁷⁹ Enrique Cury, «Artículos 14 a 17», en *Texto y comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero – Parte General*, ed. Por Sergio Politoff y Luis Ortiz (Santiago: Editorial Jurídica, 2009), 229.

²⁸⁰ Cury, «Artículos 14 a 17», 230

²⁸¹ *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno* (Valparaíso: Edeval, 1974), ed. por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, 470-471.

²⁸² *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno*, 470-471.

²⁸³ Cury, «Artículos 14 a 17», 230.

²⁸⁴ Jaime Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, nº17 (2014), 40.

²⁸⁵ Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 40.

Retomando la discusión esbozada en el capítulo anterior, se realizará a continuación una breve descripción de las principales posiciones doctrinarias chilenas con respecto a los conceptos de autor y las teorías delimitadoras entre autoría y participación.

Cury sostiene que el concepto unitario de autor no tiene apoyo en la ley vigente, pues ésta “no construye el concepto de autor como un residuo de las otras formas de concurrencia, sino, todo al contrario, coloca a la autoría como forma central de intervención en el acto, desde la cual derivan las de simple participación accesoria²⁸⁶”. Sin embargo, de forma más contemporánea hay cierta parte de la doctrina que ha abogado por adoptar concepciones de autor más cercanas a la unitaria²⁸⁷.

Asimismo, Cury considera que en nuestro país hay ciertas aproximaciones a las teorías subjetivas, como en el caso de Etcheberry y Garrido²⁸⁸.

Por otra parte, Miguel Soto distingue las posturas chilenas sobre la materia, dividiéndolas entre la doctrina “tradicional” y la del “dominio del hecho”, tomando relevancia esta última luego del influyente artículo de Sergio Yáñez “Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal Chileno”²⁸⁹.

Con respecto a la doctrina denominada “tradicional”, en primer lugar, Gustavo Labatut sostiene que es autor inmediato quien ejecuta la acción constitutiva del tipo delictivo por sí mismo, “*haciendo realidad la hipótesis descrita por la ley*²⁹⁰”. En tanto considera que autor es quien realiza, en sentido mecánico-causal²⁹¹, el delito de propia mano, sostiene que el artículo 15 del Código Penal “*concede una desmesurada amplitud al concepto de autor, en desmedro de la complicidad*”.

Por otra parte, Soto afirma que Eduardo Novoa distinguiría entre el concepto de autor en los delitos de acción, donde sostendría una posición cercana a la teoría objetivo-formal, y

²⁸⁶ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 586.

²⁸⁷ A modo de ejemplo, véase Alex Van Weezel, «Intervención delictiva y garantismo penal. A la memoria de Juan Bustos Ramírez», *ZIS* 8 (2009), 432-445. Considera que se acerca a un concepto unitario de autor Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 40.

²⁸⁸ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 589.

²⁸⁹ Miguel Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», *Gaceta Jurídica* n°68 (1986): 16.

²⁹⁰ Gustavo Labatut, *Derecho Penal. Tomo I* (Santiago, Editorial Jurídica, 1990), 197.

²⁹¹ Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 17.

en los delitos de resultado, en los cuales se aproximaría a una teoría objetivo material²⁹². De todas formas, cabe destacar que en éstos últimos Novoa se acercaría a una concepción de autoría de carácter extensiva, puesto que sostiene que la intervención delictiva se explica por la teoría de la equivalencia de las condiciones²⁹³.

Etcheberry sostiene que el concepto de autor se encuentra delimitado por el verbo rector de cada tipo penal, rechazando las teorías objetivo-materiales y normativas²⁹⁴.

Posteriormente, la postura de Sergio Yáñez marcó “*un segundo momento en la interpretación*²⁹⁵” de las reglas de intervención delictiva en nuestro Código, mediante la publicación de un artículo donde explica la autoría y participación a través de la teoría del dominio del hecho. Soto ha señalado que hasta su publicación en 1975, “*nuestra doctrina y jurisprudencia, supuesta la tantas veces referida extensión de la autoría, se limitaba, con un criterio empírico, a sólo y únicamente dar noticia y discernir del ámbito de aplicación de los distintos supuestos legales*²⁹⁶”, mientras que Yáñez “*intentó dar explicación razonada de éstos como totalidad*²⁹⁷”, al adscribirlos a la teoría del dominio del hecho desarrollada principalmente por Roxin y rechazando la teoría objetivo-formal predominante en nuestro país en la época²⁹⁸.

Enrique Cury explica la autoría y participación en Chile de acuerdo con la teoría del dominio del hecho²⁹⁹. “*Autor en general es aquel sin cuya intervención el hecho típico no puede siquiera principiar a ejecutarse o, aunque se ejecutara, no sería ya típico o sólo satisfaría las exigencias de un tipo diferente del que se trata en el caso concreto*³⁰⁰”,

²⁹² Cfr. Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 18.

²⁹³ “(...) lo que la ley procura es que el hecho típico no llegue a producirse, de modo que si éste ocurre debido a que una intervención humana puso una condición que unida a otras lo provocó, liga a quien la puso como causa de tal resultado. En esta forma, toda persona que pone una condición sin la cual el hecho típico producido no se hubiese realizado, se convierte en sujeto activo del tipo. Esta solución es la única admisible dentro de la teoría de la equivalencia de las condiciones, que es la que seguimos y la que consideramos aplicable al contexto de nuestra legislación positiva”. Eduardo Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II* (Santiago: Editorial Jurídica, 1966), 165.

²⁹⁴ Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica, 1998), 86 y 87. En la misma línea, Cury, «Artículos 14 a 17» 232.

²⁹⁵ Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 23.

²⁹⁶ Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 23.

²⁹⁷ Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 23.

²⁹⁸ Sergio Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», *Revista de Ciencias Penales*, t. XXXIV, n°1 (1975): 57.

²⁹⁹ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 595.

³⁰⁰ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 595.

distinguiendo para calificar las exigencias de este criterio entre los delitos de dominio, de infracción de deber y de propia mano³⁰¹. De acuerdo con Soto, Cury sostuvo en sus primeros escritos una teoría preponderantemente objetivo-formal³⁰², aunque luego aceptó “parcialmente” la teoría del dominio del hecho, sin abandonar en todo caso “sus propios presupuestos dogmáticos³⁰³”. Hernández, a su vez, considera que Cury se habría sumado “muy decididamente” a la teoría del dominio del hecho³⁰⁴.

Politoff, Matus y Ramírez sostenían que la teoría del dominio del hecho se ha vuelto ampliamente dominante, por lo que la discusión acerca de la delimitación entre autoría y participación tendría un interés que puede considerarse “puramente histórico”³⁰⁵. Cury también señala que la doctrina mayoritaria se inclina por la teoría del dominio del hecho, aunque apunta a que Politoff se inclinaría por un concepto de “autor funcional”, según la cual deben considerarse autores los destinatarios de la norma penal, “y no a quienes únicamente ejecutan materialmente hechos controlados y decididos por dichos destinatarios³⁰⁶”. Winter, en forma reciente, también señala que la teoría del dominio del hecho es la predominante en nuestro país³⁰⁷.

Garrido sostiene que, aunque la teoría del dominio del hecho tiene gran acogida en nuestro país, ésta no sería efectiva para resolver los problemas de la autoría y carecería de todo respaldo en la legislación chilena³⁰⁸. En cambio, se inclina por la denominada “teoría normativa de la acción”, de acuerdo con la cual el autor es aquel que tiene el propósito típico y realiza los actos tendientes a la concreción de ese propósito³⁰⁹.

³⁰¹ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 57.

³⁰² Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 20.

³⁰³ Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 29. Cury parece adscribir a la teoría del dominio del hecho en «Artículos 14 a 17», 231 y 232.

³⁰⁴ Hernández, «Art. 14», 385.

³⁰⁵ Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 388 y 389. Cabe destacar que, a lo largo de este capítulo, se citará este libro como “Politoff, Matus y Ramírez”, mientras que el Manual de los profesores Matus y Ramírez, cuya última edición se lanzó este año 2021, como “Matus y Ramírez”. Ambos libros divergen en muchas de las posiciones sobre la autoría y participación, por lo que, para mayor claridad, se aludirá a la posición actual de Matus y Ramírez en cada pie de página cuando se haga referencia al libro que escribieron con Politoff.

³⁰⁶ Cury, «Artículos 14 a 17», 232.

³⁰⁷ Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 41.

³⁰⁸ Mario Garrido, *Derecho Penal* (Santiago: Editorial Jurídica, 2008), 300.

³⁰⁹ Garrido, *Derecho Penal*, 301.

En forma más reciente, Van Weezel ha planteado -siguiendo las tesis normativistas de Jakobs y Lesch- que la autoría y la participación se distinguirían no ya cualitativamente, sino cuantitativamente³¹⁰, así como también señala que la intervención delictiva cuando existe una pluralidad de sujetos se trataría de “*competencia común por la realización del tipo, donde el establecimiento de dicha competencia común representa un problema de imputación objetiva [...]*”³¹¹. En la misma línea, Winter sostiene que las reglas de autoría y participación de nuestro Código son incompatibles con la teoría del dominio del hecho, toda vez que de acuerdo con ésta, los aportes que no sean importantes en la estructura global del plan no son casos de autoría, y esta conclusión “*no puede extraerse de los arts. 15 y 16 del CP*”³¹². Siguiendo a Van Weezel, Winter sostiene que las categorías de autoría y participación son en esencia reglas de determinación de la pena³¹³.

Couso, a su vez, intenta defender un concepto restrictivo de autor que se fundamente en la noción de autorresponsabilidad, según el cual “*no puede ser autor quien se encuentra detrás de un sujeto auto-responsable*”³¹⁴.

Por último, Mañalich ha criticado la teoría del dominio del hecho, defendiendo la delimitación entre autoría y participación de acuerdo con los presupuestos de la teoría analítica del hecho punible³¹⁵.

Tanto para Novoa³¹⁶ como para Etcheberry³¹⁷ y Labatut³¹⁸, el artículo 15 de nuestra legislación se caracteriza por una gran extensión conferida al concepto de autor, en desmedro de la complicidad³¹⁹. Yáñez vino a cuestionar la tesis de la doctrina tradicional que señalaba

³¹⁰ Gonzalo Bascur, «Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del derecho penal chileno», *Revista de Estudios de la Justicia*, n°23 (2015): 190.

³¹¹ Alex Van Weezel, *Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011), 248.

³¹² «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 41.

³¹³ Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 42.

³¹⁴ Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 118-120.

³¹⁵ Véase Juan Pablo Mañalich, «Condiciones generales de punibilidad», *Revista de Derecho UAI*, n°2 (2005), 474-477.

³¹⁶ Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*, 206 y 207.

³¹⁷ Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, 87.

³¹⁸ Labatut, *Derecho Penal. Tomo I*, 197.

³¹⁹ En forma más reciente, si bien Winter sostiene que esta discusión únicamente es procedente si se tiene como presupuesto un concepto ontológico de autor anterior a la legislación, del cual disiente, señala que “*si es posible constatar fácticamente de la simple lectura de los artículos 15 y 16 del CP que evidentemente el legislador ha*

que nuestro Código había dado una extensión desmesurada al concepto de autor, en desmedro de la calidad de cómplice³²⁰. En cambio, sostiene que el concepto de autor en nuestro Código “se mantiene dentro de márgenes muy discretos en materia de autoría, y sólo por excepción, en el caso del instigador, se extiende a una situación de participación³²¹”.

b. Autoría directa

La autoría directa o inmediata se caracteriza por la realización directamente, es decir, de propia mano, de todos los elementos de la conducta descrita por el tipo, siéndole imputable objetiva y subjetivamente el hecho punible³²². Politoff, Matus y Ramírez consideraban que dentro de este concepto de autor inmediato se incluye “el que ejecuta materialmente el encargo de otro [...] si concurren en esa ejecución todos los presupuestos del hecho típico³²³”.

El autor directo puede actuar de manera solitaria, es decir, como autor individual, así como también puede intervenir favorecido de alguna forma por el aporte de otro interviniente sin que exista un concierto previo entre ellos, siendo en ese caso autoría accesoria³²⁴.

Cury sostiene que, en primer lugar, autor directo es quien realiza físicamente el hecho típico³²⁵. Asimismo, lo sería el que para realizar el comportamiento típico se sirve de otro como un instrumento inanimado, el que ni siquiera ejecuta acción (vis absoluta)³²⁶. Por último, sostiene que el caso más polémico es cuando el sujeto se aprovecha de la actividad

garantizado un ámbito más amplio de aplicación a las hipótesis de casos que se consideran como autores -y se penan como tales- que a la única hipótesis de complicidad: Las hipótesis de autoría son seis distintas, de las cuales cuatro son de coautoría. A la vez, la complicidad siempre será residual, en cuando se establece que sólo existirá complicidad cuando el individuo no se encuentre en un caso de coautoría (art. 16 CP)”. Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 43.

³²⁰ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 56 y 63.

³²¹ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 63.

³²² Hernández, «Art. 15», 387; Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 595; Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 400. De la misma opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 506. Cfr. Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 45 y 46.

³²³ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 400. De la misma opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 529 y ss.

³²⁴ Hernández, «Art. 15», 387 y 388.

³²⁵ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 595.

³²⁶ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 596.

de otro que obra sin dolo para alcanzar su objetivo, caso en el que únicamente concurriría el “hombre de atrás”³²⁷.

En forma adicional, Politoff, Matus y Ramírez consideraban que en ciertos delitos comisivos dolosos especiales, autor inmediato es también “*aquel a quien funcionalmente la ley ha designado como tal*”³²⁸, por lo que “*sólo su conducta es directa e indirectamente subsumible en el texto legal, aunque sólo consista en decidir y controlar enteramente la producción del hecho delictivo, sin ejecutarlo “de propia mano”, como sucede cuando la ley habla del “impresor”, el “empresario”, el “mercader”, etc., suponiendo que habrá terceros ejecutores materiales (el obrero de la imprenta, el vendedor asalariado, etc)*”³²⁹.

La opinión mayoritaria en nuestro país sostiene que la tipicidad del autor inmediato se desprende de los tipos de la Parte Especial³³⁰. De esta manera, el autor que realiza el delito de propia mano es “el que” a que se refieren los tipos penales³³¹. Así, para castigar este tipo de autoría, no es necesario recurrir al artículo 15³³². Esta disposición contendría únicamente hipótesis que se refieren a una pluralidad de intervinientes³³³, extendiendo la noción de autor a otros intervinientes que no realizarían todos los presupuestos típicos de un delito, o que sólo colaborarían parcialmente en su realización³³⁴.

En contraste, Garrido considera que los tipos penales son “descripciones neutras”, que abarcan tanto el actuar individual como la intervención múltiple. Así, “*lo que pretende el art. 15 es explicar -no extender ni restringir- lo que se entiende por autor para los efectos normativos, y ello es imprescindible en una legislación de índole garantista, toda vez que la*

³²⁷ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 596.

³²⁸ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 401. De la misma opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 519-521.

³²⁹ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 401. De la misma opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 519-521.

³³⁰ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 597. Hernández, «Art. 15», 388. Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 123. Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 44. Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*, 207. Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 56.

³³¹ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 597.

³³² Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 597. Hernández, «Art. 15», 388; Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 400. De una distinta opinión actualmente, De la misma opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 506 y ss.

³³³ Hernández, «Art. 15», 388; Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 597. Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*, 207. Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 56.

³³⁴ Cury, «Artículos 14 a 17», 231-232.

voz “autor” puede tener una multiplicidad de sentidos desde una perspectiva semántica³³⁵”. En base a esta conclusión, Garrido considera que el autor individual está descrito en el artículo 15 n°1³³⁶. Lo mismo sostiene Etcheberry³³⁷.

Mañalich afirma que el 15 n°1 únicamente establece hipótesis de coautoría y no de autoría individual, puesto que el requisito de “tomar parte en la ejecución” sería conceptualmente contrario a realizar por sí mismo la ejecución completa³³⁸.

La jurisprudencia no ha entrado mayormente a esta discusión, identificando las conductas de autoría en alguno de los numerales del art.15, y afirmando que la autoría individual está contenida en el art. 15 n°1³³⁹.

c. Autoría mediata

Como se señaló anteriormente, el autor mediato es quien lleva a cabo un hecho propio a través de otra persona, cuya conducta se instrumentaliza³⁴⁰.

En nuestro país, se ha discutido por parte de la doctrina tradicional si tiene un estatus autónomo de autoría, o bien si en realidad se trata de un caso de autoría inmediata o inducción³⁴¹. Así, Novoa cuestiona la importancia de la noción del autor mediato como figura independiente, señalando que “no deja de ser autor el que para la realización del hecho se vale de un ejecutor material que es en sus manos un instrumento inconsciente de su voluntad delictiva³⁴²”. A su vez, Garrido sostiene que “la noción de autoría mediata en nuestro derecho aparece como superflua, pues ella es consecuencia de una inadecuada comprensión de la noción acción”, por lo que sostiene que esta intervención correspondería en realidad a

³³⁵ Garrido, *Derecho Penal*, 303-304.

³³⁶ Garrido, *Derecho Penal*, 303-304.

³³⁷ Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, 88.

³³⁸ Juan Pablo Mañalich, «Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n°2 (2011): 286.

³³⁹ Hernández, «Art. 15», 388. Cury, «Artículos 14 a 17», 232.

³⁴⁰ Hernández, «Art. 15», 389.

³⁴¹ Hernández, «Art. 15», 389.

³⁴² Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*, 182.

una autoría directa³⁴³. No obstante, la doctrina contemporánea está conteste en entender que la autoría mediata tiene un estatus autónomo como forma de autoría³⁴⁴.

No obstante, sigue siendo controvertida la discusión sobre si la autoría mediata se subsume directamente de los tipos de la Parte Especial, o si bien se recoge en el 15nº2 del Código Penal³⁴⁵. A modo de ejemplo, Politoff, Matus y Ramírez sostenían que “*a efectos de la aparición de la ley, no hay diferencias en el nivel de responsabilidad del autor inmediato con el del mediato: ambos son autores, esto es, realizan el hecho punible, mediante una conducta directamente subsumible en el tipo penal*³⁴⁶”. Por otra parte, Grisolí sostiene que la autoría mediata resulta directamente subsumible en el respectivo tipo de la Parte Especial, es decir, sin pasar por el artículo 15 del Código Penal³⁴⁷. De la misma opinión son actualmente Matus y Ramírez, quienes consideran que “*la autoría mediata es una forma de responsabilidad directamente derivada del tipo penal respectivo*³⁴⁸”

Esta postura parece cuestionable, toda vez que se infringiría el principio de tipicidad penal, toda vez que, por ejemplo, “forzar” a alguien a cometer un delito contemplado en la Parte Especial en ningún caso significa cometerlo y cumplir por lo exigido en el verbo rector. Así, parece claro que hay que acudir a las reglas establecidas en el art. 15 nº2. En ese sentido, gran parte de la doctrina señala que las conductas que configuran una autoría mediata se encuentran en el artículo 15, principalmente en el numeral 2 primera parte³⁴⁹. Así, parece más correcta la posición mayoritaria, según la cual los tipos de la Parte Especial tienen como destinatario a una persona que ejecuta de propia mano el respectivo delito, representando tipos de autoría inmediata³⁵⁰.

³⁴³ Mario Garrido, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación* (Santiago: Editorial Jurídica, 1984), 307-309.

³⁴⁴ Hernández, «Art. 15», 389.

³⁴⁵ Hernández, «Art. 15», 389.

³⁴⁶ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 403.

³⁴⁷ Francisco Grisolí, «La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude», *Revista de Ciencias Penales* 34 (1975): 16.

³⁴⁸ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 506-507.

³⁴⁹ Lautaro Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.3. La regulación de la autoría y participación en los tipos de la Parte Especial y en los arts. 15 y 16 del Código Penal. Existen algunas posiciones, como la de Garrido, que extraen la autoría mediata del art. 15 nº1 primera parte. Véase Hernández, «Art. 15», 389 y siguientes.

³⁵⁰ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 597. Hernández, «Art. 15», 388. Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 123. Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal

Cabe destacar aquí la postura de Mackinnon, quien considera que en el artículo 15 n°2 únicamente se castigan casos de autoría mediata y no de inducción³⁵¹. La instigación, forma de participación que no tiene que ver con la inducción *directa*, debe ser castigada de acuerdo con las reglas de complicidad del art. 16³⁵². El art. 15 n°2 se referiría a inducción directa para hablar de autoría mediata en realidad³⁵³.

A continuación, se analizarán brevemente los distintos tipos de autoría mediata desarrollados por la doctrina, y la discusión acerca de su recepción legal.

a. Error o aprovechamiento de error

De acuerdo con esta hipótesis, el autor mediato es el que induce al instrumento a un error, o se sirve del error en que el instrumento se encuentra, con la finalidad de hacerlo realizar el hecho dolosamente, pero sin conocimiento de su significado antijurídico o reprochabilidad³⁵⁴.

Cabe destacar que Cury señala que en los casos en que el ejecutor obra sin dolo, como consecuencia de un error vencible o invencible, se configura un caso de autoría directa³⁵⁵. Politoff, Matus y Ramírez consideraban que en este caso habría autoría mediata, poniendo como ejemplo un sujeto que toma un abrigo, siendo convencido por otro de que es suyo, aunque en realidad es de un tercero, errando el sujeto sobre la ajenidad de la cosa³⁵⁶.

Politoff, Matus y Ramírez reconocían una forma de autoría mediata cuando el ejecutor actúa en forma típica y antijurídica, pero bajo un error de prohibición³⁵⁷. Cury considera que cuando el ejecutor actúa dolosamente pero inducido por un error de prohibición (o bien cuando el autor detrás del autor se aprovecha de este error), este comportamiento puede ser subsumido en el artículo 15 n°1 segunda parte, en tanto se sustrae al ejecutor

Chileno», 44. Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*, 207. Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 56.

³⁵¹ John Mackinnon, *Autoría y participación en el delito de receptación* (Santiago, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile: 2002), 49 y ss.

³⁵² Mackinnon, *Autoría y participación en el delito de receptación*, 49.

³⁵³ Mackinnon, *Autoría y participación en el delito de receptación*, 49.

³⁵⁴ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 601.

³⁵⁵ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 601.

³⁵⁶ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 408. De la misma opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 514.

³⁵⁷ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 409. Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 515.

instrumento de razones para inhibirse de obrar, impidiendo o procurando impedir que el hecho se realice³⁵⁸.

A su vez, Cury señala que esta hipótesis de autoría mediata podría incluir los casos en que el ejecutor realiza el delito en forma dolosa y responsable, pero en que el hombre de atrás le esconde el sentido concreto de su comportamiento. En este caso, el comportamiento del hombre de atrás se encuadraría en el art. 15 n°1 segunda parte, mientras que el instrumento actuaría en forma punible, castigándose a través del art. 15 n°1 primera parte, al intervenir en la ejecución en forma inmediata y directa³⁵⁹. Politoff, Matus y Ramírez también consideraban que en esta hipótesis el hombre de atrás sería autor mediato, puesto que según el ejecutor sería autor inmediato del delito, el hombre de atrás “ha dado forma a ese resultado”, al inducir a error del sentido concreto del comportamiento del instrumento³⁶⁰.

De otra opinión es Yáñez, quien sostiene que “*los casos de error se prestan a muchas dudas y discusiones*”³⁶¹. En forma más categórica, Etcheberry considera que si se crea en la otra persona un error, se trataría de una inducción³⁶².

Garrido sostiene que esta hipótesis, al igual que las demás de autoría mediata, queda comprendida en el art. 15 n°1, toda vez que toma parte directa e inmediata en la ejecución del hecho haciéndose valer del instrumento a través de un error o engaño³⁶³.

b. Coacción

En esta hipótesis, el autor mediato coacciona al instrumento para la realización de un hecho típico, poniendo a este último en una situación de “no exigibilidad de otra conducta”, por lo que su actuación no sería culpable³⁶⁴.

Cury sostiene que para entender configurada la autoría mediata, se debe tener en cuenta un criterio normativo en vez de psicológico, por lo que debería entenderse procedente cuando pasa la vara de la inexigibilidad de otra conducta, en vez de que la coacción sea

³⁵⁸ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 602-603.

³⁵⁹ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 603-604.

³⁶⁰ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 411. Actualmente, Matus y Ramírez no se han pronunciado al respecto.

³⁶¹ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 62.

³⁶² Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, 97.

³⁶³ Garrido, *Derecho Penal*, 308.

³⁶⁴ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 598.

suficiente para quebrar la resistencia psicológica del ejecutor³⁶⁵. En ese sentido, el autor sostiene que no sería autor mediato quien, para inducir al instrumento a la comisión del hecho, se vale del dominio psicológico que tiene sobre el ejecutor. En este caso, sería únicamente inductor³⁶⁶.

En base a lo anterior, la autoría mediata sería procedente cuando el ejecutor actúa obrado por fuerza irresistible o miedo insuperable, en el sentido del artículo 10 n°9 del Código Penal³⁶⁷.

La doctrina mayoritaria sostiene que esta forma de autoría mediata se encuadra en la primera parte del n°2 del art. 15, en el verbo “los que fuerzan”³⁶⁸. Esta fuerza se entiende como vis compulsiva³⁶⁹. Si hubiese vis absoluta, se estaría frente a un caso de autoría directa³⁷⁰.

c. Aprovechamiento de un inimputable

En este caso, el instrumento obra en forma típica y antijurídica, pero se excluye su responsabilidad debido a su inimputabilidad a raíz de su minoría de edad o enajenación mental³⁷¹.

Hernández expone que la doctrina chilena ha acogido “pacíficamente” estos casos de autoría mediata. Así lo considera Cury³⁷², Politoff, Matus y Ramírez³⁷³ y Garrido³⁷⁴. En forma menos clara, Yáñez sostiene que “*en caso de ciertos inimputables se puede estimar*

³⁶⁵ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 599.

³⁶⁶ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 599.

³⁶⁷ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 599. Lo mismo señalan Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 409. Actualmente, de la misma opinión son Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 508.

³⁶⁸ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 600. Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 62. Labatut, *Derecho Penal. Tomo I*, 197-198. Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 409. Actualmente, de otra opinión son Matus y Ramírez, quienes consideran que la autoría mediata es una forma de responsabilidad directamente derivada del tipo penal respectivo de la Parte Especial, y que, para efectos prácticos, debería calificarse la conducta con arreglo a cada tipo penal y al art. 15 n°1. Véase *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 209.

³⁶⁹ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 62. Hernández, «Art. 15», 391.

³⁷⁰ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 62.

³⁷¹ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 212.

³⁷² Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 607

³⁷³ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 409. Actualmente, de la misma opinión son Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 509.

³⁷⁴ Garrido, *Derecho Penal*, 308.

que son inducidos a ejecutarlo³⁷⁵”. Etcheberry, en cambio, sostiene que estos casos son de inducción, “y no presentan dificultad en un sistema como el nuestro, en que el inductor se equipara al autor, y en que la participación se fundamenta en la accesoriedad mínima³⁷⁶”.

Actualmente, Matus y Ramírez consideran que esta forma de autoría mediata no exige intimidación ni engaño, pero en la práctica sería posible que esto ocurriera. “En ese caso, si el enfermo mental no puede alegar inimputabilidad, su trastorno bien podría servir de base para una autoría mediata por engaño o intimidación o al menos la atenuante del 11 N°1 o del art. 73. En ese último supuesto ya no habría autoría mediata, sino coautoría. Se trata, con todo, de cuestiones de hecho que han de resolverse caso a caso³⁷⁷”.

Sin embargo, ninguno de los autores alude a en qué parte del artículo 15 se encontraría encuadrada esta figura, con la excepción de Garrido, quien, como ya se sostuvo, entiende que las conductas del autor mediato están referidas en el art. 15 n°1 primera parte³⁷⁸.

d. Realización por parte del instrumento de una conducta objetivamente atípica

Politoff, Matus y Ramírez hacen uso de esta subcategoría para aludir a tres situaciones, a saber: (i) Casos de autolesión por el instrumento; (ii) Delitos especiales de una persona calificada (intraneus) a través de una no calificada (extraneus) que actúa dolosamente³⁷⁹; y (iii) Instrumento doloso en que falta el elemento subjetivo exigido por el

³⁷⁵ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 62.

³⁷⁶ Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, 97.

³⁷⁷ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 509.

³⁷⁸ Garrido, *Derecho Penal*, 306.

³⁷⁹ Véase Grisolia, «La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude», 16 y ss.

tipo³⁸⁰. Sin embargo, Hernández sostiene que en doctrina no se ha discutido sobre su reconocimiento en el art. 15³⁸¹.

e. Prevalimiento de órdenes de servicio y situaciones de subordinación y dependencia

En forma reciente, Matus y Ramírez han utilizado estas subcategorías para referirse a casos en que el contexto familiar u organizacional pueden tener como consecuencia la configuración de una hipótesis de autoría mediata³⁸². Garrido considera que en los casos en que *“el autor mediato que se encontraría en una relación de jerarquía superior con el subordinado ejecutor, que estaría obligado a cumplir la orden que recibe de realizar la acción típica ilícita, generalmente hay un realizador doloso y un inductor. Este problema puede vincularse con la obediencia debida en algunas alternativas³⁸³”*.

Así, en primer lugar se incluirían aquí los casos de las organizaciones militares, donde habría autoría mediata cuando un superior jerárquico dicta una orden a un inferior³⁸⁴. A esto alude el artículo 214 del Código de Justicia Militar, cuando señala que:

Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados.

El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la

³⁸⁰ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 405-407. Actualmente, Matus y Ramírez señalan al respecto que *“Los supuestos de órdenes del empleador que inducen a los trabajadores a tomar cosas ajenas para aquél y, por lo tanto, sin ánimo de apropiación en los trabajadores, representan casos de autoría mediata con instrumento sin elemento subjetivo y no coautoría, siempre que la orden se acompañe de una amenaza implícita de pérdida de trabajo o un engaño sobre el sentido del hecho que anule la voluntad del subordinado y falte por ello el acuerdo del empleado en la ejecución del delito. Pero, si del cumplimiento de las órdenes se sigue un aprovechamiento de los efectos del delito por todos los intervinientes, será difícil alegar que solo se actuó por error o con una voluntad anulada por el miedo, por lo que ya no habrá instrumentos, sino coautores o inductores e inducidos, según sea el caso concreto”*. Véase Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 511.

³⁸¹ Hernández, «Art. 15», 392.

³⁸² Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 509-511.

³⁸³ Garrido, *Derecho Penal*, 309.

³⁸⁴ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 509.

formalidad del artículo 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito.

El 57º inciso implica que, en caso de que la orden impartida tienda notoriamente a la realización de un hecho delictivo, el militar inferior que no se concertó en forma previa será responsable con la pena de cómplice si es que no la representó en forma previa antes de su ejecución³⁸⁵. Si la representó, el superior que insiste en la perpetración del delito será el único responsable³⁸⁶.

Del mismo modo, Cury considera que habría autoría mediata en el caso de la hipótesis de obediencia de órdenes antijurídicas en el sentido de los artículos 214 y 335 del Código de Justicia Militar³⁸⁷, donde *“la propia ley afirma la punibilidad del autor mediato (el superior que da la orden) y excluye la del ejecutor material del hecho típico. En este último caso, aunque no existe explícitamente una coacción, ella se encuentra implícita en el contexto de la situación³⁸⁸”*.

En segundo lugar, Matus y Ramírez afirman que existe autoría mediata en ciertos casos de prevalimiento de situaciones de subordinación y dependencia. Ahora bien, parten de un presupuesto que se torna particularmente relevante para la temática de esta investigación y que será discutida posteriormente: *“en las relaciones laborales, públicas o privadas, familiares o de cualquier tipo donde exista subordinación o dependencia, no existe obligación de obedecer órdenes que tiendan a la comisión de un delito, por lo que entre una persona que ocupe una posición superior y el subordinado solo podría darse una relación de coautoría o inducción³⁸⁹”*. De esta forma, debería entenderse que, cuando se dicta una orden por parte de quien tiene una relación vertical jerárquica con otro, y éste la cumple y ejecuta, no estamos por regla general frente a un caso de autoría mediata debido a la anulación de la voluntad de quien recibe la orden, sino frente a coautoría o inducción, dependiendo de las circunstancias concretas del caso.

³⁸⁵ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 513.

³⁸⁶ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 513.

³⁸⁷ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 599.

³⁸⁸ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 599.

³⁸⁹ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 510.

Ahora bien, señalan los autores, hay casos donde la ley reconoce positivamente situaciones donde la libertad del subordinado no es completa para decidirse en favor del cumplimiento de las normas del ordenamiento jurídico, “*si existe tal nivel de subordinación psicológica que el inducido pueda considerarse instrumento no voluntario o con un mínimo de voluntad frente a la del inductor*”³⁹⁰. Esto ocurriría en caso de que esta orden vaya acompañada de amenazas o engaños³⁹¹. En las relaciones laborales, estaríamos frente a esta situación cuando hubiera una amenaza de pérdida del trabajo o un engaño sobre el sentido del hecho ilícito que se ordena³⁹².

Sin embargo, “*si del cumplimiento de las órdenes se sigue un aprovechamiento de los efectos del delito por todos los intervinientes, será difícil alegar que solo se actuó por error o con una voluntad anulada por el miedo*”³⁹³, por lo que habría una coautoría o inducción, dependiendo de la situación concreta³⁹⁴. Una situación de este tipo que calificaría como inducción, de acuerdo con Matus y Ramírez, es en el caso de una orden dada en el marco de una relación laboral, donde la orden persuade a la ejecución de un delito “*por la esperanza que tiene el inducido de recibir recompensas por su docilidad de parte del que ordena o la institución o empresa de que forma parte, aunque nada se le haya prometido expresamente*”³⁹⁵.

Etcheberry considera que, aunque la obediencia debida debería ser considerada una inducción, en tanto que la orden habría hecho nacer la determinación del subordinado de realizar el acto delictivo, “*si el superior amenaza, explícita o implícitamente con sanciones para el caso de desobediencia*”, se configuraría un caso similar a la coacción a que refiere el art. 15 n°2 primera parte³⁹⁶.

f. Aparato organizado de poder

³⁹⁰ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 510.

³⁹¹ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 510.

³⁹² Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 511.

³⁹³ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 511.

³⁹⁴ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 511.

³⁹⁵ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 531.

³⁹⁶ Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, 97.

Por último, y como se desarrollará latamente en el siguiente capítulo, la autoría mediata en virtud de los aparatos organizados de poder es una tesis que ha adquirido una gran relevancia a nivel doctrinario y jurisprudencial en el mundo occidental.

Sin perjuicio de que se explicará más adelante, cabe destacar aquí que gran parte de los autores nacionales más destacados han señalado que el “hombre de atrás” tendría únicamente la calidad de inductor, puesto que el dominio del hecho seguiría en manos del que ejecuta el delito en forma responsable³⁹⁷.

Así, Cury señala que “*debe prescindirse de esta categoría de autores mediatos*³⁹⁸”, toda vez que el hombre de atrás sería un coautor o instigador al tratarse el ejecutor de “*un autor material libre y consciente de la naturaleza y significado de su conducta*”³⁹⁹. Distinto sería el caso en que en el instrumento recayeran las hipótesis de obediencia debida, fuerza irresistible o miedo insuperable, donde ya no se trataría de un ejecutor responsable y cabría la autoría mediata por otras hipótesis revisadas anteriormente⁴⁰⁰. En esa línea, Cury señala que “*el que ordena una ejecución masiva es inductor del art. 15 n°2, el que la ejecuta, autor ejecutor del art. 15 n°1, quienes se encuentran en medio de la maquinaria de poder responderán, según su participación en el hecho, como autores-cómplices del art. 15 n°3 o como cómplices del art. 16*⁴⁰¹”. Garrido considera algo similar, refiriéndose al parecer a la autoría mediata por aparatos organizados de poder⁴⁰².

Matus y Ramírez sostienen en la última versión de su Manual que esta forma especial de autoría mediata no sería necesaria por tres razones principales, a saber: (i) Porque los tribunales internacionales que castigaron a los jefes nazis sancionaron sin problemas esos crímenes a título de coautoría, y porque el Estatuto de Roma actualmente establece directamente la responsabilidad de quien ordena una orden de comisión de genocidio o crimen de lesa humanidad⁴⁰³; (ii) Porque en Chile la inducción mediante orden de servicio es un caso de autoría mediata regulado en los aparatos militares⁴⁰⁴; y (iii) Porque el Derecho

³⁹⁷ Hernández, «Art. 15», 393.

³⁹⁸ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 606.

³⁹⁹ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 606.

⁴⁰⁰ Cfr. Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 606-607.

⁴⁰¹ Cury, «Artículos 14 a 17», 243.

⁴⁰² Garrido, *Derecho Penal*, 309.

⁴⁰³ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 512.

⁴⁰⁴ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 512-513

chileno considera la participación en aparatos organizados de poder como hechos colectivos que son delitos por sí mismos, al ser asociaciones ilícitas, de acuerdo con los artículos 292 y siguientes del CP⁴⁰⁵.

En contraste, Yáñez señala que los casos donde hay dominio de la voluntad a través de un aparato organizado de poder pueden ser incluidos como un caso de forzamiento, presente en el art. 15 n°2 del CP⁴⁰⁶. Politoff también defiende la tesis de la procedencia de la autoría mediata por aparatos organizados de poder⁴⁰⁷, criticando fuertemente los resultados a que se llegaría en caso de no existir esta figura doctrinaria, toda vez que *“de ese modo, Hitler y Himmler aparecen convertidos en meros instigadores que influyen sobre los borrosos, anónimos e intercambiables esbirros llamados, cada vez, a disparar o hacer entrar el gas en las cámaras de exterminio”*⁴⁰⁸.

Cabe señalar que Politoff planteó, a través de una interpretación histórica del establecimiento del artículo 15, que *“el concepto de inducir del N°2 del artículo 15 fue introducido en nuestro Código con criterios que suponían un alcance más amplio que la sola situación en que el instigado, convencido por el instigador, quiere dolosamente concretar el tipo, ya que las hipótesis del ejecutor engañado por las “maquinaciones o artificios culpables” del inductor o subordinado a la autoridad de éste, aparecían también abarcadas a este concepto”*⁴⁰⁹. Esta misma idea sostenía Novoa⁴¹⁰, y Cury antiguamente⁴¹¹. Lo que causaría esta idea, es decir, que originalmente el concepto de inducción no se utilizaba en el sentido técnico conferido por la doctrina moderna sino en un sentido amplio, es que en la figura de inducción del art. 15 n°2 cabrían los supuestos de autoría mediata adicionales a la coacción⁴¹². De esta forma, a través de los conceptos de fuerza e inducción podrían captarse

⁴⁰⁵ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 513.

⁴⁰⁶ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 62.

⁴⁰⁷ Politoff, «Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata», 1273.

⁴⁰⁸ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 415. Matus y Ramírez actualmente son de la opinión expuesta en el párrafo anterior.

⁴⁰⁹ Politoff, «Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata», 1261-1262.

⁴¹⁰ Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*, 212.

⁴¹¹ Enrique Cury, *Derecho Penal, Parte General*. (Santiago: Editorial Jurídica, 1982), 238.

⁴¹² Cfr. Politoff, «Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata», 1262.

“gran parte de la casuística tradicional de la autoría mediata a que se hace referencia en la doctrina penal comparada”⁴¹³, incluyéndose, por supuesto, el dominio por aparatos organizados de poder.

d. Coautoría

Como se señaló anteriormente, en la doctrina nacional se ha entendido que los coautores son los intervinientes que ejecutan conjuntamente el delito⁴¹⁴. En una forma más específica, Cury sostiene que los coautores son “*quienes se han dividido la realización del hecho, en términos tales que disponen del condominio del hecho, sobre cuya consumación deciden en conjunto, porque su contribución es funcional a la ejecución total*”⁴¹⁵. Así, este autor sostiene que la coautoría como figura dogmática requiere dos elementos copulativos: (i) El elemento subjetivo del acuerdo de voluntades entre todos los intervinientes, atributo del cual se desprende que el exceso de un interviniente no perjudica a los restantes⁴¹⁶; y (ii) El elemento objetivo de la prestación de una contribución esencial a la realización del hecho común⁴¹⁷. Los mismos requisitos exigen Yáñez⁴¹⁸ y Garrido⁴¹⁹.

Ahora bien, estos últimos autores sostienen que aquel aporte esencial a la realización del delito debe ser llevado a cabo en la fase ejecutiva del delito, y no mediante un acto preparatorio⁴²⁰. En la misma línea, Van Weezel sostiene que el coautor es quien “*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*”⁴²¹. De otra opinión es Cury, quien señala que “*no es necesario que el coautor intervenga directamente en la ejecución del hecho típico, como lo sostuvo en el pasado la teoría objetivo formal. Basta que su contribución sea decisiva para la consumación [...]*”⁴²².

⁴¹³ Politoff, «Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata», 1262.

⁴¹⁴ Hernández, «Art. 15», 399.

⁴¹⁵ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 610.

⁴¹⁶ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 611 y 612.

⁴¹⁷ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 612 y 613.

⁴¹⁸ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 59-61.

⁴¹⁹ Garrido, *Derecho Penal*, 313-314.

⁴²⁰ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 59 y 60; Garrido, *Derecho Penal*, 313 y 314.

⁴²¹ Van Weezel, *Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010*, 192.

⁴²² Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 613.

Se ha discutido mucho en nuestro país acerca de cómo está recogida en el Código Penal esta forma de autoría.

El punto de partida de este problema debe tomaren consideración de que en la ley chilena para sancionar a los coautores no se establece una fórmula abstracta, tal como la “realización conjunta” de los códigos español o alemán, sino que se castigan conductas a través de una descripción empírica de estas⁴²³.

En primer lugar, Garrido afirma que la coautoría está recogida en el artículo 15 n°3, numeral que recoge la exigencia de la intervención concertada en un hecho común por parte de todos los coautores, así como que este aporte sea durante la ejecución del hecho, sea mediante una intervención: (i) Moral, es decir, presenciando el hecho ilícito; (ii) Intelectual, es decir, organizando el plan delictivo; o (iii) Facilitando los medios con que se ejecuta el hecho⁴²⁴.

Existe una posición doctrinaria, expresada por Politoff, Matus y Ramírez, que sostiene que la coautoría está manifestada en nuestro Código únicamente en el artículo 15 n°1, cuando alude a que son autores quienes toman parte en la ejecución del hecho, “de manera inmediata y directa” o “evitando o procurando evitar que se evite”⁴²⁵. Debido a esta opinión, consideran que la intervención mediante actos preparatorios no puede considerarse coautoría, dado que este numeral la limita en forma expresa a actos ejecutivos⁴²⁶. Los autores establecen, sin embargo, que pueden ser coautores quienes no realicen de ninguna forma el tipo legal correspondiente, debiendo en todo caso colaborar en la ejecución del hecho de alguna de las dos vías mencionadas⁴²⁷. Como se verá más adelante, estos autores consideran

⁴²³ Cfr. Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021): 499 y 521.

⁴²⁴ Garrido, *Derecho Penal*, 314.

⁴²⁵ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 416. De otra opinión actualmente, Matus y Ramírez, quienes consideran que la coautoría se castiga en los supuestos del art. 15 n°1 y n°3. *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 521-522.

⁴²⁶ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 418. De otra opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 521-527.

⁴²⁷ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 419. De la misma opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 524-525.

que el artículo 15 n°3 establece en realidad casos de cómplices que son castigados como autores “*por razones de pura política criminal*”⁴²⁸”.

Ahora bien, tanto Yáñez y Soto⁴²⁹ como la doctrina nacional contemporánea (incluyendo a Mañalich, Matus y Ramírez, Winter, Hernández y Couso), sostienen que existen hipótesis de coautoría reguladas tanto en el artículo 15 n°1 como en el n°3⁴³⁰. A mayor abundamiento, Mañalich considera que la existencia de los coautores en el sentido del art. 15 n°3 presupone a los coautores del 15 n°1, en tanto facilitar los medios o presenciar el hecho no puede ser suficiente para la ejecución del delito, sino que se requiere la intervención de un coautor que realice actos ejecutivos⁴³¹.

a. Coautoría ejecutiva (15 n°1)

Hernández sostiene que el N°1 del art. 15 establece casos de coautoría ejecutiva, sea que se cometan o no acciones abarcadas por el respectivo tipo, al ejecutar el hecho de una manera inmediata y directa o impidiendo o procurando impedir que este se evite. Y aunque la exigencia subjetiva del acuerdo de voluntades no sea exigido por el texto legal, el autor sostiene que es un requisito indispensable, “*porque de lo contrario no habría forma de imputarle como propio el delito consumado a quien no lo ha consumado de propia mano*”⁴³²”. Ahora bien, Mañalich señala que en el art. 15 n°1 las formas de autoría no presuponen una coordinación previa explícita⁴³³. De todas maneras, Hernández sostiene como una “cuestión abierta” el hecho de cómo se le puede considerar autor con este elemento, sea exigiendo un concierto previo o un dolo común⁴³⁴.

i. Tomar parte de un hecho de forma inmediata y directa

⁴²⁸ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 430. De otra opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 525-527.

⁴²⁹ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 56-58 y Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 49-52.

⁴³⁰ Mañalich, «Condiciones generales de punibilidad», 476 y «Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno», 285; Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 521-527; Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 60-61; Hernández, «Art. 15», 402 y 403; y Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 123.

⁴³¹ Mañalich, «Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno», 286.

⁴³² Hernández, «Art. 15», 403 y 404.

⁴³³ Mañalich, «Condiciones generales de punibilidad», 476.

⁴³⁴ Hernández, «Art. 15», 404.

Etcheberry, Garrido y Yáñez sostienen que esta disposición implica la realización por sí mismo, en forma total o parcial, de la acción típica descrita por la ley⁴³⁵, recogiendo así ideas de la teoría objetivo-formal⁴³⁶.

Winter considera que tomar parte en la ejecución del hecho no significa realizar de propia mano los elementos del tipo penal, pues esto haría la hipótesis redundante la del art. 15 n°1⁴³⁷. Así, los coautores en estas hipótesis participan en la ejecución de manera “no inmediata y no directa”, aportando elementos que colaboran en la realización del hecho punible⁴³⁸.

El requisito de inmediatez significaría que *“la contribución del individuo no requiere de una contribución adicional de otra voluntad para ser puesta directamente en función de la realización del tipo, esto es, el individuo ha contribuido a la lesión del bien jurídico sin que para que dicha contribución cobre sentido sea necesaria una conducta intermedia de otro individuo”*⁴³⁹. Esto permite diferenciar las hipótesis del 15 n°1 de las del 15 n°3.

Por su parte, el concepto de *directo*, fue un elemento innovador de la comisión redactora de nuestro Código, que tendría la función de señalar la idea de que la intervención tenga la finalidad de realizar la conducta típica⁴⁴⁰.

ii. Tomar parte inmediata en la ejecución, impidiendo o procurando impedir que se eviten

Se ha dicho que la redacción de esta hipótesis es confusa⁴⁴¹. Cuando se habla de “impidiendo” hay una referencia a casos donde se ha conseguido la finalidad de impedir la

⁴³⁵ Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, 88; Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 52 y Garrido, *Derecho Penal*, 306 y 307.

⁴³⁶ Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 44.

⁴³⁷ Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 45.

⁴³⁸ Cfr. Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 45.

⁴³⁹ Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 46; Cfr. Garrido, *Derecho Penal*, 307.

⁴⁴⁰ Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 46; Garrido, *Derecho Penal*, 306.

⁴⁴¹ Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 48.

evitación del hecho, mientras que “procurando impedir” alude a situaciones donde tal objetivo no se ha logrado⁴⁴².

Matus y Ramírez también asumen como una forma de coautoría quienes colaboran en la ejecución del hecho, impidiendo o procurando impedir que este se evite, incluyéndose los casos del vigilante o “loro”⁴⁴³. Yáñez disiente de esta postura, toda vez que la conducta de impedir o procurar impedir requiere de todas formas que se participe en la ejecución del delito, y no contribuye a la ejecución del delito quien no realiza una conducta típica o alguna íntimamente vinculada a la realización del tipo⁴⁴⁴.

Cabe señalar que, para delimitar adecuadamente los casos subsumibles en esta hipótesis, se debe tener en claro que no se exige concierto previo⁴⁴⁵. Winter considera que el verdadero criterio para la distinción de estos casos es que el que los realiza no requerirá la voluntad de quien lleva a cabo la conducta típica para que el aporte realmente sea relevante a efectos de la completa realización del delito⁴⁴⁶.

b. Coautoría no ejecutiva (15 n°3)

A su vez, Hernández sostiene que en el 15n°3 están establecidos los casos de coautoría que suponen la existencia de un concierto previo y un aporte no constitutivo de una conducta ejecutiva, correspondiente en la facilitación de medios o presenciar el hecho (la facilitación debe ser de medios indispensables y la presencia debe ser tenida como indispensable también para el resto de los intervinientes)⁴⁴⁷. Al respecto, existiría una posición dominante en nuestro país que sostiene que los actos preparatorios desplegados de la forma que exige el 15 n°3 se sancionan como autoría, en la medida en que exista un concierto previo “*que inserta dicho acto preparatorio en un plan de realización de un delito*”⁴⁴⁸.

⁴⁴² Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 48.

⁴⁴³ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 524-525.

⁴⁴⁴ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 53; Lorca, *La coautoría en el Derecho Penal*, 100.

⁴⁴⁵ Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 48.

⁴⁴⁶ Cfr. Winter, «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación», 52.

⁴⁴⁷ Hernández, «Art. 15», 406.

⁴⁴⁸ Lorca, *La coautoría en el Derecho Penal*, 82.

Sin perjuicio de la discusión dogmática aquí resumida, Hernández sostiene que los tribunales nacionales por regla general aplican el 15 n°3 cada vez que exista un concierto previo, independiente del aporte concreto al hecho delictivo⁴⁴⁹.

i. Facilitación de medios (y referencia al jefe de la banda o autor intelectual)

Garrido y Yáñez señalan que la facilitación de medios a que se refiere la ley se debe utilizar en un concepto amplio, por lo que implicaría la entrega de todo tipo de aportes que realice uno de los concertados en función de la división del trabajo⁴⁵⁰. Estos medios pueden ser materiales, como la entrega de un instrumento o arma para la realización del delito, o bien pueden ser medios intelectuales⁴⁵¹. Por otra parte, Matus y Ramírez explican que para castigar como coautor a quien facilita los medios, es necesario que, objetivamente, el medio que se ha facilitado haya sido empleado en la ejecución del delito que se ha concertado en forma previa, o que al menos sea el medio empleado en el comienzo de la ejecución del delito⁴⁵².

Yáñez señala como problemático el hecho de que generalmente la facilitación de los medios será realizada a través de un acto preparatorio y no ejecutivo⁴⁵³. Sin embargo, y al igual que autores que aceptan la posibilidad de realización de una coautoría no ejecutiva, explica citando a Welzel que también es coautor el que sólo realiza actos preparatorios, cuando es “coportador de la decisión común al hecho”, es decir, cuando el *minus* de participación en la ejecución se compensa con el *plus* de participación en la organización del delito⁴⁵⁴.

Con respecto a los medios intelectuales, que son los más relevantes para responder la pregunta de esta investigación, parte de la doctrina nacional ha sostenido que en esta hipótesis caben los “autores intelectuales”, es decir, “*el que, sin ejecutar directamente la conducta*

⁴⁴⁹ Hernández, «Art. 15», 406.

⁴⁵⁰ Garrido, *Derecho Penal*, 314. Cfr. Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 60.

⁴⁵¹ Garrido, *Derecho Penal*, 314. Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 60.

⁴⁵² Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 525.

⁴⁵³ Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 60-61.

⁴⁵⁴ Cfr. Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 61.

típica, la ha planificado y organizado su realización, facilitando con esa organización los medios para su ejecución⁴⁵⁵”. Así, el también denominado “jefe de la banda” sería quien no interviene en la ejecución del hecho, pero sí tiene un rol protagónico en la confección del plan y en la dirección de este, añadiéndose por parte de Garrido el requisito de que se mantenga en una posición de supervisión de un correcto despliegue y realización del plan elaborado⁴⁵⁶. En el mismo sentido, Cury afirma que el jefe de la banda también sería coautor aunque no intervenga en forma directa en la ejecución del delito, cuando éste lo planifica “y, desde su guarida, se limita a impartir órdenes telefónicas a sus secuaces, disponiéndolo todo de manera de que la operación sea exitosa⁴⁵⁷”.

De la misma idea es Van Weezel, quien sostiene que, si bien el jefe de la banda realiza su intervención durante la etapa preparatoria, y que “quien sólo se limita a la planificación general del hecho podría ser cómplice⁴⁵⁸”, “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 cuando abandona a otro, en división del trabajo, el último movimiento de la mano⁴⁵⁹”.

Lorca opina lo mismo, toda vez que señala que el art. 15 n°3 sanciona como coautores a los intervinientes que, aunque no han realizado acciones ejecutivas, “se han involucrado de tal modo en la planificación del hecho punible mediante la distribución de sus aportes, que pasa a ser esencial y determinante incluso el apoyo meramente síquico o “actualización de la orden” del que se limita a presenciarse⁴⁶⁰”. En ese sentido, sostiene que la única forma de delimitar adecuadamente estas conductas de coautoría con la complicidad es exigir “cierta intensidad en sus elementos”, por lo que la facilitación de medios o la presencia deben ser esenciales para la realización del hecho punible, en el contexto del plan diseñado⁴⁶¹.

Cabe señalar que, en una opinión contraria, Politoff, Matus y Ramírez sostuvieron que la figura del autor intelectual estaba recogida como hipótesis de coautoría en el art. 15

⁴⁵⁵ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 526.

⁴⁵⁶ Garrido, *Derecho Penal*, 314.

⁴⁵⁷ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 613.

⁴⁵⁸ Van Weezel, *Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010*, 202.

⁴⁵⁹ Van Weezel, *Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010*, 202.

⁴⁶⁰ Lorca, *La coautoría en el Derecho Penal*, 128.

⁴⁶¹ Lorca, *La coautoría en el Derecho Penal*, 128 y 129. Algo similar señala Mañalich, «Condiciones generales de punibilidad», 477.

nº1, como una forma de tomar parte en la ejecución del hecho de una manera inmediata y directa⁴⁶².

ii. Presenciar el hecho sin tomar parte en su ejecución

Garrido explica que este es un tipo de coautoría donde hay una intervención de tipo “moral”, toda vez que representa un respaldo de carácter moral a los ejecutores del hecho⁴⁶³.

Matus y Ramírez sostienen a su vez que en este caso el legislador reconoce de manera explícita “*el peligro de realización que supone “apoyo moral” de los concertados, pues no es necesario ejecutar ningún hecho material diferente a encontrarse en el lugar del delito como parte del acuerdo de división del trabajo*”⁴⁶⁴. Así, rebatiendo la posición recién descrita, sostienen que lo que se castiga no es un mero apoyo moral, sino el peligro de la realización conjunta, puesto que el apoyo es material cuando un interviniente se encuentra en el lugar de los hechos, si no hace nada para evitar la consumación del delito⁴⁶⁵.

e. Otras figuras: inducción y complicidad.

Estas formas de intervención, caracterizadas como participación son regidas por una serie de principios que se le aplican a este tipo de intervinientes, derivados del carácter accesorio de su aportación, a saber: (i) El principio de convergencia, de acuerdo con el cual la voluntad de los partícipes tiene que ser la misma que la de los autores del hecho⁴⁶⁶; (ii) El principio de accesoriedad media, que explica que la punibilidad de los partícipes depende de que el autor realice en forma efectiva una conducta típica y antijurídica⁴⁶⁷; (iii) El principio de exterioridad, según el que se podrá responsabilizar a los partícipes solamente cuando hayan alcanzado a dar principio de ejecución al delito, en los términos de la tentativa⁴⁶⁸; y

⁴⁶² Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 418. De otra opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 526.

⁴⁶³ Garrido, *Derecho Penal*, 314.

⁴⁶⁴ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 526.

⁴⁶⁵ Cfr. Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 526-527.

⁴⁶⁶ Hernández, «Art. 15», 369.

⁴⁶⁷ Hernández, «Art. 15», 371.

⁴⁶⁸ Hernández, «Art. 15», 371.

(iv) La comunicabilidad, que alude a la discusión sobre si pueden ser partícipes punibles en un delito de carácter especial los que no tienen la cualidad personal exigida por el tipo⁴⁶⁹.

a. Inducción

La inducción es una forma de intervención en un hecho punible caracterizada por formar en otro, de manera directa, la decisión de cometer un delito⁴⁷⁰. En una forma similar, se ha señalado que consiste en “*instigar, persuadir o mover a otro a la realización de un hecho típico*”⁴⁷¹. Esta forma de intervención es caracterizada unánimemente como participación, toda vez que quien induce no ejecuta el hecho ni tiene su dominio⁴⁷². De esta forma, se presupone la libertad del autor en la decisión de realizar o no el delito⁴⁷³. Ahora bien, debido a que está recogida en el art. 15 n°2 segunda parte, se trata de una forma de participación equiparada en términos de pena a la autoría en la legislación chilena⁴⁷⁴.

La doctrina nacional ha establecido una serie de requisitos para la concurrencia de esta forma de intervención. En primer lugar, el inductor debe actuar en forma directa, es decir, a través de actos positivos, en la formación de la voluntad delictiva del autor⁴⁷⁵. Así, no cabe la inducción omisiva o culposa, aunque sí tácita⁴⁷⁶. Por otra parte, que la inducción sea directa significa que se excluye la inducción “en cadena”⁴⁷⁷. Asimismo, para la punibilidad de la inducción se requiere que la voluntad del autor se manifieste al menos en un principio de ejecución, por lo que la inducción que no es aceptada por el receptor no es punible⁴⁷⁸. En tercer lugar, el inductor debe ejercer con respecto al autor una influencia de carácter determinante, orientada a la ejecución precisa de una acción típica, por lo que no se entienden como inducción los consejos vagos⁴⁷⁹. Consecuencia de lo anterior es que

⁴⁶⁹ Hernández, «Art. 15», 372.

⁴⁷⁰ Hernández, «Art. 15», 408.

⁴⁷¹ Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*, 212.

⁴⁷² Hernández, «Art. 15», 408.

⁴⁷³ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 624.

⁴⁷⁴ De otra opinión es Mackinnon, quien considera que cuando el legislador se refiere en el art. 15 n°2, trata casos de autoría mediata, mientras que la inducción tal y como se entiende doctrinariamente debería encuadrarse en la complicidad del art. 16. Véase Mackinnon, *Autoría y participación en el delito de receptación*, 49-50.

⁴⁷⁵ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 624.

⁴⁷⁶ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 624.

⁴⁷⁷ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 327.

⁴⁷⁸ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 625-626.

⁴⁷⁹ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 626.

únicamente puede existir inducción a la realización de un hecho doloso, y que el dolo del inductor debe ser “dolo de consumir” el hecho⁴⁸⁰. Por último, la inducción debe orientarse a la ejecución de un hecho típico y antijurídico, por lo que solamente existe inducción a la autoría, no siendo punible la inducción a ser cómplice⁴⁸¹.

Como se mencionó anteriormente, Politoff ha señalado que el concepto de inducción recogido por el artículo 15 n°2 fue introducido con un alcance de carácter amplio, más extenso que lo que entendemos hoy por instigación, abarcándose así algunas conductas representativas de la autoría mediata⁴⁸².

Novoa, Etcheberry y Matus y Ramírez se remiten a la opinión de Pacheco⁴⁸³, quien discute la existencia de inducción en caso de (i) orden; (ii) acuerdo; y (iii) consejo. Haciendo también un análisis histórico del origen de la disposición, y a la doctrina dominante en la época, Novoa sostiene que la dictación de una orden “*puede ser una vía de inducción frecuente*⁴⁸⁴”. En la misma línea, Matus y Ramírez consideran que la orden es una instigación como regla general, aplicándose en los casos de relaciones laborales, profesionales y familiares donde existen relaciones de subordinación y dependencia que no anulan la voluntad del inducido⁴⁸⁵, sin contemplar aquí los casos donde las órdenes podían configurar hipótesis de autoría mediata, como se analizó anteriormente. Lo mismo parece opinar Cury, cuando señala que puede concurrir la inducción cuando “*más allá del simple influjo psíquico o espiritual, el inductor se sirve de coacción que, no obstante, no es suficiente para excluir normativamente la culpabilidad del autor [...] pero sí para impulsar al coaccionado a decidirse a ejecutar el delito, posiblemente con su libertad disminuida pero no suprimida, por lo menos desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en vigor*⁴⁸⁶”.

Sin embargo, Etcheberry disiente de esta interpretación, explicando que, salvo casos donde el inferior “*añade su propia cuota de culpabilidad*”, como en las situaciones en que no representa la ilegalidad de la orden y puede hacerlo, no existe aquí una inducción. Lo

⁴⁸⁰ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 626.

⁴⁸¹ Cfr. Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 627.

⁴⁸² Politoff, «Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata», 1261-1262.

⁴⁸³ Joaquín Francisco Pacheco, *El Código Penal concordado y comentado*, (Madrid: Edisofer, 2000).

⁴⁸⁴ Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*, 212.

⁴⁸⁵ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 510 y 531.

⁴⁸⁶ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 625.

anterior, debido a que *“el superior no trata de convencer ni de ganarse la voluntad del inferior, que le es indiferente con tal de que cumpla lo ordenado: el inferior ha obrado inculpablemente [...] y no hay participación criminal⁴⁸⁷”*. En una línea al parecer similar, Garrido explica que la inducción implica la persuasión para que otro realice un hecho delictivo, intentando el convencimiento de éste⁴⁸⁸. Entendiéndose así la inducción, no cabría la orden en esta figura.

b. Complicidad

Por último, la complicidad como forma de participación está prevista en el artículo 16 del Código Penal, de acuerdo con el cual son cómplices los que, no hallándose comprendidos en sus conductas por las hipótesis del artículo 15, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos. Como puede apreciarse, en nuestro Derecho la complicidad reviste el carácter de una figura residual, *“pues en sus alcances resultan de los que en definitiva se le asignen a la autoría”⁴⁸⁹*.

Así, los cómplices cooperan en forma dolosa, con aportes materiales o intelectuales, a la ejecución del delito de un autor⁴⁹⁰. Dado que es una forma de participación en el hecho de otro interviniente, *“su punición depende de que el aporte haya sido efectivamente aprovechado por el autor, de modo que no es posible la tentativa de complicidad [...] y que la conducta de éste haya alcanzado al menos el umbral de la tentativa⁴⁹¹”*.

Como se planteó anteriormente, Politoff, Matus y Ramírez señalaron que el artículo 15 n°3 del Código recogía hipótesis de complicidad que se equiparaban a la coautoría por razones de política criminal⁴⁹². La amplitud de estas hipótesis, afirman, *“deja prácticamente vacía de contenido, en la práctica, la regulación del art. 16⁴⁹³”*.

⁴⁸⁷ Etcheberry, *Derecho Penal, Parte General*, 82.

⁴⁸⁸ Garrido, *Derecho Penal*, 310.

⁴⁸⁹ Hernández, «Art. 15», 414.

⁴⁹⁰ Hernández, «Art. 15», 414.

⁴⁹¹ Hernández, «Art. 15», 414.

⁴⁹² Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 430. De otra opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 521-527.

⁴⁹³ Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*, 430. De otra opinión actualmente, Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 521-527.

III. CONSTRUCCIONES DOGMÁTICAS PARA CASTIGAR A LOS ÓRGANOS SUPERIORES EMPRESARIALES

a. Imputación al ámbito de la empresa y atribución individual dentro de ésta

Parte de la doctrina contemporánea ha entendido que, en forma previa a enjuiciar a personas naturales por delitos cometidos en el ámbito empresarial, es necesario llevar a cabo un análisis jurídico enfocado en la propia organización⁴⁹⁴. De esta forma, y siguiendo a Feijoo, debe tenerse como presupuesto que en el ámbito empresarial los procesos causales y los riesgos que se generan en las actividades deben observarse no como sucesos individuales, sino como obras del colectivo⁴⁹⁵. Así, lo que hay que preguntarse es si la afectación al bien jurídico es objetivamente imputable a la empresa⁴⁹⁶. Para realizar esta indagación, debe establecerse, por un lado, si es que los procesos dentro de la empresa fueron los que pusieron en peligro o lesionaron el respectivo bien jurídico, y por otro, si el desarrollo de estos procesos cumplió las exigencias establecidas en el ordenamiento primario de conducta⁴⁹⁷.

Feijoo considera, con respecto a este análisis, que no todo *output* lesivo puede entenderse como un delito de la organización. Así, en primer lugar, puede entenderse que la empresa ha actuado dentro de los márgenes del riesgo permitido por el ordenamiento jurídico, toda vez que en las actividades productivas existe un riesgo residual que es admitido por el Derecho⁴⁹⁸. En segundo lugar, es posible que el hecho lesivo se impute a la propia víctima o persona lesionada, por lo que “*no existe objetivamente una arrogación de un ámbito de organización ajeno*”⁴⁹⁹. Por último, el autor sostiene que generalmente las empresas no son garantes de que en otra compañía relacionada no se cometan delitos, aunque existen excepciones donde haya una vinculación normativa entre empresas que justifique una

⁴⁹⁴ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 321.

⁴⁹⁵ Bernardo Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva* (Madrid: Editorial Reus, 2007), 181.

⁴⁹⁶ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 321. Klaus Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010), 173.

⁴⁹⁷ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 322.

⁴⁹⁸ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 182.

⁴⁹⁹ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 183.

posición de garante⁵⁰⁰. En los casos donde los *outputs* lesivos no constituyen delitos, “*la afectación al bien jurídico es típicamente irrelevante y, al no ser posible apreciar injusto alguno, ya no tiene sentido preguntarse qué personas físicas pertenecientes a la empresa tienen que responder penalmente*”⁵⁰¹”.

Una vez que se ha establecido la posibilidad de imputar el hecho al ámbito de organización empresarial, debe establecerse qué miembro o miembros deben responder individualmente. En el ámbito empresarial, no es muy común que los órganos superiores intervengan como autores directos en los hechos delictivos. Al contrario, lo que ocurre normalmente es que los directivos y mandos intermedios deciden las acciones que deben ejecutarse, impartiendo las instrucciones a sus subordinados, quienes ejecutan las órdenes⁵⁰². Así, en las organizaciones empresariales modernas ya no encontramos un autor que decida la realización de un hecho típico con conocimiento del alcance de su decisión, y que la ejecute⁵⁰³. Al contrario, existiría una “*desmembración entre actividad de dirección, facultad de información y poder de decisión que representa un problema central para la constatación de responsabilidad*”⁵⁰⁴”.

Dada esta situación, se ha dicho que no es posible ni conveniente aplicar a los delitos cometidos en el seno empresarial los criterios de imputación tradicionales en materia de intervención delictiva. La razón es que estos elementos, ideados para adecuarse a las formas tradicionales de la delincuencia patrimonial o violenta, giran alrededor de la figura del delincuente individual, que ejecuta de propia mano el delito⁵⁰⁵. Y su traslado a una delincuencia empresarial, de características sustancialmente distintas, implicaría concluir que la responsabilidad principal debiese concentrarse en los niveles más bajos de la organización, en los ejecutores, “*acentuándose, con ello, las dificultades siempre existentes para alcanzar a quienes, en los niveles más altos de dicha estructura, ostentan en definitiva el verdadero*

⁵⁰⁰ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 183.

⁵⁰¹ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 322.

⁵⁰² Cfr. Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 492.

⁵⁰³ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 129.

⁵⁰⁴ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 129.

⁵⁰⁵ Enrique Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, ed. por José Ramón Serrano-Piedecasas (Madrid: COLEX, 2008), 161-162.

*poder de decisión*⁵⁰⁶”. Actuar de esta forma implicaría una merma en la eficacia preventiva de las normas penales⁵⁰⁷. Asimismo, este tipo de imputación sería contrario a la práctica jurisprudencial comparada, que normalmente no suelen castigar al subordinado ejecutor por delitos cometidos en el seno empresarial⁵⁰⁸.

Para hacerse cargo de los delitos cometidos en el seno empresarial, se ha dicho en doctrina que debe evitarse la solución de responsabilizar preferentemente a quienes ejecutan el hecho (normalmente los últimos eslabones de la cadena de mando)⁵⁰⁹. Al contrario, debe preferirse el modelo denominado *top-down*, o de arriba-abajo, que toma como punto de partida la responsabilidad preferente de los directivos de la empresa, y luego la extiende en caso de ser necesario a los mandos medios y al resto de los empleados de la organización⁵¹⁰. Peñaranda señala que este modelo es preferible en atención a consideraciones de justicia material y político-criminales⁵¹¹.

De esta forma, la doctrina está de acuerdo con que por razones político-criminales es necesario castigar penalmente al superior jerárquico por los hechos cometidos por sus empleados subordinados (aunque no intervengan en fase ejecutiva) por el diseño del plan delictivo o por su aportación al hecho en la fase decisoria en forma previa a la ejecución⁵¹². Sin embargo, existe una divergencia de opiniones en cuanto a la figura concreta de intervención que se le atribuirá al órgano directivo, planteándose soluciones relacionadas tanto con distintas formas de autoría como de participación⁵¹³.

Ahora bien, se ha dicho por Schünemann que, aun cuando la imputación *top-down* “parezca evidente a primera vista y sea de todos modos popular, debe analizarse

⁵⁰⁶ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 161-162.

⁵⁰⁷ Carlos Martínez-Buján, «Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresarial. Peculiaridades a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal español)», en Eduardo Crespo, *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 248.

⁵⁰⁸ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 156.

⁵⁰⁹ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 155.

⁵¹⁰ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 164.

⁵¹¹ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 164.

⁵¹² Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 89.

⁵¹³ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 89.

cuidadosamente su compatibilidad con los principios fundamentales del Derecho penal, y, en consecuencia, debe limitarse⁵¹⁴”.

A continuación, se analizarán dos figuras a nivel doctrinario que han buscado responsabilizar de *lege lata* a los órganos superiores de las empresas a título de autores cuando ordenan la comisión de delitos a sus subordinados.

b. Autoría mediata por aparatos organizados de poder

El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata fue desarrollado por Roxin en 1963. La idea del jurista era que habían tres formas prototípicas en las que se puede dominar un hecho sin intervenir en la ejecución: forzando al autor, engañándolo o disponiendo de un aparato que asegure la ejecución de órdenes sin fuerza o engaño, puesto que el aparato garantiza la ejecución, aunque falle una persona concreta⁵¹⁵.

Roxin plantea que este modelo de autoría mediata nació a raíz de la necesidad de condenar adecuadamente los crímenes del régimen nacionalsocialista alemán⁵¹⁶. Así, considera el jurista, cuando los jefes nazis daban una orden de matar a una o varias personas, estos podían estar seguros de su ejecución, toda vez que si uno de los subordinados ejecutores se negaran, el delito era realizado por otro⁵¹⁷. En tal caso, plantea Roxin, “[...] *es autor mediato todo aquel que se sienta al lado de la palanca de mando de un aparato de poder -da igual en qué nivel de jerarquía- y puede conseguir, mediante una orden o instrucción, que se cometan con independencia de la individualidad o individualización del ejecutor*⁵¹⁸”.

Como puede apreciarse, en este tipo de autoría mediata, la organización delictual “*despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona “automáticamente”, sin que importe la persona individual del ejecutor*”, como si se tratara

⁵¹⁴ Bernd Schünemann, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa dificultades relativas a la individualización de la imputación», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 55 (2002):11.

⁵¹⁵ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 111.

⁵¹⁶ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 111.

⁵¹⁷ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 111.

⁵¹⁸ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 111-112. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 272.

de una maquinaria que utilizan los gobiernos dictatoriales para eliminar a los opositores o determinados grupos de personas⁵¹⁹. Para realizar esto, el que imparte las órdenes no actúa coaccionando al subordinado, ni induciéndolo a error, toda vez que sabe que si uno de los órganos que intervienen en los delitos incumple su cometido, le va a suplir otro ejecutor, por lo que no se afectará la ejecución del plan global⁵²⁰.

De esta forma, el factor que fundamenta el dominio de la voluntad en estos casos de autoría mediata es la fungibilidad del ejecutor, es decir, su sustituibilidad casi sin límites, puesto que “[...] *el que actúa de manera inmediata es sólo una “pieza o ruedecilla” intercambiable en el engranaje del aparato de poder*⁵²¹”. Sin perjuicio de que estamos frente a un ejecutor directo que ha actuado en forma libre y responsable, culpablemente y de propia mano, de todas formas existirá un dominio por parte de un sujeto de atrás, “*porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible*⁵²²”. Este sujeto de atrás será un “autor detrás del autor”.

De todas formas, el subordinado ejecutor de propia mano puede ser hecho responsable penalmente como autor inmediato⁵²³, aunque sea al mismo tiempo un engranaje dentro de la maquinaria de la organización, “*y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer*⁵²⁴”.

Posteriormente, Roxin ha señalado que existen cuatro condiciones para la configuración del dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata. En primer lugar, sostiene que debe haber un “poder de mando”, es decir, que el autor mediato debe tener autoridad suficiente para impartir órdenes, ejerciendo esa facultad para configurar realizaciones delictivas⁵²⁵. Por otra parte, el aparato del poder debe estar desvinculado del ordenamiento jurídico, de acuerdo con la valoración jurídica del momento en que se evalúa⁵²⁶. En tercer lugar, quienes ejecutan el último acto que realiza el tipo deben ser

⁵¹⁹ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 272.

⁵²⁰ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 272.

⁵²¹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 112.

⁵²² Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 273.

⁵²³ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 272.

⁵²⁴ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 273.

⁵²⁵ Claus Roxin, «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata», *Revista de Estudios de la Justicia*, nº7 (2006): 16.

⁵²⁶ Roxin, «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata», 16.

personas fungibles, es decir, sustituibles en cuanto ejecutores⁵²⁷. Por último, debe existir una “disponibilidad al hecho del ejecutor considerablemente elevada⁵²⁸”.

Esta construcción teórica ha tenido un gran éxito en la doctrina y jurisprudencia alemana⁵²⁹, aunque ha sido más discutida en la doctrina española⁵³⁰.

De acuerdo con su creador, esta figura de autoría mediata sería aplicable para las organizaciones que se encuentren en su conjunto al margen del ordenamiento jurídico⁵³¹. Esta característica se encontraría en dos tipos de casos: (i) Organizaciones que ostentan el poder estatal que cometen delitos en el seno de éste; y (ii) Movimientos clandestinos, organizaciones secretas y bandas criminales, que detenten una organización tal que se comporten como un “Estado dentro del Estado”⁵³².

La jurisprudencia alemana, y ciertas posiciones doctrinarias, han trasladado la figura de los aparatos organizados de poder a las empresas, aunque esta extensión de la construcción dogmática ha sido cuestionada por la mayor parte de la doctrina, debido a la aparente incompatibilidad de las condiciones establecidas por Roxin con el funcionamiento práctico de la criminalidad empresarial⁵³³.

El mismo Roxin responde que, en el caso de las organizaciones empresariales modernas, falta generalmente la condición de intercambiabilidad de los ejecutores, tal como ocurre en las organizaciones que se han apartado del Derecho respecto de los delitos cometidos por ellas⁵³⁴. Esta desvinculación del Derecho no ocurre en las empresas (y sí en los aparatos estatales y criminalidad organizada) puesto que si “*en una empresa que participa en el tráfico económico en el marco del ordenamiento jurídico un jefe de sección incita a un empleado a cometer una falsificación de documento, en caso de que se lleve a cabo sólo es inductor del hecho cometido como autor por el empleado. Pues en una organización que*

⁵²⁷ Roxin, «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata», 17 y 18.

⁵²⁸ Roxin, «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata», 19 y 20.

⁵²⁹ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 168; Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 112.

⁵³⁰ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 168.

⁵³¹ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 277.

⁵³² Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 277 y 278; 729.

⁵³³ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 169. Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 123 y 125.

⁵³⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 121.

*opera sobre la base del Derecho debe esperarse que no se obedezcan instrucciones u órdenes antijurídicas*⁵³⁵. A modo de ejemplo, el jurista cita un fallo de 1997 del Tribunal Supremo Federal alemán⁵³⁶, señalando que “*el dominio del hecho sostenido por la voluntad de autor de los gerentes de deduce de que habrían “abierto y trazado el camino” hacia la eliminación ilegal de residuos*⁵³⁷”. Sin embargo, Roxin afirma a continuación que “*abrir y trazar el camino al delito es el papel típico del inductor*⁵³⁸”, por lo que no cabría sancionar en este caso a los gerentes a título de autores.

En la doctrina española, Muñoz-Conde, Corcoy y Bolea afirman de manera categórica que esta teoría no puede ser aplicada a los delitos empresariales⁵³⁹. A su vez, Faraldo ha sostenido que no puede considerarse a la empresa como aparato organizado de poder, toda vez que este tipo de organización no actúa al margen del ordenamiento jurídico, con la excepción de empresas que se dedican única o principalmente a la comisión de delitos como actividad⁵⁴⁰.

Peñaranda afirma que las organizaciones empresariales contemporáneas difícilmente se identifican con estructuras de poder con una estricta jerarquización, apreciándose más bien un fenómeno de descentralización de los procesos de toma de decisión y de ejecución de las tareas, lo que las diferencia de los aparatos organizados a que hacía referencia esta figura originalmente⁵⁴¹. Asimismo, cuestiona su aplicación en las empresas puesto que “*sería asimismo difícilmente predicable del personal de estas empresas la intercambiabilidad y fungibilidad generalmente requeridas para dichos aparatos, pues aquellas precisan, cada*

⁵³⁵ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 121.

⁵³⁶ BGHSt 43,219. Explicado brevemente en Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 122.

⁵³⁷ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 122.

⁵³⁸ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 122.

⁵³⁹ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 80-83, Mirentxu Corcoy, «Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento», en Eduardo Crespo, *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 98; Carolina Bolea, *Autoría mediata en Derecho Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2000), 400 y 401.

⁵⁴⁰ Patricia Faraldo, «Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa», en *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, ed. por José Ramón Serrano-Piedecabras (Madrid: COLEX, 2008): 107-111, 122. Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 496-497.

⁵⁴¹ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 171.

vez en mayor grado, de trabajadores muy especializados y altamente cualificados que no pueden ser sustituidos a voluntad”⁵⁴².

Por último, Gómez-Jara sostiene que, si bien el dominio de la organización se muestra como un instrumento inadecuado para establecer responsabilidades penales individuales dentro de la empresa, puede ser “una herramienta teórica adecuada para relacionar dos niveles de responsabilidad diferenciados”, es decir, la responsabilidad penal individual y la de la empresa⁵⁴³.

Así, en suma, se ha criticado al traslado de la autoría mediata por aparatos organizados de poder por tres grupos de argumentos. En primer lugar, se cuestiona la fungibilidad del ejecutor, toda vez que los ejecutores subordinados requieren cierta cualificación, por lo que no siempre son fácilmente intercambiables⁵⁴⁴. A raíz de esto, si el trabajador se niega a cumplir la orden, el delito no se cometería⁵⁴⁵. De todas formas, se ha mencionado por parte de la doctrina que el requisito sí se cumpliría en algunas estructuras empresariales, dependiendo de su funcionamiento interno⁵⁴⁶. En segundo lugar, se ha sostenido que las organizaciones empresariales no tienen una estructura jerárquica tan rígida como la que tienen los aparatos organizados de poder, por lo que el requisito del “poder de mando” no se cumpliría (el incumplimiento de las órdenes puede llevar a lo máximo al despido de la organización)⁵⁴⁷. Por último, se sostiene que las empresas no funcionan desvinculadas del ordenamiento jurídico, salvo contadas excepciones⁵⁴⁸.

Debido a las razones mencionadas, gran parte de la doctrina ha rechazado la aplicación de este tipo de autoría mediata a las estructuras empresariales, así como también lo ha hecho la jurisprudencia española⁵⁴⁹. A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo español afirmó, en el fallo relativo a los atentados terroristas de Madrid en 2004, que no se puede aplicar la figura doctrinaria al caso concreto en la medida en que no se cumplan

⁵⁴² Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 171-172.

⁵⁴³ Carlos Gómez-Jara, «¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas», *Cuadernos de Política Criminal*, N°88 (2006): 150-151.

⁵⁴⁴ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 95.

⁵⁴⁵ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 95.

⁵⁴⁶ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 95.

⁵⁴⁷ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 95.

⁵⁴⁸ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 95-96.

⁵⁴⁹ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 96.

copulativamente todos sus requisitos⁵⁵⁰. En materia empresarial, el máximo tribunal español ha reconocido el valor e importancia de la tesis del dominio por organización⁵⁵¹, pero no la aplica para sancionar a los órganos superiores empresariales a título de autores mediatos⁵⁵².

c. Coautoría vertical

i. Coautoría vertical desde la teoría del dominio del hecho.

Como se ha mencionado *supra I.B.c.i.*, Roxin (en tanto principal exponente de la teoría del dominio del hecho), considera que existen tres requisitos para configurar una coautoría, o “dominio funcional del hecho”, en la intervención delictiva. En primer lugar, se requiere un plan conjunto o común del hecho, lo que presupone un acuerdo de voluntades entre los coautores con división del trabajo⁵⁵³. En segundo lugar, se requiere una actuación por parte de los coautores en la fase ejecutiva, no bastando una intervención en la fase preparatoria⁵⁵⁴. Para Roxin, esta característica no implica que las contribuciones de los intervinientes sean realizados en forma simultánea, sino que pueden desplegarse en cualquier momento de la fase ejecutiva, esto es, desde el principio de la tentativa hasta la conclusión del hecho⁵⁵⁵. En cambio, sostiene el autor, “*quien presta una contribución al hecho, por importante que sea, en la fase preparatoria, pero deja o confía después a otro la ejecución, suelta de sus manos el hecho antes de su realización y renuncia con ello -salo en los casos de autoría mediata- a su dominio*”⁵⁵⁶. Por último, sostiene Roxin, la contribución al hecho en fase ejecutiva debe ser de carácter esencial, característica que se cumple si el interviniente ejerce una acción en la fase ejecutiva de la que depende el éxito del plan delictivo⁵⁵⁷. Esta contribución esencial puede consistir en actos ejecutivos relevantes para la realización del delito, o también en acciones ejecutivas no típicas cuando éstas son importantes para la realización del tipo⁵⁵⁸.

⁵⁵⁰ STS, 17 de julio de 2008. Citado por Benito, en «Problemas específicos de autoría y participación», 96.

⁵⁵¹ STS, 30 de octubre de 2012. Citado por Benito, en «Problemas específicos de autoría y participación», 97.

⁵⁵² Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 96.

⁵⁵³ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 147.

⁵⁵⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 151.

⁵⁵⁵ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 151.

⁵⁵⁶ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 151.

⁵⁵⁷ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 157.

⁵⁵⁸ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 157.

El jurista señala que la estructura de la coautoría es eminentemente horizontal. Admitiendo una coautoría de carácter vertical, se igualaría y desdibujaría la diferencia de estructura entre las figuras de autoría mediata y coautoría. Esta confusión permitiría, a juicio del autor, “*redefinir sin más una influencia no plenamente suficiente para una autoría mediata como coautoría y ampliar así discrecional o arbitrariamente la autoría a costa de la participación*⁵⁵⁹”. En realidad, considera el autor, la autoría mediata posee una estructura vertical, y la coautoría una estructura horizontal.

Como solución alternativa, Roxin señala que un jefe “*que depende del cumplimiento voluntario de sus instrucciones u órdenes y, por lo demás, no interviene o se implica en el suceso es realmente inductor como cualquier otro que se limita a la provocación de delitos. Ello no constituye un inconveniente político-criminal, porque al inductor se le castiga exactamente igual que al autor*⁵⁶⁰”. En particular con respecto al ámbito de la delincuencia empresarial, Roxin sostiene la misma conclusión, a saber, que es problemática una coautoría “*entre personas de dirección y de ejecución*⁵⁶¹”.

Sin embargo, el jurista admite que existe una necesidad dogmática de castigar como autores a los directivos de las empresas por los delitos cometidos por sus empleados, en la medida en que los hayan instigado, fomentado, o no impedido⁵⁶². Por tanto, abre la posibilidad de castigar al empresario en virtud de las reglas de los delitos de infracción de deber, en virtud de su posición de garante⁵⁶³. Así, en esta alternativa daría igual si su contribución al hecho consiste en una conducta activa u omisiva, procediendo una “*autoría mediata en virtud de posición de deber*⁵⁶⁴”⁵⁶⁵.

En el mismo marco de la teoría del dominio del hecho, parte de la doctrina española ha entendido que deben reformularse los elementos clásicos de la coautoría para admitir esta

⁵⁵⁹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 119.

⁵⁶⁰ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 156.

⁵⁶¹ Roxin, «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata», 21 y 22.

⁵⁶² Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 123-124.

⁵⁶³ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 124.

⁵⁶⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 124. El autor sostiene que esta solución ha tenido recepción en el artículo 13 del Corpus Iuris para la protección o tutela de los intereses financieros de la Unión Europea.

⁵⁶⁵ La solución de la comisión por omisión (propia de los delitos de infracción de deber) desarrollada latamente en la doctrina comparada, trasciende los objetivos de esta investigación, y por lo demás la omisión impropia en Chile tiene un campo de aplicación muy reducido, limitado en nuestro Código a los crímenes o simples delitos contra las personas (artículo 492 del Código Penal chileno).

figura en la delincuencia empresarial, toda vez que la aportación esencial al hecho no proviene del ejecutor material, sino que del superior que ordena en la fase previa a la ejecución⁵⁶⁶. Esto, toda vez que en la delincuencia empresarial existe una disociación entre quienes toman las decisiones y quienes las ejecutan, teniendo los primeros el papel más relevante⁵⁶⁷. Asimismo, en cuanto a la ausencia de acuerdo previo entre el órgano directivo y el subordinado, este acuerdo puede comprenderse de forma tácita o como una determinación del subordinado de adecuarse a la configuración del hecho punible⁵⁶⁸.

En particular, Muñoz-Conde ha planteado que la intervención en la etapa ejecutiva no es un requisito necesario para la existencia del co-dominio del hecho, siendo éste un residuo de la teoría objetivo-formal⁵⁶⁹. Así, el autor dice que, en casos donde el principal responsable o artífice del delito no está presente en la ejecución, pero “*en inmediata conexión con ella, la controla y decide su realización*”, la coautoría se adapta mejor que otras categorías de autoría y participación⁵⁷⁰. Muñoz-Conde admite la divergencia con la doctrina dominante de la teoría del dominio del hecho, que exige un acuerdo de voluntades y una intervención de todos los coautores *en la ejecución* del delito⁵⁷¹. De esta forma, el autor no admite solamente una coautoría ejecutiva, sino también una coautoría de aportes esenciales que sean realizados en la etapa preparatoria⁵⁷². Una solución contraria, afirma Muñoz-Conde, sería excesivamente formalista, restringiendo en forma inadmisibile el concepto de coautoría, “*dejando fuera de su ámbito intervenciones personales tan graves y directamente lesivas del*

⁵⁶⁶ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 99.

⁵⁶⁷ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 99.

⁵⁶⁸ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 99.

⁵⁶⁹ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 173. Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 66-68.

⁵⁷⁰ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 66.

⁵⁷¹ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 66.

⁵⁷² Cfr. Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 66.

*bien jurídico como la propia realización ejecutiva*⁵⁷³”. Para llegar a un sano equilibrio, evitando ampliar excesivamente la autoría en desmedro de la autorización, habría que llevar a cabo “una valorización global y realista de la fenomenología criminal de algunas formas específicas de criminalidad, asumiendo que en ellas hay conductas que aun no siendo directamente ejecutivas, tienen una vinculación tan directa e inmediata con la ejecución del hecho y con la lesión del bien jurídico, que deben valorarse como una parte integrante y fundamental de su realización”⁵⁷⁴”.

Con respecto a las empresas, Muñoz-Conde afirma que debe cambiarse de paradigma, estableciendo en primer lugar la responsabilidad de los directivos de una organización, que deciden, organizan y controlan la realización de delitos, pese a que luego no intervengan en su ejecución⁵⁷⁵. Así, deben considerarse coautores quienes, sin realizar acciones ejecutivas, “deciden y controlan la realización de un delito”⁵⁷⁶”, toda vez que en el ámbito empresarial las funciones decisorias son jurídica, social y económicamente más importantes que las ejecutivas⁵⁷⁷.

Martínez-Buján critica esta aproximación, diciendo que, aún cuando se mantenga el requisito de la necesidad de contribución en la fase ejecutiva, no es correcto caracterizar esta intervención como autoría, toda vez que se incluye dentro de la coautoría intervenciones que, aunque simultáneas a la realización del hecho típico y esenciales para la comisión del hecho punible, no revisten por sí mismas la cualidad de ser actos ejecutivos típicos⁵⁷⁸. Al contrario,

⁵⁷³ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 67.

⁵⁷⁴ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 68.

⁵⁷⁵ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 76.

⁵⁷⁶ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 76.

⁵⁷⁷ Muñoz Conde, «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?», 77.

⁵⁷⁸ Martínez-Buján, «Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresarial. Peculiaridades a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal español)», 248-249.

son contribuciones a la ejecución que realiza otro, el autor, lo que implica calificar como coautoría lo que no es más que un “dominio negativo del hecho⁵⁷⁹”.

En los mismos términos, Díaz y García Conlledo critica el requisito de la esencialidad de la contribución en los términos en que lo plantea Roxin, puesto que este dominio negativo implicaría solamente un poder sobre la no-producción del hecho (es decir, poder de interrupción del hecho)⁵⁸⁰. Sin embargo, un concepto restrictivo de autor exige que se requiera un elemento de dominio positivo para que la aportación del coautor sea esencial⁵⁸¹. Esta determinación o dominio positivo ocurre cuando la conducta del interviniente “*marca o configura decisivamente y sin dejar libre capacidad de respuesta el curso del acontecer típico, (el curso causal), fija el si y el cómo del mismo, e impulsa forzosamente o desvía las cosas en una determinada dirección, concretamente, hacia la producción del resultado*”⁵⁸².

Asimismo, se ha mencionado que aceptar el dominio funcional del hecho entre un ejecutor material con un superior jerárquico que da una orden y organiza el hecho en fase preparatoria supondría revisar los presupuestos tradicionales de la coautoría, en particular el acuerdo de voluntades y la aportación de cada coautor en la fase de ejecución⁵⁸³. De acuerdo con Benito, “*ambos requisitos son muy difíciles de observar en los delitos cometidos en el seno de estructuras jerárquicamente organizadas, en las que [...] rigen principios como la división del trabajo y la jerarquía, lo que supondrá en multitud de ocasiones que la decisión de llevar a cabo un delito no se tome conjuntamente entre el superior y el subordinado (es decir, no hay acuerdo de voluntades), y mucho menos, que se ejecute conjuntamente. El superior decidirá y ordenará, y el subordinado ejecutará la orden*”⁵⁸⁴. Por último, se ha criticado en la doctrina española que, si se admite que la colaboración del coautor sea en fase preparatoria, resultaría muy difícil distinguir al coautor del cooperador necesario⁵⁸⁵, figura que no existe en nuestro país.

⁵⁷⁹ Martínez-Buján, «Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresarial. Peculiaridades a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal español)», 248-249.

⁵⁸⁰ Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 670.

⁵⁸¹ Escobar, *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 172.

⁵⁸² Escobar, *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 118-119.

⁵⁸³ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 98.

⁵⁸⁴ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 100.

⁵⁸⁵ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 100.

ii. Coautoría vertical desde las teorías de la competencia.

Las teorías normativistas, como se indicó *supra I.B.c.ii*, tienen como principal exponente a Günther Jakobs. El jurista considera que las características para la concurrencia de la coautoría son la decisión común del hecho y la intervención en el curso del delito a título de autor⁵⁸⁶. Sin embargo, sostiene que “*la coautoría concurre cuando, según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo*”⁵⁸⁷. Como puede observarse, no es un requisito para la concepción jakobsiana que el aporte haya sido realizado en la etapa de ejecución del delito.

Jakobs fundamenta esta idea sosteniendo que “*la medida y la intensidad de la configuración de un delito no cometido de propia mano son independientes del momento del influjo*”, por lo que se puede ser coautor realizando una aportación en la fase preparatoria⁵⁸⁸. Si bien admite que el hecho que la sola ejecución de aportaciones precedentes haya posibilitado el hecho no implica autoría, sostiene que podría ser coautor quien “*mediante promesas o anuncio de represalias, etc., dirige la motivación del ejecutor hacia la ejecución, sin que el influjo alcance la medida necesaria para la autoría mediata*”⁵⁸⁹. Jakobs señala que efectivamente el interviniente no ejecutor participa en menor medida en el dominio material, sin embargo, “*este minus puede quedar compensado por un plus en el dominio material, en forma de dominio de la configuración, que se ejerce en el estadio de la preparación. Incluso sin intervención alguna en el dominio de la decisión es posible la coautoría a través de la configuración o al menos configuración conjunta*”⁵⁹⁰.

De todas formas, el autor señala que las configuraciones del hecho, consistentes en la disposición del suceso que realiza el tipo en su desenvolvimiento concreto, consisten en “*la organización del autor, del objeto del hecho, de la medida de su lesión, del medio [...]*”, entre otros. Así, el interviniente declarado como coautor debe codeterminar esta

⁵⁸⁶ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 746.

⁵⁸⁷ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 745-746.

⁵⁸⁸ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 750.

⁵⁸⁹ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 750.

⁵⁹⁰ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 750.

configuración mediante acciones que determinen el curso delictivo. Jakobs sostiene en este sentido que “*un mero consejo o una mera propuesta no suelen determinar la configuración, sino sólo su ejecución*⁵⁹¹”. En contraste, “*es coautor es particularmente el jefe de la banda, que determina los objetos del hecho y la forma de ataque, aun cuando él no tome parte en la ejecución*⁵⁹²”.

Así, en la coautoría vertical, Jakobs sostiene que si el ejecutor material actúa con pleno conocimiento de los hechos del delito y con plena libertad para decidir cometerlo, tanto quien dicta la orden como el ejecutor deben ser calificados como coautores⁵⁹³. Esto supone que el dominio funcional del hecho abarca funciones de decisión, dirección u organización⁵⁹⁴. Sin embargo, Corcoy afirma que la teoría jakobsiana llegaría a distintas conclusiones en el ámbito empresarial, toda vez que “*el dominio que fundamenta la autoría surge de las competencias que ostenten los intervinientes en relación con la actividad en que se comete el delito. Por ello, es factible que el ejecutor sea calificado como partícipe si únicamente incumple, por ejemplo, el deber de informar, o si no tiene una competencia efectiva por no tener capacidad de decisión. En definitiva, para que la competencia fundamente la autoría es necesario que el sujeto tenga la capacidad real de decidir si realiza o no esa actividad delictiva*⁵⁹⁵”.

Una similar posición sostiene Tiedemann, quien afirma que, si el órgano superior empresarial “*ordenara a sus ayudantes a emprender acciones que, como tales, realizaran el tipo penal, entonces, en la instrucción no solamente habrá, por regla general, una inducción, sino una autoría. Al faltar en los instruidos un propio dominio del hecho y de la voluntad, ellos serán, por regla general, meros cómplices. Aunque no se excluye por completo la admisión de una coautoría, su probabilidad disminuirá mientras más se acerque uno al nivel más bajo de la jerarquía*⁵⁹⁶”.

⁵⁹¹ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 751.

⁵⁹² Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 751.

⁵⁹³ Corcoy, «Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento», 102.

⁵⁹⁴ Corcoy, «Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento», 102.

⁵⁹⁵ Corcoy, «Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento», 102.

⁵⁹⁶ Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*, 175.

En la doctrina española, Feijoo afirma que la autoría tiene que ver con la idea de dominio normativo o competencial del hecho, en vez de una determinación objetivo-causal de éste⁵⁹⁷. En ese sentido, existen muchos casos en que varias personas intervienen respecto de un mismo hecho delictivo dentro de una organización empresarial, estando aquí frente a una *“lesión conjunta de deberes que da lugar a una imputación compartida del hecho delictivo”*⁵⁹⁸. Esta lesión conjunta de deberes configuraría una competencia conjunta de varios intervinientes con respecto a un hecho delictivo que, por tanto, es obra de todos ellos. Luego, hay que ver si esa contribución es entendida como coautoría, cooperación necesaria o complicidad. El jurista sostiene que son coautores los intervinientes a quienes puede imputársele directamente el hecho típico o el riesgo creado por la organización en virtud de su competencia preferente, mientras que los partícipes serán imputados del hecho accesoriamente a través de los autores, responsables directos del hecho típico⁵⁹⁹.

Feijoo descarta la autoría mediata por aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial, pero señala que es posible afirmar una coautoría vertical en la empresa, con dos personas responsables de un mismo hecho, en virtud de una competencia compartida por un hecho por razones normativas distintas⁶⁰⁰. Si falta algún requisito formal para la coautoría, el superior jerárquico empresarial podrá ser hecho responsable como cooperador necesario⁶⁰¹.

A su vez, Gómez-Jara defiende la posibilidad de castigar a los órganos directivos de las empresas como coautores en base a una concepción normativa de la coautoría, toda vez que *“la existencia de una organización estructurada fundadamente en el régimen de división de trabajo fundamenta la vinculación de las aportaciones de los distintos partícipes, debiendo atenderse a la unidad de sentido global que adquieren dichas aportaciones en virtud de la vinculación referida y del peso cuantitativo de cada una de ellas. En ese sentido, la imputación objetiva se constituye en un criterio decisivo para determinar normativamente*

⁵⁹⁷ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 211-212.

⁵⁹⁸ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 214.

⁵⁹⁹ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 218.

⁶⁰⁰ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 222.

⁶⁰¹ Feijoo, *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*, 223.

*cuándo existe una vinculación comunicativamente relevante entre las distintas aportaciones*⁶⁰²”.

Roxin critica la postura jakobsiana, señalando que es incorrecta la posición que concibe que el coautor puede intervenir en fase preparatoria, toda vez que la delimitación entre la autoría y participación sería demasiado vaga. En efecto, sostiene Roxin, “*sobre qué plus de intervención en la preparación compensa el minus de dominio del hecho en la ejecución son posibles las opiniones más diversas en el caso concreto. Además, me parece que supone transformar participación en autoría el hacer ascender a autoría, dando un rodeo por la coautoría, acciones de determinación del hecho que para la autoría mediata no presentan el suficiente dominio y que se deberían, por tanto, calificar de inducción*⁶⁰³”.

En una línea parecida, Peñaranda sostiene que las corrientes normativistas no han logrado aportar una fundamentación convincente de la coautoría, toda vez que la apelación a la existencia de un dominio funcional del hecho por parte de los coautores no impide ocultar que cada coautor únicamente domina de un modo positivo su contribución personal al hecho, y que tiene solamente un dominio de carácter negativo respecto de las contribuciones de los demás⁶⁰⁴. Este dominio negativo también puede darse en formas de participación como inducción y complicidad, si los ejecutores se comportan de un modo plenamente consciente, libre y responsable⁶⁰⁵. El autor afirma que el problema no es que se amplíe el concepto de autor a quienes no realizan estrictamente el tipo, sino que la fórmula de dominio funcional, que se sostiene en base a una similitud con el dominio ejercido por el autor individual, no ofrece unos contornos precisos a la noción de realización conjunta del hecho, y se corre el riesgo de incluir en ella todo tipo de conductas de los intervinientes⁶⁰⁶. Por último, Peñaranda sostiene que es cuestionable la claridad que confiere el concepto de dominio normativo, o los roles o competencias para atribuir la calidad de autor a un interviniente, debido a su escasa precisión conceptual⁶⁰⁷.

⁶⁰² Carlos Gómez-Jara, *Cuestiones Fundamentales de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial* (Montevideo: B de F, 2014), 198 y 199.

⁶⁰³ Roxin, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, 736-737.

⁶⁰⁴ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 175.

⁶⁰⁵ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 175.

⁶⁰⁶ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 176.

⁶⁰⁷ Peñaranda, «Autoría y participación en la empresa», 177.

En una posición quizás más extrema de corriente normativista, Robles Planas sostiene que las dificultades de la dogmática tradicional para hacerse cargo los problemas de autoría y participación en los delitos empresariales pueden superarse a través de *“un sistema de intervención en el delito en la medida en que desgaja la autoría de la ejecución y prescinde del dato del dominio del hecho, de manera que conductas no ejecutivas ni con dominio del hecho, pero con mucho significado para la configuración del hecho, son de «autoría»⁶⁰⁸”*.

Con respecto a la autoría de los administradores de las empresas, Robles Planas sostiene que no es satisfactorio calificar de inductor o cooperador necesario a quien imparte instrucciones para la realización de una conducta activa, toda vez que la conducta del subordinado ejecutor sería neutral, por lo que no sería posible construir accesoriamente la responsabilidad del superior como partícipe dada la ausencia de un hecho principal cometido a título de autor al que se ligue⁶⁰⁹. Por otra parte, critica la solución de la coautoría, pues falta la decisión en común del hecho la resolución conjunta entre el superior que imparte las instrucciones y el subordinado ejecutor, y la de la autoría mediata por dominio de la organización en la empresa, puesto que el subordinado es autorresponsable⁶¹⁰.

En virtud de la insatisfacción de las soluciones antes mencionadas, Robles Planas afirma que *“la estructura fundamental que subyace a la posición de los administradores habrá de girar en torno a la noción de «autoría no ejecutiva», sin más⁶¹¹”*. La fundamentación de lo anterior es que el superior jerárquico sería el máximo competente de evitar que la determinación delictiva de un subordinado se materialice en una realización típica⁶¹². En estos casos, estaríamos ante autorías directas no ejecutivas, puesto que el subordinado obra neutralmente, por lo que al único a quien puede imputarse la realización del tipo es al superior empresarial, al haber generado el riesgo en forma desaprobada⁶¹³. De esta forma, no realizan el hecho por sí solos (como establece el Código Penal español para la autoría directa) solamente quienes ejecutan de propia mano el hecho, *“sino también*

⁶⁰⁸ Ricardo Robles Planas, «Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo», en *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, ed. por Jesús María Silva Sánchez, 121-163 (Barcelona: Atelier, 2020), 146.

⁶⁰⁹ Robles Planas, «Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo», 146.

⁶¹⁰ Robles Planas, «Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo», 147.

⁶¹¹ Robles Planas, «Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo», 148.

⁶¹² Robles Planas, «Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo», 148.

⁶¹³ Robles Planas, «Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo», 148.

*aquellos que lo realizan por una mano ajena a la que no se le puede imputar objetivamente el delito (al igual que sucede en los casos de ausencia de acción de la persona de delante). Allí donde la conducta del subordinado se integre plenamente en la esfera jurídica del superior, la ejecución del primero será siempre normativamente también del segundo*⁶¹⁴”. Para sustentar esta posición, Robles Planas alude a sentencias españolas, donde el Tribunal Supremo ha calificado como autoría a conductas no ejecutivas de superiores jerárquicos que imparten instrucciones a quienes ejecutan los hechos en forma neutral⁶¹⁵.

Como se desarrolló *supra I.B.c.ii*, estas posiciones normativistas han sido fuertemente criticadas. En particular, García del Blanco critica las posiciones de Jakobs y Robles Planas puesto a que su delimitación entre autoría y participación no entrega criterios suficientemente claros, lo que vulneraría el principio de legalidad⁶¹⁶.

⁶¹⁴ Robles Planas, «Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo», 148.

⁶¹⁵ Robles Planas, «Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo», 149.

⁶¹⁶ García del Blanco, *La coautoría en derecho penal*, 215.

IV. ¿PUEDEN TRASLADARSE ESTAS CONSTRUCCIONES DOGMÁTICAS AL DERECHO CHILENO?

A lo largo de este capítulo, se intentará dar respuesta a la pregunta de investigación de esta memoria, a saber, si es posible castigar a título de autor al órgano superior empresarial que dicta una orden a un subordinado para que ejecute un delito doloso de dominio, de acuerdo con las reglas de autoría y participación en Chile. Cabe destacar que el análisis a realizar abarcará únicamente las posibilidades de solución de autoría activas por parte de los órganos superiores empresariales, consistentes en la coautoría y la autoría mediata. La solución de la comisión por omisión (propia de los delitos de infracción de deber) desarrollada latamente en la doctrina comparada, trasciende los objetivos de esta investigación, y por lo demás la omisión impropia en Chile tiene un campo de aplicación muy reducido, limitado en nuestro Código a los crímenes o simples delitos contra las personas⁶¹⁷.

Para responder la pregunta de investigación, es necesario saber si las construcciones dogmáticas creadas por la doctrina a nivel comparado (y que se desarrollaron *supra III.*) se adecúan a lo que establece el Derecho penal nacional. Lo anterior, pues es perfectamente posible que las figuras que atribuyen la autoría al empresario que dicta una orden antijurídica a un subordinado tengan una base legal adecuada en los países donde fueron creadas, pero en el Código nacional no, atendida la antigüedad y las limitaciones conceptuales que tienen las reglas de intervención delictiva chilenas.

a. Principio de legalidad

Como se ha señalado previamente, cuando el intérprete establece la intervención de un individuo en un delito a título de autor directo, coautor, inductor, cómplice, etc., se está aplicando una norma de sanción penal⁶¹⁸. Este tipo penal se construye a partir de los preceptos de la Parte Especial y las reglas de autoría y participación del artículo 15 del Código

⁶¹⁷ Artículo 492 del Código Penal Chileno.

⁶¹⁸ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 1.1. Consideraciones previas.

Penal⁶¹⁹. Tomando en consideración esto, Contreras sostiene que “*en la medida en que estamos frente a tipos penales, en cuya aplicación debe observarse escrupulosamente el principio de legalidad, estos nunca pueden ser interpretados más allá del sentido literal que fija en cada caso la ley. Una interpretación que no respete el límite impuesto por el sentido literal, y que sólo se guíe por consideraciones de merecimiento de penal, representa una analogía creadora de delitos y, por tanto, es inadmisibile*⁶²⁰”.

A este respecto, cabe destacar que el Derecho penal económico sigue siendo una rama del Derecho penal, y no alcanza una autonomía conceptual que permita que se suavicen o atenúen las garantías tradicionales de las reglas punitivas. De esta manera, como presupuesto de este análisis, partimos de la base de que la respuesta a que se llegue debe seguir estrictamente la adecuación a los principios de legalidad y tipicidad penales.

Bustos y Hormazábal han señalado que el principio de legalidad representó la diferencia entre el Antiguo Régimen y la sociedad moderna, toda vez que “*al capricho y la arbitrariedad del soberano se opuso la voluntad definida y constante de la razón humana establecida en la ley*⁶²¹”. En ese sentido, el principio de legalidad manifiesta dos esenciales fundamentos de las sociedades contemporáneas: la exclusión de la arbitrariedad por parte de los poderes del Estado y el reconocimiento del derecho ciudadano de reconocer en forma previa las políticas que establece el aparato estatal⁶²².

En forma similar, Roxin explica que “*un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho penal, sino también del derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatán”*⁶²³”. Así, el principio de legalidad serviría para

⁶¹⁹ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 1.1 Consideraciones previas.

⁶²⁰ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 1.1. Consideraciones previas.

⁶²¹ Juan Bustos y Hernán Hormazábal, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General* (Madrid: Trotta, 2006), 80.

⁶²² Bustos y Hormazábal, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 80.

⁶²³ Claus Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I* (Pamplona: Civitas, 1997), 137. Destacado es del autor.

evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva⁶²⁴.

En materia de creación de normas penales, el principio de legalidad se manifiesta a través de una serie de subprincipios. En lo que compete a esta investigación, la exigencia de taxatividad y certeza (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*) sostiene que las normas de sanción penales deben quedar definidas de tal manera que no permita “*la introducción subrepticia de la arbitrariedad*”⁶²⁵. Esta exigencia rechaza la utilización de conceptos vagos y la analogía, es decir, “*los supuestos en que se somete a una ley penal un hecho que según su tenor literal queda fuera de ella*”⁶²⁶. Así, el principio de legalidad en esta materia se configura a través de los mandatos de determinación, es decir, que la ley deba determinar en forma suficientemente diferenciada las conductas punibles, que se materializan en la exigencia de tipicidad del hecho⁶²⁷. Este es “*un aspecto material del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar cláusulas generales absolutamente indeterminadas*”⁶²⁸.

Con respecto a los límites de interpretación en el Derecho Penal, Roxin sostiene que el marco en que el juez interpreta una norma para subsumir un hecho punible en ella debe delimitarse por el sentido literal, basándose en el lenguaje común y corriente del texto de la ley⁶²⁹. La limitación del juez al tenor literal de la ley no sería arbitraria, toda vez que el legislador “*sólo puede expresar con palabras sus prescripciones; y lo que no se desprenda de sus palabras, no está prescrito, no “rige”*”⁶³⁰. Termina señalando Roxin que “*una aplicación del Derecho penal que exceda del tenor literal vulnera la autolimitación del Estado en la aplicación de la potestad punitiva y carece de legitimación democrática. Además el ciudadano sólo podrá incluir en sus reflexiones una interpretación de la ley que se desprenda de su tenor literal, de tal manera que pueda ajustar su conducta a la misma. Por ello, únicamente una interpretación dentro del marco del sentido literal posible puede*

⁶²⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I*, 137.

⁶²⁵ Bustos y Hormazábal, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 82.

⁶²⁶ Bustos y Hormazábal, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 86.

⁶²⁷ Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 117.

⁶²⁸ Mir, *Derecho Penal, Parte General*, 117.

⁶²⁹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I*, 148-149.

⁶³⁰ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I*, 149.

*asegurar el efecto preventivo de la ley y hacer que sea censurable la prohibición de interpretación*⁶³¹”.

De esta forma, la respuesta que se formule a la pregunta de investigación deberá tener en consideración que en la interpretación del Derecho Penal, como Derecho de última ratio, tiene que garantizarse el respeto al principio de legalidad, manifestado en la tipicidad penal, es decir, en la adecuación al tenor literal de la ley, en relación con los tipos penales que regulan la intervención delictiva en el Código Penal chileno.

Así, como se ha indicado, hay que considerar que los tipos penales que regulan la autoría y participación en España y Alemania son bastante distintos a los chilenos, por lo que no es posible trasladar sin más las conclusiones dogmáticas y jurisprudenciales comparadas a nuestro país.

En primer lugar, en el Derecho nacional la coautoría no se rige por un concepto relativamente abstracto como en Alemania, donde su respectiva norma establece que “*si varios cometen el hecho punible en común, cada uno de ellos será castigado como autor (coautor)*”⁶³², o como en España, cuyo Código Penal establece la coautoría como la realización de un hecho *conjuntamente*⁶³³. Por contraste, en la ley chilena la coautoría está limitada por las descripciones empíricas que establece el artículo 15, tanto en el caso de la coautoría ejecutiva como de la no ejecutiva⁶³⁴. En segundo lugar, en la autoría mediata, el Código Penal alemán castiga como autor mediato “*a quien cometa el hecho punible [...] mediante otro*”⁶³⁵, y en España a quienes “*realizan el hecho [...] por medio de otro del que se sirven como instrumento*”⁶³⁶. Por su parte, en Chile la autoría mediata se castiga cuando se “*fuerza*” a otro a ejecutar un hecho, y, en virtud de una posición doctrinal, cuando se “*induce*”.

⁶³¹ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo I*, 150.

⁶³² § 25 StGB: “*Begehen mehrere die Straftat gemeinschaftlich, so wird jeder als Täter bestraft (Mittäter)*”. Traducción de Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 152.

⁶³³ Artículo 28 del Código Penal Español.

⁶³⁴ Cfr. Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021): 499 y 521.

⁶³⁵ § 25 StGB: “*Als Täter wird bestraft, wer die Straftat selbst oder durch einen anderen begeht*”. Traducción de Górriz, *El concepto de autor en el derecho penal*, 152.

⁶³⁶ Artículo 28 del Código Penal Español.

Como puede apreciarse, las reglas del Derecho chileno que regulan la coautoría y autoría mediata parecen ser más restrictivas que las disposiciones alemanas y españolas. Por esto, las construcciones dogmáticas que realiza la literatura comparada no pueden trasladarse a nuestro país sin antes realizar un análisis detallado de su capacidad para satisfacer las exigencias del texto legal nacional.

Para determinar el concepto de autoría en el Derecho Penal, Górriz establece que las exigencias establecidas en los respectivos tipos penales deben constituir el “[...] *límite infranqueable a las construcciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la autoría habida cuenta que, a diferencia de otros criterios para delimitar al autor, los legales sí poseen legitimación democrática y constitucional*⁶³⁷”. Esto quiere decir que es el legislador, creador de los tipos penales, quien tiene la legitimidad democrática para establecer los mandatos y prohibiciones que tendrán que aplicarse posteriormente por el juez, por lo que se debería tener cierta deferencia y respeto a lo establecido positivamente en los textos punitivos.

En una línea similar a la de Roxin, Górriz señala que para interpretar los tipos penales se debe atender al texto legal en *su* contexto, es decir, poniendo el acento en el uso cotidiano del lenguaje, que “*en materia penal, viene asentado, como es obvio, por la práctica de nuestros tribunales respecto a cada concreto delito; y, en la medida en que contribuyan a fijar dicho uso lingüístico estable del texto legal, también, por supuesto, por la doctrina penalista*⁶³⁸”. Esto permitiría, a juicio de la autora, restituir la importancia del significado de las palabras de la ley, lo que permite configurar un hábito o práctica estable de la interpretación de los tipos penales⁶³⁹, siendo un criterio “*verdaderamente garantista y que ofrece seguridad jurídica*⁶⁴⁰”.

De esta manera, si se quiere ser respetuoso con el principio de legalidad, el análisis de la investigación tiene que llevarse a cabo adecuándose a una interpretación estricta de las normas de sanción penales, evitando interpretar extensivamente la imputación a título de

⁶³⁷ Górriz, *El concepto de autor en el Derecho penal*, 28 y 29.

⁶³⁸ Górriz, *El concepto de autor en el derecho penal*, 443.

⁶³⁹ Górriz, *El concepto de autor en el derecho penal*, 442.

⁶⁴⁰ Górriz, *El concepto de autor en el derecho penal*, 411.

autor, más allá de su sentido natural concretizado en el lenguaje social⁶⁴¹. El proceso de normativización de los conceptos de autoría y participación en el Derecho Penal no debe infringir el principio garantista de tipicidad⁶⁴².

En ese sentido, a la hora de intentar satisfacer la necesidad político-criminal de imputar como autores a los órganos superiores por las conductas cometidas en el seno empresarial, hay que evitar la introducción de formas de responsabilidad objetiva, para de esta manera respetar las exigencias y garantías del Derecho penal⁶⁴³. En un Derecho penal de culpabilidad, como lo es el chileno, es incompatible con sus garantías propias establecer algún tipo de responsabilidad objetiva por el cargo⁶⁴⁴.

Así, la posición que un sujeto ocupe en la estructura empresarial no es un elemento decisivo para atribuirle responsabilidad individual por la comisión de un delito en el seno de la organización a título de autor⁶⁴⁵. Lo que importa es que esta persona haya realizado una conducta que pueda ser castigada a título de autor directo, al haber ejecutado las conductas de los tipos de la Parte Especial, o como autor mediato o coautor, conforme a las reglas del artículo 15 del Código Penal⁶⁴⁶.

A este respecto, como se indicó *supra*, la dogmática contemporánea ha afirmado que en el Derecho penal empresarial es posible configurar las normas de conducta aplicables a los sujetos dentro de la organización de acuerdo con su posición, facultades y competencias según su jerarquía. Sin embargo, para sancionar a los individuos por delitos cometidos en el seno empresarial no solamente debe verificarse que éstos hayan infringido una determinada norma de conducta, sino también que exista una norma de sanción penal que castigue en forma expresa la infracción del mandato o prohibición establecidos por la norma de conducta⁶⁴⁷. En ese sentido, Bolea afirma que no es una justificación suficiente “[...] castigar

⁶⁴¹ Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 121.

⁶⁴² Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 121.

⁶⁴³ Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 492.

⁶⁴⁴ Hernández, «Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de la empresa», 176.

⁶⁴⁵ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 323 y 324; Escobar, *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*, 131-132.

⁶⁴⁶ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 324.

⁶⁴⁷ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 324.

como autores a los que dirigen una empresa porque socialmente se considere que ejercen un rol más importante que los trabajadores, especialmente en relación a la toma de decisiones. Las consideraciones sociales no pueden por sí solas fundamentar una autoría, aunque se deban tener en cuenta como dato de la realidad en la valoración jurídico-penal⁶⁴⁸”.

Como señala Frisch, del hecho de que la conducta de un órgano directivo de una empresa sea calificada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado no se sigue que éste órgano puede ser sancionado a título de autor⁶⁴⁹. Por el contrario, *“en el ámbito de los delitos dolosos es perfectamente imaginable que la creación del riesgo sólo pueda ser interpretada como complicidad -favorecimiento- de la conducta delictiva del empleado. La solución contraria sólo será admisible si se traslada al ámbito de la responsabilidad de los órganos directivos de la empresa la argumentación que se ha formulado en relación con la calificación del llamado “autor de escritorio”⁶⁵⁰”.*

b. Coautoría

Para responder la pregunta sobre si se puede castigar a los órganos superiores empresariales a título de coautores en la situación analizada en esta tesis, cabe en primer lugar hacer un breve recuento de la regulación nacional de la coautoría. Sin perjuicio de la discusión desarrollada a este respecto, y explicada brevemente *supra II.D.* se asumirá la posición de que en nuestro país esa forma de autoría está regulada en el artículo 15, numerales primero y tercero del CP⁶⁵¹.

Por un lado, el numeral primero del artículo 15 sanciona a título de coautores a quienes han intervenido en la fase ejecutiva, pudiendo ser el aporte desarrollado en forma inmediata y directa, o impidiendo o procurando impedir que se evite el hecho punible. Cabe

⁶⁴⁸ Bolea, *Autoría mediata en Derecho Penal*, 400 y 401.

⁶⁴⁹ Wolfgang Frisch, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa - Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», en *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, ed. por Santiago Mir y Diego Luzón, 99-127 (Barcelona: Bosch, 1996), 108.

⁶⁵⁰ Frisch, «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa - Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo», 108.

⁶⁵¹ Esta es la posición de Hernández, «Art. 15», 402-406; y Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 48-51.

destacar que la intervención realizada por los coautores puede consistir tanto en la comisión de actos ejecutivos típicos o no típicos⁶⁵².

Pues bien, en el ámbito de la delincuencia empresarial, normalmente el superior jerárquico que dicta una orden a su subordinado para que cometa un delito no actúa en fase ejecutiva, sino que esta instrucción se formula en la etapa preparatoria⁶⁵³. Por lo tanto, no se puede castigar como coautor a partir del art. 15 n°1 al órgano superior empresarial que realiza tal acción.

A su vez, el artículo 15 numeral tercero del CP castiga a los coautores que, mediante un concierto previo entre sí, realizan un tipo de aporte que no constituye una conducta ejecutiva⁶⁵⁴. Como se indicó previamente, se cuestiona en doctrina que cuando un órgano superior instruye a un empleado a cometer un delito exista este elemento de realizar un hecho en común. Para atribuir responsabilidades a título de autor a quienes no intervienen en fase ejecutiva, debe tomarse en consideración que tal decisión de realizar el hecho en común para ejecutar el delito conjuntamente debe expresarse en una voluntad clara de todos los intervinientes. Así, “[...] de la (mera) circunstancia de que el empleado cumpla la orden antijurídica que se le imparte, y sea consciente del carácter delictivo de su actuar, no podría inferirse que este haya querido una realización del hecho en conjunto con el superior, de acuerdo con una determinada división del trabajo⁶⁵⁵”.

Por tanto, una primera dificultad que habrá que sortear es comprobar que realmente exista un acuerdo de voluntades. De todas formas, existen interpretaciones más laxas con respecto a este requisito de la coautoría en ámbitos empresariales, como la de Díaz y García Conlledo, quien considera que no es necesario entender el requisito de acuerdo común como una “*planificación común expresa y previa*”⁶⁵⁶. Más bien, considera el autor, el órgano superior empresarial que dicta la orden sabe que va a ser obedecido, y el ejecutor que obedece

⁶⁵² Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.3. La regulación de la autoría y participación en los tipos de la Parte Especial y en los arts. 15 y 16 del Código Penal». Hernández, «Art. 15», 405.

⁶⁵³ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 351.

⁶⁵⁴ Hernández, «Art. 15», 406.

⁶⁵⁵ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 350-351.

⁶⁵⁶ Miguel Díaz y García Conlledo, «Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos», *Nuevo Foro Penal*, n°71 (2007): 130.

sabe que ha mandado⁶⁵⁷, y que no es necesaria una simultaneidad del acuerdo entre los coautores. Asimismo, Díaz y García Conlledo afirma que “*el propio funcionamiento como organización supone la preexistencia de una red común, que podemos identificar con el acuerdo y actuación conjunta*”⁶⁵⁸. En una línea similar, se ha señalado que es posible cumplir este requisito considerando la decisión del subordinado de adecuarse a la configuración del hecho delictivo al ejecutarlo⁶⁵⁹.

En segundo lugar, de acuerdo con lo que exige el tenor literal del art. 15 n°3, tales aportes no ejecutivos realizados por los coautores pueden consistir únicamente en la facilitación de medios o bien presenciar el hecho sin tomar parte inmediata en él⁶⁶⁰. En ese sentido, el análisis de la pregunta de investigación tiene que tomar en consideración que la norma que regula la coautoría en Chile es más restrictiva que la disposición española y alemana, como se indicó en la introducción de esta tesis. Así, no basta la realización conjunta del hecho, sino que este aporte efectuado en fase preparatoria debe necesariamente consistir en la facilitación de medios o en la presencia del interviniente. Por tanto, una conclusión que permita castigar como coautor al órgano directivo tomando en consideración las reglas de autoría y participación a nivel comparado, no implica que pueda sostenerse lo mismo en el Derecho nacional.

Por otra parte, esta facilitación de medios o presencia del coautor debe ser un aporte considerado esencial para la realización del hecho, y mediante el cual sea posible tener el dominio funcional del curso del delito⁶⁶¹. Este requisito de la esencialidad en el aporte no ejecutivo al hecho común permite limitar o restringir efectivamente la aparente extensión del art. 15 n°3⁶⁶². A su vez, este elemento permitiría compensar la ausencia del requisito doctrinario consistente en que los aportes de los coautores deban realizarse en la fase

⁶⁵⁷ Díaz y García Conlledo, «Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos», 130.

⁶⁵⁸ Díaz y García Conlledo, «Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos», 130.

⁶⁵⁹ Benito, «Problemas específicos de autoría y participación», 99.

⁶⁶⁰ Hernández, «Art. 15», 406. Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.3. La regulación de la autoría y participación en los tipos de la Parte Especial y en los arts. 15 y 16 del Código Penal.

⁶⁶¹ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.3. La regulación de la autoría y participación en los tipos de la Parte Especial y en los arts. 15 y 16 del Código Penal; Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 51; Hernández, «Art. 15», 403 y 406, Mañalich, «Condiciones generales de punibilidad», 407.

⁶⁶² Cfr. Hernández, «Art. 15», 403.

ejecutiva, establecido por un sector importante de la literatura. En ese sentido, autores como Jakobs consideran que la aportación del coautor puede realizarse en la etapa preparatoria cuando esta intervención comporta un dominio de la decisión, es decir, si bien “[...] *el no ejecutor participa en menor medida que el ejecutor en el dominio material, en forma de dominio de la decisión; sin embargo, este minus puede quedar compensado por un plus en el dominio material, en forma de dominio de la configuración, que se ejerce en el estadio de la preparación*”⁶⁶³. En la misma línea, Núñez considera que “[...] *en aquellos supuestos en los que el superior jerárquico es quien decide y elabora el plan, interviene en su realización aunque no realice material ni directamente los actos ejecutivos del hecho delictivo, éste ostenta un dominio funcional del hecho y debe responder como coautor de la conducta realizada*”⁶⁶⁴.

De todas formas, Contreras considera que este *plus* de dominio debe consistir en una planificación configuradora del delito de tal carácter que, en la fase preparatoria del hecho, “[...] *el sujeto haya determinado suficientemente qué personas realizarán el delito, cuál será el objeto de la acción típica, cuáles serán los medios para afectar el respectivo bien jurídico, qué magnitud alcanzará su lesión, así como toda clase de circunstancias típicas relevantes, de tal modo que los sujetos que realicen materialmente el hecho tengan que decidir únicamente “si” lo cometen, pero no “cómo” cometerlo*”⁶⁶⁵.

Cabe destacar que, para responder la pregunta de investigación de esta memoria, la conducta que corresponde analizar es la del coautor que facilita los medios, toda vez que cuando el órgano superior de la organización empresarial actúa en fase preparatoria dictando una orden, éste no presenciara el hecho sin tomar parte de él, como dispone la segunda conducta que castiga el numeral tercero del artículo 15.

Tomando en consideración lo anterior, es procedente afirmar que un aporte consistente en una facilitación de medios bien puede calificarse como una conducta de participación y no autoría. En la medida en que el aporte no sea de carácter esencial, tal

⁶⁶³ Jakobs, *Derecho Penal, Parte General*, 750.

⁶⁶⁴ Núñez, «Problemas específicos de autoría y participación», 33.

⁶⁶⁵ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 331.

facilitación de medios puede no ser una coautoría, sino más bien una inducción o complicidad.

Por otra parte, la doctrina nacional ha sostenido que los medios que se deben facilitar para calificar al interviniente como coautor, en virtud del art 15 n°3, pueden ser de carácter material o intelectual. Un medio intelectual en materia de delitos empresariales puede consistir en que el órgano superior empresarial planifique y organice detalladamente el plan y la ejecución del delito⁶⁶⁶, adquiriéndose la calidad de autor intelectual.

Así, como ya se desarrolló *supra II.D.b.ii.* la doctrina chilena ha señalado que es autor intelectual “*el que, sin ejecutar directamente la conducta típica, la ha planificado y organizado su realización, facilitando con esa organización los medios para su ejecución*⁶⁶⁷”. Asimismo, se ha dicho que puede ser castigado como autor el “jefe de la banda” que no interviene en la ejecución del hecho, pero sí tiene un rol protagónico en la confección del plan y en la dirección de este, manteniéndose en una posición de supervisión de un correcto despliegue y realización del plan elaborado⁶⁶⁸. En el mismo sentido, Cury afirma que el jefe de la banda también sería coautor aunque no intervenga en forma directa en la ejecución del delito, cuando éste lo planifica “*y, desde su guarida, se limita a impartir órdenes telefónicas a sus secuaces, disponiéndolo todo de manera de que la operación sea exitosa*⁶⁶⁹”.

Lorca opina lo mismo, toda vez que señala que el art. 15 n°3 sanciona como coautores a los intervinientes que, aunque no han realizado acciones ejecutivas, “*se han involucrado de tal modo en la planificación del hecho punible mediante la distribución de sus aportes, que pasa a ser esencial y determinante incluso el apoyo meramente síquico o “actualización de la orden” del que se limita a presenciarlo*⁶⁷⁰”. En ese sentido, sostiene que la única forma de delimitar adecuadamente estas conductas de coautoría con la complicidad es exigir “*cierta*

⁶⁶⁶ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.3. La regulación de la autoría y participación en los tipos de la Parte Especial y en los arts. 15 y 16 del Código Penal.

⁶⁶⁷ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 526.

⁶⁶⁸ Garrido, *Derecho Penal*, 314.

⁶⁶⁹ Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 613.

⁶⁷⁰ Lorca, *La coautoría en el Derecho Penal*, 128.

intensidad en sus elementos”, por lo que la facilitación de medios o la presencia deben ser esenciales para la realización del hecho punible, en el contexto del plan diseñado⁶⁷¹.

Por el contrario, la simple dictación de una orden a un subordinado, sin realizar ninguna acción adicional dirigida a organizar o planificar el delito (para que ese aporte sea considerado esencial), no parece ser suficiente para ser constitutivo de un “medio” que pueda castigar al órgano directivo empresarial como coautor⁶⁷².

Como señala gran parte de la doctrina nacional y comparada, la dictación de una orden a una persona que puede decidirse libremente a favor del ordenamiento jurídico no es una conducta constitutiva de autoría sino de participación, consistente en la inducción⁶⁷³. Por ejemplo, Roxin considera que cuando un jefe de la banda “[...] *depende del cumplimiento voluntario de sus instrucciones u órdenes y, por lo demás, no interviene o se implica en el suceso es realmente inductor como cualquier otro que se limita a la provocación de delitos*⁶⁷⁴”. En particular sobre las organizaciones empresariales, el jurista afirma que si un jefe incita a un empleado a cometer un delito, aquel es únicamente inductor del hecho ejecutado por el subordinado, toda vez que en una organización que opera sobre la base del Derecho debe esperarse que los empleados no obedezcan órdenes antijurídicas⁶⁷⁵. En el mismo sentido, Roxin concluye que “*abrir y trazar el camino al delito es el papel típico del inductor*⁶⁷⁶”.

Asimismo, Jescheck y Weigend consideran que la indicación u orden son formas de inducción⁶⁷⁷. Díaz y García Conlledo, a su vez, sostiene que la dictación de una orden, no acompañada de coacción o amenaza, es una conducta consistente en inducción⁶⁷⁸. No obstante, de otra opinión es Schünemann, quien considera que una instrucción general

⁶⁷¹ Lorca, *La coautoría en el Derecho Penal*, 128 y 129. Algo similar señala Mañalich en: «Condiciones generales de punibilidad», 477.

⁶⁷² Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.6.2. La ejecución en división del trabajo de la decisión común.

⁶⁷³ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.6.2. La ejecución en división del trabajo de la decisión común.

⁶⁷⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 156.

⁶⁷⁵ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 121.

⁶⁷⁶ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 122.

⁶⁷⁷ Jescheck y Weigend, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 739.

⁶⁷⁸ Díaz y García Conlledo, «Autoría y Participación», 22.

ejecutada por el subordinado puede configurar una autoría del órgano directivo empresarial⁶⁷⁹.

A nivel nacional, de la misma opinión son Matus y Ramírez, como se indicó *supra III.C.e.*, toda vez que afirman que en las relaciones laborales donde exista subordinación o dependencia, no hay en principio una obligación de obedecer las órdenes dirigidas a la realización de un delito, por lo que la dictación de estas instrucciones sería una instigación⁶⁸⁰. Ahora bien, esta situación podría dar lugar a una coautoría, según el nivel de acuerdo y participación en el hecho de quien dicta la orden antijurídica⁶⁸¹.

Lo mismo plantea Van Weezel, quien sostiene que el jefe de la banda que interviene durante la fase preparatoria será castigado como cómplice, en la medida en que únicamente se limite a la planificación general del hecho⁶⁸². En cambio, sostiene el jurista, “*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 cuando abandona a otro, en división del trabajo, el último movimiento de la mano*”⁶⁸³. Como puede verse, la mera instrucción por parte de un órgano directivo sería un ejemplo de “planificación general del hecho”, que implica una aportación calificable de participación. Y esta forma de aportación sería distinta que cuando se organizara y planificara detalladamente el acontecer delictivo que ejecutará el empleado.

Así, cuando un directivo de una empresa simplemente ordena a un subordinado el vertimiento de residuos tóxicos a algún lugar cercano a la planta industrial (conducta castigada por el art. 291 CP), el empleado finalmente decide el cumplimiento o no de esta instrucción, por lo que el jefe no tiene el dominio sobre el acontecer típico. Ahora bien, si este empresario dictara una orden, pero además organizara en forma completa y detallada el desarrollo del delito, y además supervisara su ejecución, podría entenderse que hay una

⁶⁷⁹ Schünemann, «Responsabilidad penal en el marco de la empresa dificultades relativas a la individualización de la imputación»: 18-19.

⁶⁸⁰ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 510-511 y 531.

⁶⁸¹ Cfr. Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 510-511.

⁶⁸² Van Weezel, *Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010*, 202.

⁶⁸³ Van Weezel, *Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010*, 202.

coautoría. Pero la orden no es suficiente para calificar el aporte como una facilitación de medios esencial.

De esta forma, en la medida en que dictar una orden antijurídica sin más es una conducta clásica de inducción, no puede entenderse dentro de la locución “facilitar los medios” para sancionar al coautor que actúa en fase preparatoria⁶⁸⁴. Así, una orden no es un “medio” que configure una coautoría no ejecutiva, sino una forma paradigmática de inducción.

Por otra parte, la intervención consistente en una orden tampoco puede considerarse como una aporte esencial, como exigen las teorías dominantes que delimitan la autoría y la participación para que se configure la coautoría. No puede decirse que el empresario que dicta una orden antijurídica a su empleado tenga un dominio de carácter esencial del acontecer típico, lo que sí ocurre en el caso en que este tuviera toda la información acerca del delito y sus circunstancias, facilitara todo tipo de medios y controlara el curso del hecho y su configuración.

Esta diferencia en el grado de la aportación parece evidenciarse de mejor forma en la exigencia de la teoría de autoría de Díaz y García Conlledo, que exige que el dominio del coautor sea “positivo”, y no solamente negativo. El empresario que ordena la ejecución del delito únicamente podría decidir sobre la no producción del hecho. Sin embargo, al dejar que el subordinado lo cometa en forma dolosa y responsable, no determina positivamente la ejecución del acontecer típico⁶⁸⁵, sino actúa como un inductor, permaneciendo fuera del suceso y dejando al que actúa de propia mano la decisión acerca de si y cómo será ejecutado el hecho⁶⁸⁶.

Una solución contraria, que considerara que la dictación de una orden a un subordinado consiste en una facilitación de medios que permite castigar al directivo como

⁶⁸⁴ Cfr. Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.6.2. La ejecución en división del trabajo de la decisión común. De otra opinión pareciera ser Marcos Contreras, para quien la expresión “facilitar los medios” es suficiente para entender la intervención de un directivo empresarial en un delito cometido por su subordinado, pues además se adecúa a la teoría del dominio del hecho, toda vez que el directivo puede decidir la no consumación del delito. En «Algunas consideraciones sobre autoría y participación en estructuras empresariales», 179.

⁶⁸⁵ Díaz y García Conlledo, *La autoría en el Derecho Penal*, 677 y ss.

⁶⁸⁶ Cfr. Roxin, «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata», 13.

coautor de acuerdo con el art. 15 n°3 CP vulneraría un criterio valorativo rector esencial, a saber: *“dado que la ontología de los conceptos legales se encuentra en su significado social (...), significado donde se realiza la garantía del principio de legalidad penal, la normativización de los conceptos queda sometida al límite (que es una garantía del ciudadano) de que no se puede llegar al punto del abuso del lenguaje⁶⁸⁷”*. Pareciera ser que considerar como un medio esencial facilitado por el órgano directivo a una orden dictada a un empleado libre, responsable y con conocimiento de los hechos, constituiría una extensión excesiva del verbo rector y del sustantivo “medios” en la norma de sanción penal que castiga la coautoría no ejecutiva en nuestro país.

A este respecto, Couso sostiene que *“[...] imputar a quien no ha incurrido directamente en el comportamiento descrito por la ley, el delito perpetrado por un tercero, sin correspondencia con su propia responsabilidad, puede afectar el principio de culpabilidad, sea porque el primero no es en absoluto responsable de que el tercero haya incurrido en esa conducta, sea porque, aun siendo responsable por ello, su culpabilidad es menor -por ejemplo, negligente- a la que se ve reflejada por el delito que se le imputa -si, siguiendo el mismo ejemplo, se le imputa el mismo delito perpetrado por el tercero, a título de dolo. Esta desproporción puede darse ciertamente al extender la calidad de autor a cualquiera que sólo haya tenido un (tenue) influjo causal en el hecho⁶⁸⁸”*.

Es importante destacar el criterio de Górriz, quien (desde una aproximación objetivo-formal de la autoría), advierte que la doctrina contemporánea ha tendido a conferir un sentido más adscriptivo que descriptivo a las acciones de los verbos rectores de las normas de sanción penal, por lo que éstos *“adquieren, sobre todo, un significado de atribución de responsabilidad y no de descripción naturalística de la conducta, de la causalidad o de su significado social⁶⁸⁹”*. El problema de esta aproximación a los verbos típicos, considera Górriz, es que pone en entredicho la adecuación al principio de legalidad, toda vez que se perdería la función de garantía de la tipicidad⁶⁹⁰. Lo anterior, puesto que *“si los verbos típicos*

⁶⁸⁷ Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 126. En el mismo sentido, Górriz, *El concepto de autor en el derecho penal*, 412.

⁶⁸⁸ Jaime Couso, «Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo», *Ius et Praxis* 24 n°1 (2018): 466.

⁶⁸⁹ Górriz, *El concepto de autor en el derecho penal*, 410.

⁶⁹⁰ Górriz, *El concepto de autor en el derecho penal*, 410.

-incluso los de marcado carácter descriptivo- pasan, en todo caso, a interpretarse primordialmente dotándoles de un significado netamente imputacional, se corre el riesgo de acabar ensanchando la tipicidad de tal manera que cualquier conducta -activa, omisiva, preparatoria, etc...- podría resultar idónea para delimitar al autor⁶⁹¹”.

En conclusión, compartimos el planteamiento de Górriz consistente en que la delimitación del concepto de autor en las reglas de interpretación delictiva de los códigos penales debe tener presente el sentido de las descripciones típicas que le confiere el tenor literal de la disposición, toda vez que dicho sentido está legitimado democráticamente en un Estado de Derecho al ser expresión de la voluntad popular manifestada en los legisladores⁶⁹². Tomando en consideración lo anterior, la dictación de una simple orden sin más no podría configurar una coautoría no ejecutiva a través de la facilitación de medios.

c. Autoría mediata

Por último, en este capítulo se evaluará si se puede castigar al órgano superior empresarial como autor mediato al dictar una orden a un subordinado para que ejecute un delito. Como se explicó latamente *supra II.C*, las distintas hipótesis de autoría mediata están contempladas en el artículo 15 numeral 2 del CP. Subsumir las hipótesis de autoría mediata del respectivo tipo de la Parte Especial, sin pasar por el art. 15 parece cuestionable desde el punto de vista del principio de tipicidad, como se analizó previamente, toda vez que éstos aluden a un autor inmediato que comete el respectivo delito⁶⁹³. En el art. 15 numeral 2, la frase “los que fuerzan” a que otra persona ejecute el hecho hace referencia a la autoría mediata por coacción, entendiendo esta fuerza como vis compulsiva⁶⁹⁴. A su vez, el verbo “los que inducen”, alude a una forma de participación equiparada penológicamente a la autoría por razones de política criminal.

Como se indicó *supra III.B.*, cuando estamos frente a un trabajador ejecutor de un delito ordenado por un superior jerárquico, y éste actúa en forma libre, responsable y

⁶⁹¹ Górriz, *El concepto de autor en el derecho penal*, 411.

⁶⁹² Cfr. Górriz, *El concepto de autor en el derecho penal*, 112.

⁶⁹³ Cfr. Cury, *Derecho Penal, Parte General*, 597. Cfr. Hernández, «Art. 15», 388. Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 123. Soto, «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno», 44. Novoa, *Curso de Derecho Penal Chileno. Tomo II*, 207. Yáñez, «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno», 56.

⁶⁹⁴ Couso, «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno», 123.

dolosa⁶⁹⁵, la única forma de imputar como autor mediato al órgano superior que dicta una orden, es acudiendo a las hipótesis de “autor detrás del autor”, en particular a la autoría mediata por dominio de la organización creada por Roxin.

Por una parte, Yáñez sostiene que la autoría mediata por aparatos organizados de poder puede castigarse en virtud del verbo rector “forzar”. Sin embargo, en los ejemplos históricos donde se han desplegado organizaciones delictivas que pueden dar lugar a la concurrencia de esta figura, los ejecutores no han sido forzados a ejecutar los delitos, por lo menos en el sentido que nuestra doctrina y jurisprudencia entienden. Los funcionarios de la DINA o la CNI que cometían crímenes en contra de los opositores durante la Dictadura militar no eran forzados en el sentido de *vis compulsiva* para que ejecutaran los delitos. Por tanto, pareciera no ser correcta la postura de Yáñez para castigar la autoría mediata por aparatos organizados de poder.

Como tesis alternativa, Politoff afirma, recurriendo a motivos históricos (el entendimiento de la inducción a la época de dictación del Código Penal), que el verbo “forzar” involucra no solamente la instigación, sino también otras hipótesis de autoría mediata⁶⁹⁶, toda vez que la voz “inducir” no está utilizada en su sentido técnico actual. De acuerdo con este último entendimiento, minoritario en la doctrina nacional, podría entenderse presente en nuestro código la autoría mediata por aparatos organizados de poder⁶⁹⁷. De hecho, esta figura no es ajena a la práctica de la jurisprudencia chilena⁶⁹⁸.

Con respecto a su aplicación en la empresa, Contreras sostiene que desde finales del siglo XX, los tribunales alemanes ha aplicado la autoría mediata por dominio de la organización a los órganos directivos de las empresas que instigan o fomentan los delitos de sus empleados⁶⁹⁹. Sostiene que es posible que este traslado de la aplicación a las empresas

⁶⁹⁵ Cfr. Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 496.

⁶⁹⁶ Politoff, «Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata», 1261.

⁶⁹⁷ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.3. La regulación de la autoría y participación en los tipos de la Parte Especial y en los arts. 15 y 16 del Código Penal.

⁶⁹⁸ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.5.2. Autoría mediata a través de instrumentos responsables. La aplicación de la figura de los aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial.

⁶⁹⁹ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.5.2. Autoría mediata a través de instrumentos responsables. La aplicación de la figura de los aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial.

también ocurra en nuestro país, “*considerando que esta figura ya es conocida en nuestro medio jurisprudencial y que constituye uno de los pocos mecanismos disponibles para hacer responder como autores a los directivos empresariales*⁷⁰⁰”.

En ese sentido, ya se indicó latamente *supra III.B.* que la doctrina comparada rechaza transversalmente la aplicación a las empresas de la autoría mediata por aparatos organizados de poder. A modo de ejemplo, Contreras explica que cuando la jurisprudencia alemana califica como autores mediatos por dominio de la organización a los órganos directivos, estaría aplicando “*una regla de imputación sui generis, que no tiene base legal*”⁷⁰¹. En virtud de esta regla, afirma Contreras, se haría responsable a los directivos empresariales si ejercen una influencia decisiva en la organización, estando informados de los procesos regulares que ocurren al interior de la empresa⁷⁰². El autor afirma que esta regla se condice muy poco con el sentido de la figura creada por Roxin, realizando la imputación a través de “*una fórmula de atribución de responsabilidad penal objetiva, basada en la posición jerárquica al interior de la organización*”⁷⁰³. Tomando en consideración esta situación, Contreras descarta la idoneidad de este tipo de autoría mediata para responsabilizar a los órganos directivos que han instigado o fomentado los delitos cometidos por sus empleados⁷⁰⁴.

De esta forma, a partir de los argumentos desarrollados por la doctrina, es posible afirmar sin mayores dudas que esta figura no resulta aplicable para los delitos cometidos en el contexto de organizaciones empresariales, por lo que se debe concluir que no se puede castigar como autor mediato al órgano superior que dicta una orden antijurídica para que el ejecutor cometa un delito de dominio en el seno empresarial en virtud de esta hipótesis.

⁷⁰⁰ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.5.2. Autoría mediata a través de instrumentos responsables. La aplicación de la figura de los aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial.

⁷⁰¹ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.5.2. Autoría mediata a través de instrumentos responsables. La aplicación de la figura de los aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial.

⁷⁰² Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.5.2. Autoría mediata a través de instrumentos responsables. La aplicación de la figura de los aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial.

⁷⁰³ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.5.2. Autoría mediata a través de instrumentos responsables. La aplicación de la figura de los aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial.

⁷⁰⁴ Contreras, «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico», Sección 2.5.2. Autoría mediata a través de instrumentos responsables. La aplicación de la figura de los aparatos organizados de poder en el ámbito empresarial.

En suma, incluso adscribiendo a la interpretación amplia postulada por Politoff, y admitiendo la posibilidad de castigar la autoría mediata por aparatos organizados de poder en Chile, no es posible trasladar tal figura para castigar al órgano superior empresarial que dicta una orden antijurídica a su subordinado. A nivel de doctrina nacional, de la misma opinión es Marcos Contreras, quien considera que tal figura no se adecúa a las particularidades de la criminalidad de empresa⁷⁰⁵. A su vez, Juan Pablo Novoa sostiene que este tipo de autoría mediata sí es aplicable a la delincuencia empresarial, pero únicamente en las situaciones fácticas en que concurran todos los requisitos doctrinarios de la figura⁷⁰⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, podría castigarse como autores mediatos a los órganos superiores en caso de que utilicen a los empleados como instrumentos, a través de la causación o aprovechamiento de un error, o la coacción⁷⁰⁷. Martínez-Buján sostiene que la autoría mediata por causación o aprovechamiento de un error puede ser frecuente en el contexto empresarial, toda vez que es posible que los escalones más altos de la empresa pueden tener el conocimiento de todos los hechos del caso, mientras que los empleados que ejecutan el delito no lo tienen, produciéndose una instrumentalización⁷⁰⁸. En Chile, Marcos Contreras afirma que estos casos son comunes en la delincuencia empresarial, pues suele ocurrir que *“el operario que realiza la última aportación causal tiene un conocimiento muy fragmentario e incompleto del devenir que conduce a un resultado típico, por lo que, en definitiva, no sabe que está realizando la acción típica”*⁷⁰⁹.

En cambio, afirma Martínez-Buján, *“serán raras las ocasiones en que se instrumentalice a otro mediante coacción o procedimientos similares, salvo en aquellos casos excepcionales en que un empresario o directivo, actuando al margen del desarrollo normal de las relaciones dentro de la empresa, coaccione a algún empleado a para cometer delitos”*⁷¹⁰. Con respecto a la autoría mediata por coacción, el jurista sostiene que no podrá

⁷⁰⁵ Marcos Contreras, «Algunas consideraciones sobre autoría y participación en estructuras empresariales», 184.

⁷⁰⁶ Novoa, «Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa», 453.

⁷⁰⁷ Contreras, «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales», 328 y 329.

⁷⁰⁸ Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 495-496.

⁷⁰⁹ Marcos Contreras, «Algunas consideraciones sobre autoría y participación en estructuras empresariales», 181.

⁷¹⁰ Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 496.

fundamentarse una autoría mediata por coacción cuando el trabajador obedezca una orden vinculante, puesto que la obediencia debida no es aplicable en el marco de las relaciones laborales⁷¹¹. Matus y Ramírez consideran que, en caso de que exista una relación de subordinación y dependencia entre quien dicta una orden y quien la ejecuta, podría castigarse al inductor como autor mediato si existe tal nivel de subordinación psicológica que el inducido pueda considerarse instrumento no voluntario o con una voluntad mínima⁷¹². Esto ocurriría, consideran los autores, cuando se dicta una orden acompañada de una amenaza clara de despido, o de un engaño, mermando la voluntad del ejecutor⁷¹³. En esta línea, es conveniente seguir el pensamiento de Roxin, quien sostiene que para que concurra una autoría mediata por coacción, no debe bastar cualquier tipo de presión, sino que de acuerdo con el principio de responsabilidad, la presión debe ser tal que cumpla los requisitos del estado de necesidad exculpante, es decir, que exima al ejecutor de responsabilidad penal⁷¹⁴.

⁷¹¹ Martínez-Buján, *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 496.

⁷¹² Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 510-511 y 531.

⁷¹³ Matus y Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*, 510-511.

⁷¹⁴ Roxin, *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*, 85-87.

CONCLUSIÓN:

A lo largo de esta investigación se buscó resolver la pregunta relativa a si se podía castigar a los órganos directivos de las empresas cuando dictan una orden antijurídica a un subordinado, para que éste cometa un delito a título doloso de dominio, de acuerdo con las reglas que rigen la intervención delictiva en el Código Penal Chileno.

Para llevar a cabo esta tarea, se revisó en el Capítulo I los conceptos de autor elaborados en la dogmática penal y las teorías delimitadoras de la autoría y la participación. La relevancia de revisar los conceptos de autoría recayó en que de los respectivos paradigmas dependían las teorías caracterizadoras de la intervención delictiva. A su vez, las teorías delimitadoras de la autoría y participación son relevantes, toda vez que establecen las pautas para calificar la relevancia de la aportación cuando existe una pluralidad de intervinientes en un delito, como ocurre normalmente en los delitos empresariales y en particular en la hipótesis establecida en la pregunta de investigación.

De esta manera, se analizaron brevemente los conceptos unitario, extensivo y restrictivo de autor, tras lo cual se constató que era este último paradigma el que más se adecúa a las exigencias del principio de legalidad que debe regir un Estado de Derecho. Posteriormente, se describieron las principales ideas de las teorías subjetivas, objetivo-formales y objetivo-materiales, subdividiéndose estas últimas en la teoría del dominio del hecho y las teorías normativistas.

A su vez, en el Capítulo II se realizó un análisis descriptivo de las distintas concepciones acerca de las normas de intervención delictiva en nuestro país establecidas en las reglas del artículo 15 del Código Penal chileno. En primer lugar, se describió un panorama general del entendimiento de la autoría y participación en nuestro país, realizando una breve reseña histórica del origen de la mencionada disposición, y luego de los conceptos de autoría y teorías delimitadoras de la intervención delictiva que se han manifestado en la doctrina nacional. Posteriormente, se describió la autoría directa o de propia mano, y su entendimiento en Chile. Luego, se realizó lo propio en cuanto a la autoría mediata y la coautoría, describiendo cada una de sus respectivas hipótesis y discusiones acerca de su manifestación

positiva legal. Por último, se caracterizaron brevemente la inducción y la complicidad como figuras de participación presentes en el Código Penal.

En el Capítulo III se describieron las construcciones dogmáticas elaboradas a nivel comparado para castigar como autores a los órganos directivos que instruyen a sus subordinados para la comisión de delitos en el seno de organizaciones empresariales. En primer lugar, se describió una posición doctrinaria que afirma que, para castigar por delitos empresariales, debe analizarse si la afectación al bien jurídico es objetivamente imputable a la respectiva organización, para posteriormente llevar a cabo del juicio de atribución de responsabilidades individuales al interior de ésta.

Luego se describió la figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, analizando su origen histórico, su aplicación a nivel comparado, y la discusión acerca de si es posible trasladarla a las organizaciones empresariales modernas con el objetivo de castigar a los órganos directivos. Asimismo, se mostraron las teorías que castigan a los directivos de las empresas como coautores cuando ordenan a sus subordinados a cometer delitos o organizan la ejecución de éste, diferenciando la aproximación desde la teoría del dominio del hecho y las teorías normativistas.

Por último, en el Capítulo IV se buscó responder la pregunta de investigación, tomando en consideración lo analizado en los capítulos anteriores. En primer lugar, se realizó una breve descripción del principio de legalidad en su manifestación de la tipicidad, abordando la relevancia que tiene para llevar a cabo el análisis de la memoria.

Posteriormente, se intentó demostrar que no es posible castigar a los órganos directivos empresariales a título de coautores cuando solamente dictan una orden antijurídica a sus subordinados, toda vez que esta conducta activa, realizada en fase preparatoria, no consiste en un aporte esencial consistente en la “facilitación de medios”, como exige el artículo 15 numeral tercero. No obstante, se concluyó que sí sería posible castigarlos como coautores cuando los directivos de las empresas, además de dictar una orden, organizan, planifican y dirigen detalladamente el acontecer delictivo a ejecutar por parte del trabajador subordinado, toda vez que en esta situación mantendrían el dominio funcional del hecho, y su aporte podría ser calificado como una facilitación de medios esencial.

Por su parte, se intentó concluir que no es posible castigar en nuestro país a los directivos que ordenan a sus subordinados la comisión de delitos a título de autores mediatos en virtud del dominio de la organización, toda vez que esta figura no se adapta adecuadamente a las particularidades de las organizaciones empresariales modernas. Sin perjuicio de lo anterior, se concluyó que es posible castigar a los directivos como autores mediatos cuando los trabajadores de la empresa se convierten en meros instrumentos, como cuando actúan en virtud de error o coacción.

BIBLIOGRAFÍA:

Artaza, Osvaldo. «La utilidad del concepto de coautoría para la imputación adecuada de conductas imprudentes en el marco de la actividad empresarial». *Perspectiva Penal Actual*, n°1, (2012): 11-62.

Bascur, Gonzalo. «Consideraciones sobre la delimitación entre coautoría y complicidad en el contexto del derecho penal chileno». *Revista de Estudios de la Justicia*, n°23 (2015): 175-226.

Beck, Ulrich. «Teoría de la sociedad del riesgo reformulada». *Revista Chilena de Temas Sociológicos* 5 (1998).

Benito, Demelsa. «Problemas específicos de autoría y participación». En *Tratado de Derecho Penal Económico*, editado por Antonio Camacho, 79-106. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Berruezo, Rafael, Salinas, Luciana y Aboso, Gustavo. *Autoría y participación: desde una visión normativa*. Montevideo: B de F, 2012.

Bolea, Carolina. *Autoría mediata en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

Bottke, Wilfred. «Criminalidad económica y Derecho criminal económico en la República Federal de Alemania». *Revista Penal*, n°4 (1999): 21-29.

Bullemore, Vivian y Mackinnon, John. *Curso de Derecho Penal*. Santiago: Lexis Nexis, 2005.

Bustos, Juan y Hormazábal, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Trotta, 2006.

Camacho, Antonio. *Tratado de Derecho Penal Económico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal chileno. Valparaíso: Edeval, 1974. Edición dirigida por Manuel de Rivacoba y Rivacoba.

Contreras, Lautaro. «Autoría y Participación en el Derecho Penal Económico» [de próxima aparición].

Contreras, Lautaro «La atribución de responsabilidad individual por el delito ambiental del art. 291 del Código Penal cometido en el seno de organizaciones empresariales». *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXXIII, n°2 (2020).

Contreras, Lautaro. *Productos defectuosos y derecho penal: el principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto*. Santiago: RIL Editores, 2018.

Contreras, Marcos. «Algunas consideraciones sobre autoría y participación en estructuras empresariales». *Revista Jurídica del Ministerio Público*, n° 41 (2009), 171-184.

Corcoy, Mirentxu y Gómez, Víctor. *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

Corcoy, Mirentxu. «Mecanismos de atribución de responsabilidad penal individual en la empresa: Responsabilidad de los órganos de administración, asesores y oficiales de cumplimiento». En *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*, editado por Eduardo Crespo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020).

Couso, Jaime. «Autoría y participación en el derecho sancionatorio administrativo. Hacia una topografía del problema». *Revista Ius et Praxis*, año 24, n°1 (2018): 437-496.

Couso, Jaime y Hernández, Héctor. *Código Penal Comentado*. Santiago: Abeledo Perrot - Legal Publishing, 2011.

Couso, Jaime. «Sobre el concepto material de autor - Consideraciones dogmáticas y metodológicas en Homenaje al Profesor Enrique Cury». En: *Humanizar y renovar el derecho penal - Estudios en memoria de Enrique Cury*, editado por Alex van Weezel, 619-657. Santiago: Legal Publishing – Thomson Reuters, 2013.

Couso, Jaime. «Sobre el estado actual de la noción de autor y partícipe en el Derecho chileno – En memoria del profesor Mario Garrido Montt». *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol.1 (2012): 91-134.

Crespo, Eduardo. *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

Cuello, Joaquín. «Autoría y participación en un sistema lógico-funcional». *Cuadernos de política criminal* n°97 (2009).

Cury, Enrique. «Artículos 14 a 17». En *Texto y comentario del Código Penal Chileno. Tomo I. Libro Primero – Parte General*. Editado por Sergio Politoff y Luis Ortiz. Santiago: Editorial Jurídica, 2009.

Cury, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago: Ediciones UC, 2005.

Cury, Enrique. «El concepto de autor mediato como categoría imprescindible en la interpretación de la ley penal chilena». *Revista Chilena de Derecho*, vol.12 (1985): 35-53.

De la Mata, Norberto, Dopico, Jacobo, Lascurraín, Juan Antonio y Nieto, Adán. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Dykinson, 2008.

Díaz y García Conlledo, Miguel. «Autoría y Participación». *Revista de Estudios de la Justicia*, n°10 (2008): 13-61.

Díaz y García Conlledo, Miguel. *La autoría en Derecho Penal*. Barcelona: Editorial PPU, 1991.

Díaz y García Conlledo, Miguel. «Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos». *Nuevo Foro Penal*, n°71 (2007): 115-144.

Díaz y García Conlledo, Miguel. «Un diálogo crítico con Claus Roxin y su Teoría de la Autoría». *Cuadernos de política criminal* n°123 (2017).

Escobar, Susana. *Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial*. León: Tesis doctoral de la Universidad de León, 2019.

Etcheberry, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica, 1998.

Faraldo, Patricia. «Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa. En *Cuestiones actuales de derecho penal económico*, editado por José Ramón Serrano-Piedecabras. Madrid: COLEX, 2008.

Feijoo, Bernardo. «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas». *Revista de Derecho Público*, n°21 (2008): 1-28.

Feijoo, Bernardo. *Derecho Penal de la empresa e imputación objetiva*. Madrid: Editorial Reus, 2007.

Frisch, Wolfgang. «Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa - Responsabilidad penal en el ámbito de la responsabilidad de la empresa y de la división del trabajo». En *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, editado por Santiago Mir y Diego Luzón, 99-127. Barcelona: Bosch, 1996.

Galán, Alfonso y Núñez, Elena. *Manual de Derecho penal económico y de la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

García Cavero, Percy. «Problemas de imputación objetiva en estructuras empresariales». *Revista de Estudios de la Justicia*, n°10 (2008): 199-218.

García Cavero, Percy. «La competencia por el hecho: una teoría de la intervención delictiva». En *La teoría del delito en la práctica penal económica*. Editado por Jesús María Silva Sánchez y Fernando Miró. Madrid: La Ley, 2013. 353-391.

García del Blanco, María Victoria. *La coautoría en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

Garrido, Mario. *Derecho Penal*. Santiago: Editorial Jurídica, 2008.

Garrido, Mario. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Santiago: Editorial Jurídica, 1984.

Gimbernat, Enrique. *Autor y Cómplice en el Derecho Penal*. Buenos Aires: B de F, 2006.

Gómez-Jara, Carlos. *Cuestiones fundamentales de Derecho Penal Económico: parte general y parte especial*. Montevideo: B de F, 2014.

Gómez-Jara, Carlos. «¿Responsabilidad penal de los directivos de empresa en virtud de su dominio de la organización? Algunas consideraciones críticas». *Cuadernos de Política Criminal* N°88 (2006).

Górriz, Elena. *El concepto de autor en el Derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

Grisolía, Francisco. «La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude». *Revista de Ciencias Penales* 34 (1975).

Guzmán, Susana. «Problemas de autoría y participación en la estructura empresarial». Tesis doctoral. Universidad de León, 2019.

Hernández, Héctor. «Apuntes sobre la responsabilidad penal (imprudente) de los directivos de la empresa». *Revista de Estudios de la Justicia*, n°10 (2008): 175-198.

- Hernández, Hector. «Perspectivas del Derecho Penal Económico en Chile». *Persona y Sociedad*, vol. XIX, n°1 (2005): 101-134.
- Jakobs, Günther. *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- Jakobs, Günther. *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*. Buenos Aires: Editorial Rubinzal, 2000.
- Jakobs, Günther. «El ocaso del dominio del hecho: una contribución a la normativización de los conceptos jurídicos». En *El sistema funcionalista del derecho penal. Ponencias presentadas en el II Curso Internacional de Derecho Penal*, editado por Günther Jakobs y Manuel Cancio, 165-194. Lima: Grijley, 2000.
- Jakobs, Günther. *La imputación objetiva en el Derecho penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1996.
- Jakobs, Günther. «La intervención delictiva». *Cuadernos de Política Criminal* n°85 (2005).
- Jescheck, Hans-Heinrich y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*. Granada: Comares, 2002.
- Labatut, Gustavo. *Derecho Penal. Tomo I*. Santiago, Editorial Jurídica, 1990.
- Lesch, Heiko. «Intervención delictiva e imputación objetiva». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n°48 (1995).
- Lorca, Rocío. *La coautoría en el Derecho Penal*. Tesis de pregrado. Universidad de Chile, 2006.
- Mackinnon, John. *Autoría y participación en el delito de receptación*. Santiago, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile: 2002.
- Mañalich, Juan Pablo. «Condiciones generales de punibilidad». *Revista de Derecho UAI*, n°2 (2005).
- Mañalich, Juan Pablo. «Organización delictiva. Bases para su elaboración dogmática en el Derecho penal chileno». *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, n°2 (2011): 279-310.
- Martínez-Buján, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2019.
- Martínez-Buján, Carlos. «Desarrollos de la dogmática de la autoría en el Derecho penal económico y empresarial. Peculiaridades a la luz de la concepción significativa de la acción (y del Código penal español)». En *Derecho Penal Económico y Teoría del Delito*, editado por Eduardo Crespo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Matus, Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. *Manual de Derecho Penal Chileno – Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- Mir, Santiago. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires: B de F, 2016.
- Muñoz Conde, Francisco. «Problemas de autoría y participación en el Derecho penal económico, o ¿cómo imputar a título de autores a las personas que, sin realizar acciones

ejecutivas, deciden la realización de un delito en el ámbito de la delincuencia económica empresarial?». *Revista Penal*, n°14 (2001): 59-98.

Novoa, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Santiago: Editorial Jurídica, 1966.

Novoa, Juan Pablo. «Responsabilidad penal de los órganos directivos de la empresa». *Actualidad Jurídica*, n°18 (2008): 431-472.

Núñez, Elena. «La responsabilidad penal en la empresa». *Revista de Estudios de la Justicia*, n°10 (2008): 157-173.

Pacheco, Joaquín Francisco. *El Código Penal concordado y comentado*. Madrid: Edisofer, 2000.

Peñaranda, Enrique. «Autoría y participación en la empresa». En *Cuestiones actuales de derecho penal económico*. Editado por José Ramón Serrano-Piedecabras. Madrid: COLEX, 2008.

Politoff, Sergio. «Cometer y hacer cometer: desarrollo y significación actual de la noción de la autoría mediata». En *Homenaje al Doctor Marino Barbero Santos. In Memoriam*. Editado por Luis Arroyo e Ignacio Verdugo. Cuenca: Universidad de Castilla – La Mancha, 2001.

Politoff, Sergio, Matus Jean Pierre y Ramírez, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Robles Planas, Ricardo. «Tema 5. Imputación del delito económico a personas físicas (I). Tipo objetivo». En *Lecciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, editado por Jesús María Silva Sánchez, 121-163. Barcelona: Atelier, 2020.

Roxin, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte general, Tomo I*. Pamplona: Editorial Civitas, 1997.

Roxin, Claus. *Derecho Penal, Parte general, Tomo II*. Pamplona: Editorial Civitas – Thomson Reuters, 2014.

Roxin, Claus. «El dominio de la organización como forma independiente de autoría mediata». *Revista de Estudios de la Justicia*, n°7 (2006).

Roxin, Claus. «Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión» en Claus Roxin et al. *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000.

Schroeder, Friedrich-Christian. «El salto del autor detrás del autor al otro lado del Atlántico». *Cuadernos de Política Criminal* N°101 (2010).

Schünemann, Bernd. «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa». *Crónicas Extranjeras* (1982): 529-558.

Schünemann, Bernd. «El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objetiva común para todas las formas de autoría». *Derecho Penal y Criminología* Vol. 25 n°75 (2004).

Schünemann, Bernd. «El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata». *Derecho Penal y Criminología*, vol.25 n°75 (2004): 27-42.

Schünemann, Bernd. «Responsabilidad penal en el marco de la empresa dificultades relativas a la individualización de la imputación». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t.55 (2002).

Silva Sánchez, Jesús María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Madrid: Edisofer, 2016.

Silva Sánchez, Jesús María. *La Expansión del Derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Civitas: Madrid, 2001.

Soto, Miguel. «La Noción de Autor en el Código Penal Chileno». *Gaceta Jurídica* n°68 (1986).

Tiedemann, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

Van Weezel, Alex. «Intervención delictiva y garantismo penal. A la memoria de Juan Bustos Ramírez». *ZIS* 8 (2009).

Van Weezel, Alex. *Límites de la imputación penal. Estudios 2000-2010*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

Winter, Jaime. «Esquema general de la diferenciación coautoría y complicidad en el Código Penal Chileno. Al mismo tiempo, una crítica a la teoría de la participación». *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n°17 (2014).

Winter, Jaime. «Panorama del derecho penal empresarial en Chile». En *Reformas Penales*, coordinado por Kai Ambos, Jean Pierre Matus, Ezequiel Malarino, Gustavo Urquizo y Jaime Winter, 87-121. Santiago: DER Ediciones, 2017.

Yáñez, Sergio. «Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno». *Revista de Ciencias Penales*, t. XXXIV, n°1 (1975): 49-64.