

## CONSIDERACIONES SOBRE LA DELIMITACIÓN ENTRE COAUTORÍA Y COMPLICIDAD EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL CHILENO

**Considerations on the delimitation between co-authorship and complicity  
in the context of chilean criminal law**

*Gonzalo Bascur R.\**

**Resumen:** El presente trabajo describe el estado del arte en la doctrina nacional respecto a la delimitación entre coautoría y complicidad, en cuanto categorías jurídicas de intervención delictiva (o autoría y participación criminal). Para ello, primero determina la importancia práctica del problema y desarrolla brevemente las principales teorías sobre el concepto material de autor que han sido recepcionadas en el medio nacional, acotadas en particular a la situación de la coautoría. Luego, examina la regulación positiva existente, en particular, los arts. 15 N° 1-3 y 16 del Código Penal, habida consideración de las diversas interpretaciones doctrinarias al respecto, finalizando con un ejemplo práctico en que se articulan los tres principales modelos actualmente vigentes: (i) el dominio (funcional) del hecho, (ii) la teoría analítica del hecho punible y (iii) la teoría cuantitativa de la intervención delictiva.

**Palabras clave:** Autor – Autoría y Participación – Coautoría – Complicidad – Intervención Delictiva – Participación Criminal.

**Abstract:** This paper describes the state of the art in the national doctrine regarding the distinction between primary criminal responsibility (co-authorship) and secondary criminal responsibility (complicity), as legal categories of criminal involvement. To do this, first determine the practical importance of the problem and develops briefly the main theories on the material conception of authorship they have been receptioned the national average, bounded in particular the situation of co-authorship. Then examines the positive regulation, in particular arts. 15 N° 1-3 and 16 of the Penal Code, taking account of the various doctrinal interpretations about it, ending with a practical example in which the three main models currently in force are articulated: (i) the domain (functional) of fact, (ii) the analytical theory of the offense and (iii) the quantity theory of criminal involvement.

**Keywords:** Author – Authorship and participation – Co-authoring – Complicity – Criminal Intervention – Criminal Involvement.

---

\*Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Talca. Correo electrónico: [gonzalo\\_bascur@hotmail.com](mailto:gonzalo_bascur@hotmail.com). Trabajo correspondiente a la actividad de Seminario I del Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Talca, bajo la orientación del profesor Dr. Marcelo Hadwa Issa, a quien agradezco especialmente las valiosas observaciones y comentarios efectuados a una versión preliminar del documento.

## 1. Objeto y relevancia del problema analizado

El art. 14 del Código Penal chileno (en adelante: CP) reconoce tres categorías de intervinientes en el delito:<sup>1</sup> (i) autores, (ii) cómplices y (iii) encubridores. Como es sabido, a cada una de estas conductas se le asigna una diferente graduación de pena. Si se toma en consideración que un relevante número de los casos juzgados por los tribunales consisten en situaciones de codelincuencia (o concurso de varias personas en la realización del delito), estimo que la distinción más relevante en términos prácticos<sup>2</sup> es la otorgada al *cómplice* (art. 16 CP) por contraposición al *autor* (art. 15 CP), que en el marco de la intervención múltiple en la comisión de un delito se denomina *coautor*.

La conclusión previa se sustenta, a nivel legal, en la existencia de reglas expresas que permiten aminorar la carga de responsabilidad penal establecida para la complicidad:

- a) De acuerdo a una interpretación armónica de las reglas sobre determinación legal de la pena, contenidas en los arts. 50 a 54 CP, a los cómplices les corresponde una pena inferior en un grado al mínimo de la sanción asignada a los coautores;<sup>3</sup> mientras que en caso de delitos-faltas, de acuerdo al art. 498 CP, la pena no puede exceder de la mitad que corresponda a los autores.
- b) Según dispone el art. 1 de la Ley N° 18.216, las exclusiones generales (inciso I) y especiales del régimen de sustitutivos penales vigentes, estas últimas relativas a los condenados previamente por ciertos delitos contra la propiedad<sup>4</sup> (inciso IV), se aplican exclusivamente a los autores (o

---

<sup>1</sup> Esta circunstancia permite considerar que nuestro CP establece un sistema *diferenciador* en materia de autoría y participación, es decir, un modelo que distingue entre autores, figuras principales que responden por el hecho como propio, y partícipes (cómplices e inductores), que son figuras accesorias (o secundarias) y que responden (condicionados) por el hecho del autor (o coautores). HERNÁNDEZ (2011), pp. 365-423, p. 367.

<sup>2</sup> La señalada relevancia surge de que el CP reserva para el inductor la misma pena asignada al autor (art. 15 N° 2 CP), mientras que tratándose del encubridor, mayoritariamente no se le considera un interviniente en el delito, sino más bien un delito de carácter autónomo (aunque en la mayoría de los casos su penalidad se determine conforme a un delito previamente cometido). Por todos: HERNÁNDEZ (2011), pp. 408-409, 418-419.

<sup>3</sup> Como afirma Matus, esta rebaja de pena no es una consecuencia necesaria del sistema. Actualmente, entre otros casos, la complicidad se castiga con la pena de autor en los delitos de connotación sexual de los párrafos 5 y 6 del título VII, Libro II CP, en virtud de la cláusula especial del art. 371 CP, como también en el denominado aborto del facultativo (art. 345 CP). MATUS (2010), pp. 205-220, pp. 214-215.

<sup>4</sup> Se trata de los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas de carácter calificado (art. 433 CP), simple o a título de piratería (ambos regulados en el art. 436 CP) y por el delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado o lugares asimilados (art. 440 CP).

coautores) de delito consumado, restando abierta la posibilidad de su concesión a los cómplices.<sup>5</sup>

Por lo anterior, una clara distinción entre los criterios que permitan delimitar la coautoría de la complicidad resulta actualmente indispensable.<sup>6</sup> Esta necesidad presupone la existencia de un margen de indeterminación al respecto. A mi juicio, este problema existe (como se verá) debido a la yuxtaposición de requisitos comunes para configurar ambas categorías. Principalmente me refiero a las exigencias de (i) la división del trabajo delictivo<sup>7</sup> y a (ii) la prestación del aporte efectuada en fase ejecutiva. Ello contribuye a la generación una zona gris en la materia, cuyas soluciones tradicionales muchas veces corren el riesgo de bordear el decisionismo judicial: “el tratamiento del “loro” y el “jefe de la banda” en doctrina y jurisprudencia son ilustrativos en este sentido”.<sup>8</sup>

El presente trabajo centra la atención en la revisión de los criterios de delimitación existentes en nuestro medio entre coautoría y complicidad. Cabe advertir que el desarrollo se orienta exclusivamente a los denominados delitos dolosos *comunes* de dominio (u organización). Ello implica que no se hace cargo sobre la posibilidad, mayoritariamente rechazada en nuestro medio, de apreciar tal distinción en los delitos imprudentes,<sup>9</sup> ni en los delitos dolosos *especiales* de infracción de deber,<sup>10</sup> en caso de admitirse tal categoría dogmática,<sup>11</sup> temas en sí sumamente atractivos pero que exceden con creces el propósito y extensión de las siguientes líneas.

## 2. Cuestiones conceptuales preliminares sobre la intervención delictiva

A partir de la consideración previa, como primera aproximación conceptual y a riesgo de simplificar en exceso la discusión, ambos títulos de imputación constituyen manifestaciones de la intervención de dos o más personas en la realización de un delito, que pueden ser caracterizadas de la siguiente forma: *coautoría* puede definirse como la *realización conjunta* del delito por los

<sup>5</sup> El inciso II del art. 1 de la Ley N° 18.216 excluye a los cómplices (y autores) condenados previamente por sentencia ejecutoriada por alguno de los delitos tipificados en la Ley N° 20.000 (o sus predecesoras), salvo que se les haya reconocido la circunstancia atenuante especial de colaboración eficaz; y excluye absolutamente a todo interviniente de la pena sustitutiva de prestación de servicios a favor de la comunidad. Cabe señalar que se encuentra en entredicho la situación del inductor, legalmente considerado como autor pero unánimemente reconocido como partícipe.

<sup>6</sup> Resalta esta necesidad: VIVEROS (2013), pp. 659-675, pp. 660-661.

<sup>7</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), p. 652.

<sup>8</sup> VAN WEEZEL (2012), pp. 143-161, p. 159.

<sup>9</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 368.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pp. 385-387.

<sup>11</sup> De lo contrario, el desarrollo también resultaría aplicable a los delitos especiales propios en caso de intervención de múltiples sujetos activos cualificados (o *intraanei*).

intervinientes;<sup>12</sup> mientras que *complicidad*, como la prestación de ayuda (conocida o no por el favorecido) a la conducta desplegada por el autor (o coautores).<sup>13</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, un primer obstáculo en nuestro medio para la formulación de criterios diferenciadores entre ambas categorías es la ausencia de un concepto legal de coautor. A diferencia del Código Penal alemán<sup>14</sup> y el Código Penal Español,<sup>15</sup> la recepción legislativa de la coautoría ha significado un ejercicio interpretativo sobre las modalidades de autoría definidas en los numerales 1 y 3 del art. 15 CP.<sup>16</sup> Esta labor se ha desarrollado a partir de teorías sobre la intervención delictiva desarrolladas sobre la base de textos legales originarios de tales latitudes, cuya importación a nuestro medio ha condicionado la forma en que se efectúa la relectura de las respectivas disposiciones, explicando la constante remisión en la materia fuentes bibliográficas germanas e hispanas.

El origen histórico de estas construcciones dogmáticas se retrotrae al siglo XV, cuando los primeros comentadores de la *Constitutio Criminalis Carolina* elaboraron la figura del *complice menos importante*. Su creación, pese a no encontrarse consagrada en el texto de la ley, obedeció a la necesidad de diferenciar entre los sujetos que contribuían a realizar el delito dado lo injusto que resultaba castigar a todos por igual.<sup>17</sup> Con el tiempo, legislativamente se recogió la diferenciación de intervenciones de primer y segundo orden, cuyos rasgos esenciales consisten en una diversa graduación de la sanción aplicable, expresiva del contenido simbólico de merecimiento de una y otra, y la accesoriedad de las conductas secundarias respecto a las primarias, sin las cuales estas no resultarían punibles por ser estrictamente dependientes.<sup>18</sup> La evolución de los diferentes modelos transita desde iniciales esfuerzos dirigidos a cuantificar los aportes desde un punto de vista causal (modelos *cuantitativos*), a una importante redefinición a partir del descubrimiento de una diferencia *cualitativa* entre los intervinientes: mientras el autor comete su propio delito, el partícipe presta una contribución *accesoria* al delito

---

<sup>12</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 399.

<sup>13</sup> MAÑALICH (2014a), pp. 82-89.

<sup>14</sup> El § 25 II StGB (CP alemán) define la coautoría de la siguiente forma: “Si varios cometen *conjuntamente* el hecho, se castigará a cada uno como autor (coautor)”. La cursiva es nuestra. ROXIN (2014), p. 146.

<sup>15</sup> Dispone el art. 28 inc. I del CP español: “*Son* autores quienes realizan el hecho por sí solos, *conjuntamente* o por medio de otro del que se sirven como instrumento”. A ello se añade el literal b) que establece que también *serán considerados* autores: “Los que *cooperan a su ejecución* con un acto sin el cual no se habría efectuado”. Énfasis añadido.

<sup>16</sup> Por todos: HERNÁNDEZ (2011), pp. 399-408.

<sup>17</sup> VAN WEEZEL (2009c), p. 437 (cita n. 33). Como apunta Matus, este era el sistema vigente en Chile desde que regía el Derecho de Las Partidas hasta la entrada en vigor del Código de 1874, siendo que las diferencias penológicas, cuando se permitían, lo eran simplemente atendiendo al “mayor o menor influjo” que los cómplices tuviesen en el hecho, siendo la regla general que tanto a ellos como los encubridores y los autores se les imponía similar pena, según la Regla 19 del Título 34 de la Partida Séptima. MATUS (2010), pp. 212-213 (incluyendo cita n. 36).

<sup>18</sup> COUSO (2015), pp. 267-295, pp. 286-287.

*ajeno*.<sup>19</sup> Debido a ello, el autor pasó a ocupar el sitial preferente a partir del cual, por efecto reflejo, se lograrían identificar las conductas de participación, razón por la que la gran mayoría (si no todas) las construcciones se denominan *teorías sobre la autoría*.

Estos modelos de autor tienden a ser clasificados de acuerdo a la expansión o restricción de la amplitud del criterio de autoría, a mi juicio utilizándose como baremo determinadas intuiciones sobre el merecimiento de pena, asociadas al fundamento material que explique cuándo un interviniente es figura central del suceso. De una u otra forma, la búsqueda de una cierta *ontología* del concepto de autor determinaría por contraste a las figuras periféricas,<sup>20</sup> y ha permitido caracterizar como modelos *restrictivos* aquellos que limitan la adscripción de autoría en términos relativamente razonables (según el caso), mientras que se categorizan como *extensivos* los modelos que amplían la autoría a supuestos de hecho que reflejarían un inferior merecimiento de pena (considerados como *participación*).<sup>21</sup>

Fluye naturalmente de la evolución histórica del concepto de autor, que una interpretación restrictiva sería la forma de aproximarse a una solución dogmáticamente satisfactoria, entendiendo por tal una construcción que permita arribar a soluciones justas para su respectivo campo de aplicación.<sup>22</sup> Por ello, deberían intensificarse los esfuerzos por interpretar la regulación de los arts. 15 y 16 CP en forma restrictiva,<sup>23</sup> sin que resulte acertado considerar apriorísticamente que el legislador optó por petrificar cierto modelo de autoría de carácter vinculante para el operador.<sup>24</sup> En lo sucesivo, se explicarán brevemente los caracteres esenciales de las principales teorías de la autoría que han sido recogidas en la doctrina y jurisprudencia nacional, en estricta relación a la modalidad de coautoría, para su posterior utilización en la interpretación de los arts. 15 y 16 CP.

---

<sup>19</sup> VAN WEEZEL (2009c), pp. 437-438.

<sup>20</sup> COUSO (2012), pp. 91-133, pp. 95 (cita n. 12), 96-117.

<sup>21</sup> Los conceptos extensivos y restrictivos de autor se agrupan bajo las denominadas teorías diferenciadoras. En el polo opuesto, se identifican las denominadas teorías *unitarias* de la autoría, cuya nota característica es atribuir responsabilidad a cada interviniente sin ninguna consideración a la responsabilidad de los demás (o a lo más considerándola una condición objetiva de punibilidad), sorteando de esta forma el problema de cómo la autorresponsabilidad de cada uno debe ser articulada en el contexto de una obra común. En detalle: VAN WEEZEL (2009c), pp. 435-436.

<sup>22</sup> VAN WEEZEL (2012), pp. 144-146.

<sup>23</sup> HERNÁNDEZ (2011), pp. 402-403, 406; SOTO (1986), pp. 13-54, p. 49.

<sup>24</sup> Pues como señala van Weezel, la elaboración consistente de los conceptos restrictivos de autor surge con posterioridad a la dictación del CP, refiriéndose a la mismísima teoría del tipo penal elaborada por Beling a partir de 1906. VAN WEEZEL (2012), p. 145 (con cita al pie n. 4).

### 3. Las teorías de la (co)autoría y su desarrollo en el derecho chileno

Como nota común a la exposición de esta materia en nuestra doctrina tradicional, salvo notables excepciones, suele generarse un primer acercamiento conceptual a la noción de autor que luego presenta escasa incidencia (si acaso alguna) en la interpretación de la regulación positiva del art. 15 CP, por lo que los criterios de delimitación de la participación con la autoría no se reconducen a un concepto material de autor y por ende, quedarían huérfanos de criterios valorativos consistentes.<sup>25</sup> En parte, considero que este fenómeno se explica por la técnica de positivización inusualmente detallada empleada por la Comisión Redactora en la redacción del art. 15 CP,<sup>26</sup> cuya aparente incompatibilidad con las soluciones establecidas por los modelos de autoría complicarían al intérprete o derechoante, lo forzarían a contradecir sus presupuestos dogmáticos de partida.<sup>27</sup>

A continuación expondré brevemente los principales modelos de autoría desarrollados en nuestra doctrina: (i) la teoría objetivo-formal; (ii) la teoría del dominio (funcional) del hecho; (iii) la teoría analítica del hecho punible y; (iv) la distinción cuantitativa entre autoría y participación. Para ilustrar las consecuencias principales de cada tesis, me serviré de un ejemplo sencillo sobre una realización planificada del delito de robo con intimidación simple (art. 436 inciso 1° CP):

(A) se desempeña como guardia de seguridad en una empresa de transporte de valores. Conocedor de las rutas y horarios de distribución, informa a (B) la hora y lugar de entrega de dinero a una vulnerable estación de servicios ubicada en las afueras de la ciudad, a cambio de una tajada del botín. (C), dueño de una furgoneta utilizada en el rubro de reparaciones, acepta llevar a (B) como a (D) al momento indicado. El día del hecho, (B), por motivos personales, no puede intervenir pero entrega todas las instrucciones a (C) y (D), incluyendo un arma de fuego. Finalmente, (E) se incorpora espontáneamente al plan, y mientras (C) espera en el vehículo, (D) intimidada con el arma a los funcionarios de valores mientras (E) logra sustraer varias bolsas de dinero, escapando ambos junto a (C) hacia la ciudad.

#### a) La teoría objetivo-formal

La denominada teoría objetivo-formal, dominante en Alemania hasta el primer tercio del siglo XX y en España hasta tiempos recientes,<sup>28</sup> considera autor exclusivamente al sujeto que ejecuta por sí mismo, total o parcialmente, el verbo rector descrito en el tipo penal (o determinadas acciones expresamente descritas),

---

<sup>25</sup> Esta observación la efectúa Couso únicamente respecto a la obra de Garrido: COUSO (2012), p. 122 (continuación de la nota al pie n. 91), pero considero que resulta aplicable igualmente, como se verá, a los planteamientos de Etcheberry, Labatut y Novoa.

<sup>26</sup> NOVOA (2005), pp. 181-182.

<sup>27</sup> HERNÁNDEZ (2011), pp. 385-386. WINTER (2014), pp. 39-54, p. 41.

<sup>28</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), pp. 411-412.

de manera que todos los restantes intervinientes serían inductores o cómplices,<sup>29</sup> pues estos últimos solamente desplegarían conductas preparatorias o periféricas al tipo, en principio impunes, pero que resultarían sancionadas mediante la tipificación del tipo subordinado de complicidad.<sup>30</sup>

En general, la teoría objetivo-formal fue criticada, además de su imposibilidad para explicar la autoría mediata, por su extrema restricción del concepto de coautor a la realización de la acción descrita como típica.<sup>31</sup> En nuestro medio Etcheberry adhiere en principio a esta posición,<sup>32</sup> lo que resulta congruente con su observación de que la estructura regulativa nacional difiere de las elaboraciones dogmáticas extranjeras,<sup>33</sup> sin embargo, a pesar de renegar de la existencia de un concepto pre-jurídico y adherir al papel configurador de la ley en la autoría, sostiene que el art. 15 CP asimilaría conductas de participación en desmedro de la calidad de cómplice,<sup>34</sup> lo cual prácticamente anularía el campo de aplicabilidad del art. 16 CP.<sup>35</sup>

Resulta interesante en este punto la posición defendida por Náquira,<sup>36</sup> quien pese a explicitar su adherencia a la teoría del dominio funcional del hecho, modificada por la elaboración de Díaz y García Conlledo (bautizada como *dominio objetivo y positivo* del hecho), en su resultado práctico conlleva que solo puede ser coautor (es decir, ostentar el *codominio* del hecho) quien ejecuta conjuntamente la *acción típica* prohibida.<sup>37</sup> Esta consecuencia deriva de la formulación de Díaz y García Conlledo, que exige la realización conjunta de la *acción típica nuclear*, variante que restringiría notablemente el campo de aplicación de la autoría,<sup>38</sup> tanto por el tipo de conductas como por su necesaria aportación en fase ejecutiva, lo que a nuestro juicio resulta similar a lo propuesto por la teoría formal-objetiva.

De esta forma y de acuerdo al ejemplo propuesto, para la teoría objetivo-formal exclusivamente (D) y (E) podrían ser considerados coautores,

---

<sup>29</sup> ROXIN (2000), p. 54.

<sup>30</sup> CURY (2005), p. 590.

<sup>31</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), pp. 480-484.

<sup>32</sup> Indirectamente Labatut adhiere a la concepción objetivo-formal (que denomina como doctrina restrictiva), aunque reconoce que el CP se inclinaría por un concepto extensivo de autor en desmedro de la complicidad. LABATUT (1995), p. 197.

<sup>33</sup> ETCHEBERRY (1998), pp. 73-76.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pp. 85-88.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 99-100.

<sup>36</sup> Resalta lo peculiar de la posición de Náquira, HERNÁNDEZ (2011), p. 400.

<sup>37</sup> NÁQUIRA (2004), pp. 515-528, pp. 524-525.

<sup>38</sup> La posición de Díaz y García Conlledo no deriva en consecuencias tan drásticas en el ordenamiento español dada la existencia de la figura del *cooperador necesario*, quien pese a ser considerado por la doctrina como un cómplice en sentido estricto, el art. 28 b) CP español lo castiga con la pena de autor. La disposición señala que serán considerados autores: “Los que cooperan a su ejecución (del delito) con un acto sin el cual no se habría efectuado”. Explicita esta ventaja del modelo español, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), p. 693.

mientras que (A), (B) y (C) solo podrían resultar castigados como partícipes.

## b) La teoría del dominio (funcional) del hecho

Para la teoría del dominio del hecho, autor sería quien *domina* el acontecer que conduce a la realización del delito, característica que explicaría su centralidad en el evento, mientras que serían partícipes, aquellos sujetos que no configuran de manera decisiva su ejecución, circunstancia que justificaría su consideración como figuras marginales que dejarían en manos ajenas el dominio del suceso.<sup>39</sup> Este principio rector se manifestaría en la coautoría a través de la formulación del criterio del dominio *funcional* del hecho, cuya variante más difundida corresponde al relevante aporte efectuado por Roxin.<sup>40</sup> Para esta tesis, la coautoría es la realización del tipo mediante ejecución con división del trabajo. De ahí que pueda hablarse de un *codominio* sobre la ejecución del delito, es decir, un dominio basado en la *función* irremplazable que cumple el coautor, de manera que el rol asignado a cada uno les otorgaría la posibilidad de hacer fracasar el plan delictivo mediante su negativa o rechazo a realizar su parte en el trabajo.<sup>41</sup> Esta facultad de cada coautor ha llevado que, en forma crítica, esta tesis haya sido denominada también como dominio *negativo* del hecho.<sup>42</sup>

La estructura de la coautoría, de acuerdo al modelo roxiniano, quedaría determinada por tres requisitos centrales: (i) la existencia de un plan conjunto o común de ejecutar el hecho; (ii) una ejecución conjunta del hecho y; (iii) una contribución esencial prestada en la fase ejecutiva.<sup>43</sup>

El primer requisito exige la constatación de un plan conjunto de ejecución del delito, también denominado como acuerdo de voluntades.<sup>44</sup> Si bien Roxin no lo declara explícitamente, considero que según la forma en que lo desarrolla, se trataría de un requisito objetivo del tipo complementario de coautoría. La función estructural de este elemento sería asignar a cada uno de los intervinientes su labor en el conjunto del suceso (que de ser esencial, fundamentaría el codominio),<sup>45</sup> por lo que se trataría de una condición necesaria para fundamentar la coautoría, aunque no suficiente,<sup>46</sup> pues también podrían constatarse casos de complicidad

---

<sup>39</sup> ROXIN (2014), p. 69

<sup>40</sup> En este sentido Díaz y García Conlledo apunta que “antes de ROXIN, la aplicación de la teoría del dominio del hecho a la distinción entre coautor y cooperador presentaba perfiles difusísimos, vaguedades, referencias exclusivas a casos concretos que no guardaban relación entre sí y de los que apenas se podía extraer elemento común alguno, etc. Es ROXIN quien da unos perfiles más precisos al dominio del hecho”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), p. 652.

<sup>41</sup> ROXIN (2014), p. 146.

<sup>42</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), pp. 30-32. NÁQUIRA (2004), pp. 522-523.

<sup>43</sup> ROXIN (2014), p. 147.

<sup>44</sup> CURY (2005), p. 611.

<sup>45</sup> ROXIN (2014), p. 147.

<sup>46</sup> CURY (2005), p. 612.

concertada. El concepto de plan conjunto significa la existencia de un proceso de comunicación expreso o concluyente en que los intervinientes expresan su conformidad o coincidencia en la ejecución conjunta.<sup>47</sup> Sin embargo, el mutuo acuerdo o concierto debe ser distinguido del requisito básico de imputación subjetiva (dolo) sobre el tipo complementario de coautoría.<sup>48</sup> La principal consecuencia de este requisito es que resultaría imposible, según este modelo, apreciar una situación de coautoría unilateral.<sup>49</sup> Considero que una modalidad unilateral o unidireccional de coautoría consistiría en un aporte a la ejecución conjunta del hecho sin la aprobación o inclusive conocimiento de los restantes coautores.

Como segundo y tercer requisito, se exige la ejecución conjunta del hecho mediante aportaciones *esenciales* prestadas exclusivamente en fase ejecutiva.<sup>50</sup> En palabras de Roxin: “solo quien desempeña un papel co-configurador en la ejecución puede dominarla. 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 –salvo en los casos de autoría mediata– a su dominio”.<sup>51</sup> De esta forma, lo relevante para que la prestación se considere efectuada en fase ejecutiva, no sería la presencia física en el lugar del hecho, sino que la actuación se verifique en forma simultánea durante la ejecución,<sup>52</sup> es decir, desde la tentativa hasta la consumación.<sup>53</sup> Por otra parte, el carácter esencial de cada aporte consistiría en que su prestación otorgue el dominio *negativo* sobre la realización, cualidad que se evidenciaría tanto en el reparto de *actos ejecutivos descritos en el tipo delictivo*<sup>54</sup> como también en el caso *acciones ejecutivas no típicas*.<sup>55</sup>

Conforme a lo anterior, la restricción de la coautoría a la fase ejecutiva cumpliría dos funciones principales: (i) restringir el amplio campo de aplicación del acuerdo previo y el dominio negativo del hecho<sup>56</sup> y (ii) justificar la dependencia recíproca de las contribuciones en forma aislada al principio de accesoriadad<sup>57</sup> (ausente entre los propios autores).

---

<sup>47</sup> ROXIN (2014), p. 148.

<sup>48</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), pp. 655-656.

<sup>49</sup> ROXIN (2014), p. 148.

<sup>50</sup> CURY (2005), pp. 613-614. NÁQUIRA (2004), pp. 525-526.

<sup>51</sup> ROXIN (2014), p. 151.

<sup>52</sup> CURY (2005), p. 613. ROXIN (2014), p. 152.

<sup>53</sup> ROXIN (2014), pp. 160-161.

<sup>54</sup> Circunstancia que constituye el criterio de autoría de las denominadas teorías objetivo-formales, cuyo exponente más célebre fuera Beling. CURY (2005), pp. 590-591.

<sup>55</sup> CURY (2005), p. 613. ROXIN (2014), p. 157. El tradicional ejemplo de una acción ejecutiva no típica es el sujetar forzosamente a la víctima mientras otro la mata, de manera que la coacción ejercida si bien no se encuentra descrita en el tipo de homicidio, integraría su ejecución.

<sup>56</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), p. 672.

<sup>57</sup> VAN WEEZEL (2009a), pp. 293-344, pp. 306-308.

En suma, para la teoría del dominio funcional del hecho constituirían actos de complicidad: (i) la prestación de aportes unilaterales a la ejecución del delito; (ii) la prestación de aportes no esenciales durante la ejecución del delito, tales como el ejercicio de funciones protectoras periféricas y apoyos psíquicos intensificadores del hecho<sup>58</sup> y; (iii) la prestación de colaboración en la fase preparatoria del delito.<sup>59</sup>

Acorde al ejemplo desarrollado al inicio de la exposición, para la teoría del dominio funcional del hecho las conductas desplegadas por (A) y (B) solo podrían considerarse de complicidad.<sup>60</sup> Y si bien la situación de (C) podría discutirse,<sup>61</sup> en la conducta imputable a (D) y (E) se satisfarían sin discusión los requisitos de la coautoría.

La teoría del dominio del hecho ha suscitado una avalancha de críticas en la doctrina comparada,<sup>62</sup> las que principalmente responden a las consecuencias dogmáticas y prácticas de su base metodológica. Por una parte, el dominio del hecho inclinaría la balanza hacia consideraciones puramente pre-jurídicas (o fácticas) para definir el criterio material de autoría, sin normativizar las categorías de intervención delictiva como originalmente pretendía Roxin.<sup>63</sup> Ello significa que para definir el concepto de autor, más allá de dotar de contenido a la centralidad de la intervención mediante un criterio valorativo referente al tipo penal en cuestión, Roxin termina considerando solo el impacto causal de cada prestación en la posibilidad de consumación del delito, como dato bruto (u óntico), sin atender al significado de cada aporte en relación al sentido del tipo de la parte especial.

Desde un punto de vista conceptual, por otra parte, la teoría el dominio del hecho no lograría funcionar como una teoría *general* de la intervención delictiva, en el sentido de ser aplicable a todo hecho punible, dado que se vería forzada a prescindir de su base material (el dominio fáctico del suceso) en los tipos penales donde las condiciones de imputación dependen de factores valorativos que exceden una dimensión puramente fenomenológica, como lo son los delitos de

---

<sup>58</sup> ROXIN (2014), p. 305.

<sup>59</sup> En detalle: ROXIN (2000), pp. 323-334; ROXIN (2014), pp. 151-160.

<sup>60</sup> Esta consideración es sin perjuicio de que para los partidarios del dominio del hecho, ciertas conductas materialmente constitutivas de complicidad sean asimiladas, formal o sustantivamente, a conductas de autoría en la regulación vigente.

<sup>61</sup> Detalladamente: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDOY DE VICENTE REMESAL (1992), pp. 203-212, pp. 207-209. Asimismo: BALDÓ LAVILLA Y SILVA SÁNCHEZ (1992), pp. 212-216, pp. 212 y ss.

<sup>62</sup> Como se verá, las principales críticas surgen en Alemania por Jakobs y Kindhäuser. En nuestro medio, Garrido se pronuncia señalando que “Pensamos que la referida doctrina no es otra cosa que un inteligente juego conceptual que traslada la cuestión de quién es autor al de quién tiene el dominio del acto, noción inaprehensible y que requiere ser complementada con otros criterios tratándose de los delitos especiales y de propia mano, aún en los delitos dolosos”. GARRIDO (2003), p. 300. Sin embargo, pese a defender (en la nomenclatura) un concepto “normativo” de autor, Garrido termina apelando a un criterio extremadamente subjetivista basada en la finalidad típica del interviniente. COUSO (2012), pp. 95-96.

<sup>63</sup> COUSO (2013), pp. 619-657, pp. 636 y ss.

infracción de deber, circunstancia que ha llevado a la doctrina alemana a elaborar tesis alternativas para el problema de la intervención delictiva.<sup>64</sup> Brevemente, explicaré dos teorías alternativas que considero relevantes dado que sus fundamentos han sido adoptados por dos exponentes de nuestra doctrina más reciente, centrándome exclusivamente en sus observaciones respecto a la coautoría.

En contraste con los modelos tradicionales en la materia, Jakobs, a partir de su planteamiento metodológico de corte funcionalista-sistémico, enfatiza que lo relevante en materia de intervención delictiva no serían las consideraciones empíricas para determinar inicialmente quién es un actor central y otro secundario, sino que establecer cuáles de los sujetos a imputar son jurídicamente *competentes* por la realización del tipo penal. Para esta tesis, la competencia objetiva por el suceso sería el fundamento general del fenómeno de la intervención delictiva,<sup>65</sup> por lo que la fenomenología de la realización, es decir, el dato fáctico sobre cómo se materializa su ejecución, sería tan solo un complemento a las consideraciones normativas (la competencia), operativas exclusivamente a efecto de graduar la pena del interviniente.

Específicamente respecto a la coautoría, Jakobs critica la teoría del dominio del hecho pues la restricción a fase ejecutiva de los aportes, como nota diferenciadora entre coautoría y complicidad, otorgaría relevancia solo a un mero dato fenomenológico, como es la simultaneidad de la prestación y no a lo que él considera esencial en la atribución de responsabilidad penal: el significado objetivo de hacer posible la realización típica, entendido como la expresión objetivada de un acto colectivo de organización lesiva para otro. Como explica Jakobs: “todos los intervinientes ejecutan, con independencia de quién sea la mano que se mueva para ello (...) Frente a la cuestión que se plantea en este punto, relativa a quién entre los intervinientes tiene el dominio del hecho, la respuesta solo puede ser la siguiente: el colectivo”.<sup>66</sup> En esta línea, remarca como la posibilidad de omitir o

---

<sup>64</sup> MAÑALICH (2005), pp. 387-481, pp. 474-475.

<sup>65</sup> Para determinar la competencia por la evitación de la realización del tipo, Jakobs utiliza su propia reformulación de la teoría de la imputación objetiva. En síntesis, para este autor el delito es una expresión social de sentido, por lo que la simple causalidad no puede dar cuenta de a quien compete evitar realizar un delito, sino que ello deriva de las expectativas sociales. Es en función del rol que cumple una persona en la sociedad moderna que esta se vuelve *competente* por un determinado hecho, con independencia de imputación subjetiva de aquella competencia, pues el deber jurídico penal no nacería de la simple representación (subjetiva) del agente, sino de la cristalización jurídica de expectativas sociales plasmada en la norma y concretada en el papel que cada ciudadano cumple en la organización social. La imputación objetiva de la conducta entonces determina el alcance de la norma penal: solo le es aplicable a quién, de acuerdo a su rol, debía evitar su realización. El fundamento de evitación puede estar dado por la propia organización de vida del sujeto, mediante la infracción de deberes negativos (delitos de organización) o por la pertenencia a una determinada institución social, mediante la infracción de deberes positivos o institucionales (delitos de deber). Sintéticamente en: JAKOBS (2000), pp. 87-93, 117-119,

<sup>66</sup> JAKOBS (2000), pp. 98-99.

detener el hecho no fundamenta dominio alguno del acontecer positivo, pues tanto un cooperador imprescindible como un tercero no vinculado podría inmiscuirse o llamar a la policía.<sup>67</sup> A fin de cuentas, lo relevante sería que el colectivo es el que domina la ejecución, sea fijando el marco de su desarrollo o sea rellenando dicho marco, pues todas se tratarían de contribuciones que pueden darse progresivamente (en fase preparatoria) hacia un mismo emprendimiento común.<sup>68</sup>

La profundización de este enfoque es realizada por un discípulo de Jakobs. Para Lesch, la persecución de un objetivo común supraindividual (en trabajo dividido) es lo que define la coautoría, circunstancia que no debe comprenderse como una comunidad *psíquica*, sino como una comunidad *objetiva*, esto es, entendida como expresión de sentido de la acción de varias personas, que refleje comunicativamente una conexión objetiva de los actuantes.<sup>69</sup> Ello puede darse, en los delitos de organización, tanto en casos de adaptación *recíproca* a un objeto común, mediante la distribución del trabajo en sentido tradicional, como también en casos de adaptación *unilateral*, como por ejemplo, creación de condiciones para ser aprovechadas por otro no concertado.<sup>70</sup> De ahí que una relevante conclusión de esta tesis sea la prescindencia del acuerdo previo como requisito *necesario* de la coautoría, ni en forma expresa ni en forma concluyente,<sup>71</sup> enfoque que como se verá, es desarrollado en nuestro medio por van Weezel.

Desde un punto de vista diverso, Kindhäuser considera también que el fundamento general de la intervención delictiva es el deber de evitar la realización del tipo. El deber jurídico surgiría ya no de la posición que ocupa un sujeto en la sociedad, sino que de la capacidad de acción de su destinatario, es decir, de la capacidad subjetiva para vincularse a la prohibición o mandato (dolo o imprudencia). Las categorías de intervención delictiva serían diferentes clases de imputación de un hecho como infracción a deber, es decir, pertenecientes al injusto de la acción, cada una con un significado autónomo. A partir de ello, Kindhäuser enfatiza que al destinatario de la norma solo lo vincula la evitación de su propio comportamiento, por lo que tal dominio nunca se podría extender sobre una infracción de deber ajena (que se encuentra definida por la capacidad de acción del otro), al menos sin quebrantar el principio de culpabilidad por el hecho. Por ello, tampoco un dominio fáctico (siquiera en sentido *positivo*) podría servir para la demarcación entre autoría y participación: el propio comportamiento no podría estar dominado al mismo tiempo por otro.<sup>72</sup> Esta forma de construcción del hecho punible, como se verá, es seguida en nuestro medio por Mañalich.

---

<sup>67</sup> JAKOBS (2000), p. 100. En el mismo sentido: KINDHÄUSER (2011), pp. 41-52, p. 47.

<sup>68</sup> JAKOBS (2000), pp. 102-104.

<sup>69</sup> LESCH (1995), pp. 911-972, pp. 953 y ss.

<sup>70</sup> *Ibid.*, pp. 961-964.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 970.

<sup>72</sup> KINDHÄUSER (2011), pp. 45-48.

A modo de síntesis y de acuerdo a las críticas reseñadas, la teoría del dominio del hecho arribaría en su aplicación práctica a soluciones poco satisfactorias. En general, resultaría insuficiente ante grupos de casos en que el nivel de merecimiento de pena de ciertas conductas no se condice con las restricciones que impone el modelo. Ejemplificativamente: (i) supuestos en que faltando la realización de propia mano del hecho, pareciera haber buenas razones para considerar autor al interviniente (el caso del jefe de la banda); (ii) casos en que existiendo proximidad o simultaneidad a la ejecución se produce la situación inversa (el caso del vigilante), lo que se evidencia claramente contextos determinados por procesos complejos con alta especialización de funciones, donde la fase ejecutiva del delito se desdibuja a una actividad con muy poco relieve en términos fenomenológicos (caracterizada como “apretar el botón de la máquina infernal”), pero que por un anclaje naturalista conlleva sancionar mediante la expresión de “cortar el hilo por lo más delgado” (como el caso de determinados subalternos).<sup>73</sup>

Sin perjuicio de todo lo anterior, en la actualidad se aprecia una notable influencia de la teoría del dominio funcional del hecho tanto en la doctrina<sup>74</sup> como en la jurisprudencia nacional.<sup>75</sup> Expresivo de este fenómeno es una conocida sentencia de la Corte Suprema en que se declara que la ley chilena recogería (implícitamente) este criterio informador respecto a la diferenciación entre coautoría y complicidad:

“Que, en opinión de esta Corte, tal criterio informador fue claramente enunciado por Hans Welzel, cuando señaló que la autoría se caracterizaba, en lo esencial, por el dominio final del hecho. *Dominio final del hecho significa la capacidad de decidir, en buenas cuentas, acerca de la consumación o no del ilícito*, el cual a su vez puede derivar de diversas circunstancias. (...) (como) aquel que, en rigor, no puede decidir por sí mismo acerca de la consumación de él, pero sí acerca de su no consumación.”<sup>76-77</sup>

---

<sup>73</sup> VAN WEEZEL (2012), pp. 145-147, 149-151.

<sup>74</sup> Inicialmente: YÁÑEZ (1975), pp. 49-64, p. 58 y ss.; SOTO (1986), pp. 14 y ss. En la actualidad y con un desarrollo interpretativo de relevancia: CURY (2005), pp. 591-594, 610-616; POLITOFF et al. (2004), pp. 398-400. Asimismo: VIVEROS (2013), p. 661-667; NÁQUIRA (2004), pp. 515 y ss.

<sup>75</sup> HERNÁNDEZ (2011), pp. 385-386.

<sup>76</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 2607-1999, de 14 de septiembre de 1999, considerando 13°.

<sup>77</sup> Para Welzel, en situaciones de coautoría, y en forma opuesta a Roxin, debe darse prevalencia al factor subjetivo en la atribución de autoría, inclusive tratándose de actos preparatorios o relativamente no esenciales, aproximándose a las teorías del dolo (en cuanto construcciones extensivas de la autoría). ROXIN (2000), pp. 89-90. En palabras de Welzel: “Pero también es coautor el que objetivamente solo realiza actos preparatorios de ayuda cuando es coportador de la decisión común al hecho (...) El *minus* de coparticipación objetiva en la realización típica tiene que ser compartida con el *plus* de coparticipación especial en el planeamiento del delito”. WELZEL (1976), p. 159. Crítico al respecto de la subjetivización del dominio del hecho por Welzel, CURY (2005), p. 592.

### c) La teoría analítica del hecho punible

Como un aporte relativamente reciente, Mañalich, siguiendo en parte los postulados de Kindhäuser, a partir de un modelo de construcción de la teoría general del delito basado en la distinción entre *normas de comportamiento* y *reglas de imputación*,<sup>78</sup> considera que la intervención delictiva sería una categoría de imputación personal por la realización de un tipo delictivo. Ello significa que se trataría de dos formas diversas de injusto de la acción (o infracción de deber): (i) autoría sería la imputación de la realización típica como *hecho propio* en virtud de la infracción de un deber primario, cuya acción se caracteriza por ende como *principal*; mientras que (ii) participación sería la imputación de una realización típica como hecho ajeno en virtud de la infracción de un deber secundario, esto es, de un deber no posibilitar o favorecer la infracción de deber primario por parte del autor (cuya acción se caracteriza como *auxiliar*).<sup>79</sup>

De esta manera, si lo que justifica la imposición de una pena es la falta de reconocimiento de la norma penal como razón eficaz para la acción, autoría y participación serían variantes en la forma que se imputa este déficit práctico. Por ello, el criterio material de autoría desarrollado por Mañalich consiste en la posición situacional para evitar la realización del tipo, de modo que la acción contraria al seguimiento de la norma pueda ser interpretada (e imputada) como una acción de carácter principal. En caso de autoría individual, acción principal sería la que satisface la descripción típica,<sup>80</sup> pues la descripción determinaría la oportunidad para efectuar la acción conforme a derecho, mientras que acción auxiliar a título de complicidad, aquella que conectada causalmente con la acción principal, evidenciara solo una *prestación de ayuda* para con esta.<sup>81</sup>

Aplicado este criterio al contexto de la coautoría, sería acción principal la que pueda ser interpretada como expresiva de la adopción de un patrón de agencia unitario y recíprocamente vinculante para los intervinientes, de manera que pueda conceptualizarse como la infracción *primaria* de un deber de naturaleza *conjunta*.<sup>82</sup> Mañalich explicita que en la operación de imputación, es decir, de la adhesión del

---

<sup>78</sup> Siguiendo el aparato teórico inicialmente desarrollado por Hruschka, Kindhäuser y Vogel, las *reglas de imputación* regularían las condiciones bajo las cuales una *norma de comportamiento* se vería quebrantada de una manera imputable, es decir, una vez fijada la antinormatividad de una conducta (subsunción en el tipo delictivo), el operador debe atribuirle el carácter de infracción a deber (es decir, la imputación subjetiva que expresa la *contradicción* de la norma), circunstancia ajena al tipo penal y que derivaría de la función de la norma de sanción. En detalle: MAÑALICH (2010b), pp. 169-190, pp. 171-188. De ahí que las reglas sobre intervención delictiva no constituyan tipos complementarios o derivados (ni asimismo *tipos de autor*), pues no integrarían el supuesto de hecho descrito en el tipo penal, sino que más bien, permitirían la atribución de agencia a título principal o auxiliar en el quebrantamiento de las normas de comportamiento.

<sup>79</sup> MAÑALICH (2010a), pp. 385-414, pp. 387-389.

<sup>80</sup> *Ibid.*, pp. 71-79.

<sup>81</sup> *Ibid.*, pp. 86-89.

<sup>82</sup> *Ibid.*, pp. 82-86.

coautor a una *intención compartida* de ejecución de una acción conjunta, no ha de considerarse cómo ella se manifiesta en la subjetividad de cada agente, pues el *principio de contrafactividad de la imputación* implica que este juicio debe llevarse a cabo en términos normativos con independencia de la subjetividad (en sentido psicológico) del imputado.<sup>83</sup> De acuerdo a esta tesis, si las categorías de intervención delictiva son *reglas de imputación*, ello implicaría que la respectiva acción debe exteriorizar un sentido que objetivamente pueda ser interpretado, en sí, como expresivo de la contradicción para la evitación principal de la acción típica, en relación con un esquema común de acción. De ahí que el concepto de patrón unitario de agencia no resulte en todos los casos como sinónimo de mutuo acuerdo, de manera que para Mañalich, resultaría posible un aporte *unilateral* imputable a título de coautoría, tal como en términos similares reconoce la viabilidad de codelincuencia a título imprudente.<sup>84</sup>

Resulta importante destacar la adopción de Mañalich de la tesis formulada por Kindhäuser, para quién la coautoría se basaría en el principio de representación, en forma análoga a su comprensión en el derecho civil (es decir, como una forma de expresión mancomunada de sentido similar a lo que se produce con la celebración de un contrato de mandato, por ejemplo). Ello significa que cada cual ha de ser responsable por el propio comportamiento y al mismo tiempo, ser representado a través del comportamiento ajeno, lo que subjetivamente se expresaría el reconocimiento de un plan conjunto o esquema común de interpretación, y objetivamente, en una contribución exteriormente representativa de este esquema conjunto.<sup>85</sup> De esta forma, para Kindhäuser se daría una situación de complicidad si uno de los intervinientes no actúa en razón de un plan conjunto del hecho o bien no efectúa una contribución representativa de ello,<sup>86</sup> por ejemplo “un indicio de ello viene dado por el hecho de que el cómplice reciba una remuneración aparte por su contribución o que, en todo caso, deba obtener “honorarios” provenientes del botín únicamente en caso de éxito de la empresa”.<sup>87</sup>

Para la teoría analítica del hecho punible, la intervención de (A) y (B), en fase preparatoria, claramente permite considerar una imputación a título de coautoría, en atención al significado de sus respectivos aportes en relación al esquema organizativo. Ya en fase ejecutiva, los aportes de (C), (D) y (E) también resultarían imputables como coautores, por iguales consideraciones.

---

<sup>83</sup> *Ibíd.*, pp. 84.

<sup>84</sup> *Ibíd.*, pp. 84.

<sup>85</sup> KINDHÄUSER (2011), pp. 50-51.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 52.

<sup>87</sup> KINDHÄUSER (2003), p. 69.

#### d) La distinción *cuantitativa* entre autoría y participación

Recientemente, van Weezel, siguiendo los planteamientos de Jakobs y Lesch, ha propuesto una forma de articular el problema de la intervención delictiva completamente original en el medio nacional.<sup>88</sup> Para una adecuada exposición de su tesis necesariamente debo aludir a las consideraciones críticas que este autor efectúa sobre la evolución de los diversos modelos de autoría.

Con arreglo a la evolución dogmática, van Weezel identifica un serio problema en el hecho de que la gran mayoría (sino todos) los modelos teóricos se hayan basado en el esfuerzo de encontrar una diferencia *cuantitativa* entre la conducta del autor y la de los partícipes. Esto habría provocado que hasta el día de hoy no se haya podido zanjar el problema inicial (que data del siglo XV) sobre cómo aislar al cómplice del autor. La pretensión de elaborar o descubrir un elemento que exprese el núcleo de la autoría (o el hecho *proprio* del autor) habría implicado que cada teoría debiese tomar partido por un elemento objetivo o subjetivo de carácter decisivo y otro de carácter limitativo, generando en uno u otro caso problemas prácticos que al final terminarían siendo resueltos, inclusive de forma encubierta, mediante la fundamentación de la intervención exclusivamente a través del dolo, subjetivizando el principio de accesoriadad.<sup>89</sup>

Como otra dificultad, ahora de orden metodológica, la falta de normativización del concepto de ejecución típica (art. 7 CP), generada por su entendimiento tradicional como un proceso psico-físico (o cibernético), impediría una adecuada determinación del merecimiento de pena de los comportamientos jurídicamente relevantes.<sup>90</sup> Ello se basaría en la vigencia moderna del antiguo principio romano *corpore corpori*, consistente en radicar el criterio material de autoría por defecto en la ejecución con el propio cuerpo (o de propia mano) de la acción típica,<sup>91</sup> paradigma alrededor del cual todas las demás formas de intervención se establecerían solamente por extensión. Este arquetipo de autoría *originaria* resultaría incompatible con la realidad social actual, caracterizada por la difusión de riesgos y los contactos sociales anónimos.<sup>92</sup>

Por consiguiente, la tesis de van Weezel consiste en elaborar un concepto unitario de *interviniente* con una redefinición normativa de la *accesoriadad*.<sup>93</sup> En cuanto a lo primero, a partir de la moderna teoría de la imputación objetiva, lo relevante ya no sería elaborar un concepto restrictivo de autor, sino desarrollar un concepto

---

<sup>88</sup> JAKOBS (2000), pp. 93-104. LESCH (1995), pp. 946-948. Aludiendo expresamente a la idea sostenida por Jakobs, aunque no estrictamente a sus fundamentos, Matus pareciera inclinarse en este sentido. MATUS (2010), pp. 219-220.

<sup>89</sup> VAN WEEZEL (2009c), pp. 437-439.

<sup>90</sup> VAN WEEZEL (2012), pp. 153-154.

<sup>91</sup> Asume explícitamente este criterio: COUSO (2012), p. 126.

<sup>92</sup> VAN WEEZEL (2012), pp. 145-147.

<sup>93</sup> VAN WEEZEL (2009b), pp. 371-396, p. 378.

restrictivo de realización típica que permitiera aislar comportamientos que no demostrasen un sentido delictivo.<sup>94</sup> Siguiendo a Jakobs, se define al interviniente como *aquel sujeto competente por la realización del tipo, conforme a la definición jurídica de esferas de responsabilidad (o competencia) establecidas por las respectivas expectativas sociales*, de manera que una vez identificado que un hecho pertenece al ámbito de competencia de un sujeto, surgiría el problema de cómo hacer responsable a otro con respeto al principio de autorresponsabilidad como fundamento de la imputación penal (y su reverso consistente en la inexistencia de responsabilidad por el hecho de otro salvo que existan  *muy buenas razones para ello*). A causa de lo descrito, la accesoriedad debería ser comprendida en términos normativos, en el sentido de que una conducta sería accesoría cuando significase preparación o continuación de la conducta de otros y se cristalizara en la configuración de la conducta típica.<sup>95</sup> De esta forma, a cada interviniente debería poder atribuirse, desde una perspectiva social, que su conducta expresaría un sentido delictivo de forma *mancomunada*.<sup>96</sup> Así, sería el hecho típico lo que se imputa a todos en conjunto, y tanto, lo más importante ya no sería determinar si alguien es autor o cómplice, sino establecer si los sujetos son competentes por la realización típica (de acuerdo a los criterios de la imputación objetiva de la conducta),<sup>97</sup> y por ende, si son *intervinientes* (lo que supone adicionalmente la imputación subjetiva<sup>98</sup> y de culpabilidad). Lo descrito implica que todos los intervinientes (autores y partícipes) resultarían accesoriamente vinculados en una misma expresión colectiva de sentido.

Sentadas las bases previas, la actuación de cada interviniente significaría una configuración parcial de la realización *colectiva* del tipo,<sup>99</sup> es decir, a partir del hecho que todos los intervinientes se encontrarían *cualitativamente* en el mismo plano, pues a todos ellos se imputa el único hecho como propio, resultaría cuantitativamente posible distinguir entre diversos grados de configuración: hay quiénes configuraron más la conducta típica (autores) y quiénes la configuraron menos (cómplices).<sup>100</sup>

La circunstancia de poder graduar el nivel de configuración de cada interviniente presenta una relevante ventaja de este modelo. Si bien la competencia mancomunada por la realización del hecho se debe evaluar desde una perspectiva

---

<sup>94</sup> VAN WEEZEL (2009c), p. 444.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 441. De esta forma se zanjaría el vacío teórico que presenta el dominio funcional del hecho, que al renunciar a la accesoriedad entre los propios coautores hace depender exclusivamente la imputación recíproca a la fase ejecutiva, por su condicionamiento fáctico a la ejecución del comportamiento. En este sentido: VAN WEEZEL (2009a), pp. 303-308.

<sup>96</sup> VAN WEEZEL (2009a), pp. 318-320.

<sup>97</sup> VAN WEEZEL (2009c), p. 441.

<sup>98</sup> Al respecto: “Las formas de intervención delictiva no son dolosas ni imprudentes. Lo que es doloso o imprudente es la clase de imputación subjetiva que se predicará de cada interviniente respecto de ese hecho”. VAN WEEZEL (2009c), p. 444.

<sup>99</sup> VAN WEEZEL (2009a), pp. 332-335.

<sup>100</sup> VAN WEEZEL (2009c), p. 442.

*ex ante*, las cantidades de configuración se deben evaluar desde una perspectiva *ex post*, de acuerdo a los aportes efectivamente realizados en el caso concreto.<sup>101</sup> Al considerar las reglas sobre intervención delictiva como reglas sobre determinación *legal* de la pena,<sup>102</sup> adquiere una mayor relevancia el contexto de ejecución del tipo penal y no consideraciones hipotéticas sobre los aportes que habrían debido realizarse según el plan. Por ejemplo, en estricto rigor, el sujeto que hace guardia solo ostentaría un dominio potencial del hecho, en la medida que, de azarosamente surgir un peligro cierto, la consumación habría *podido* depender de su aporte, sin embargo, para Roxin en la mayoría de los casos debe ser considerado coautor.<sup>103</sup>

Asimismo, para la determinación de las cantidades de configuración es irrelevante la proximidad temporal o espacial (inmediatez) con respecto a la ejecución de la acción típica: actos preparatorios o ejecutivos pueden fundamentar la pena de autor o cómplice en relación a su medida de configuración (para lo cual algunos criterios de dominio fáctico del hecho pueden resultar indiciarios) en la materialización de la acción típica, lo que apareja que por regla general, bajo este modelo el vigilante sea considerado cómplice y el jefe de la banda, coautor.<sup>104</sup>

De acuerdo a esta concepción, coautores serían aquellos intervinientes en un hecho punible que, en razón de la medida de su contribución a la realización del tipo, deben ser castigados con la pena prescrita en la ley para quien actúa en solitario.<sup>105</sup> El acuerdo previo entre los intervinientes ya no constituiría un requisito necesario de la coautoría. La relación de mancomunidad se basaría en la relación objetiva de los comportamientos, sin que ella deba ser percibida por los

---

<sup>101</sup> VAN WEEZEL (2012), p. 158.

<sup>102</sup> Explícitamente, LESCH (1995), p. 946. En este sentido comprendo la afirmación de Jakobs, para quién la distinción entre intervinientes “no se trata sobre si habrá imputación, sino de la preparación de la medición de la pena”. JAKOBS (2000), p. 103. Similar en este punto: WINTER (2014), p. 42. En contra y para la doctrina mayoritaria, las reglas de intervención delictiva constituyen tipos complementarios o derivados a los tipos de la parte especial. CURY (2005), pp. 583-584. NOVOA (2005), pp. 178-179.

<sup>103</sup> VAN WEEZEL (2009a), p. 302.

<sup>104</sup> *Ibid.*, pp. 336-342. Considero relevante destacar una posición sostenida por Politoff y extraída de la doctrina holandesa, que permite arribar a resultados similares en cuanto a sancionar como complicidad actos de relevancia ejecutiva (en lo que guarda relación con la descripción de la acción típica). En aquel contexto, se desarrolló el concepto de autoría *funcional* como forma de sancionar a determinados sujetos –generalmente empresarios– que controlaban una actividad efectuada de propia mano por subordinados, en razón de su capacidad para decidir sobre el hecho: “El concepto de *cometer* es, así, *reorientado* en base a una nueva realidad social y en base a la pregunta acerca de quién es el principal destinatario de la norma prohibitiva. En el marco de esa nueva realidad pueden los *autores* cometer delitos a través de *intermediarios* y, con frecuencia, en el seno de una *organización*. En tal contexto, *autor*, en sentido propio, no es (o lo es raramente) el que maneja la pluma, la máquina de escribir o el ordenador, sino el que en el tráfico comercial o empresarial cumple una determinada *función*, a la que está referida la acción típica. El que a través de diversas personas vende determinado artículo, es *vendedor*, aunque no haya tenido contacto alguno con los clientes”. POLITOFF (2001), pp. 1250-1253.

<sup>105</sup> VAN WEEZEL (2009a), p. 343.

demás intervinientes, establecida a partir de parámetros sociales: (i) comportamientos cuyo emprendimiento y disposición de orientan (en concreto) a la realización del tipo y (ii) comportamientos que en sí mismos contienen una relación de sentido estereotipada.<sup>106</sup> Ello demarcaría claramente el problema en sede de imputación objetiva, separándolo de la imputabilidad subjetiva como criterio de autoría.<sup>107</sup>

En relación al ejemplo inicial, la teoría cuantitativa de la intervención delictiva permitiría identificar un mayor grado de configuración de la realización de los aportes preparatorios de (A) y (B) en cuanto coautores, mientras que respecto a (C), permitiría graduar su intervención a título de complicidad. Por su parte, las conductas de (D) y (E) reflejarían una expresión de sentido tan intensa acorde a los rasgos típicos del robo, que deberían ser castigadas como autoría.

#### 4. La coautoría y la complicidad en el Código Penal

A diferencia del derecho alemán y español, que aluden al menos a un criterio de unidad conceptual para la coautoría mediante la expresión “ejecución conjunta”, el CP chileno no ha consagrado una definición explícita al respecto. Distinto es el caso de la complicidad, que se halla expresamente descrita en el art. 16 CP. Pese a ello y aunque no resulte completamente pacífico en doctrina,<sup>108</sup> mayoritariamente se asume que en los numerales 1° y 3° del art. 15 CP se establecerían las conductas eventualmente constitutivas de coautoría.

Lo esencial de la discusión doctrinaria respecto al art. 15 CP radica en dilucidar si debe interpretarse o no su numeral 3° como un genuino caso de coautoría (sea en forma originaria o por aplicar un criterio material de autoría que permita efectuar dicha lectura de la disposición),<sup>109</sup> o más bien como una regla que impone la pena de autor a comportamientos constitutivos de mera complicidad,<sup>110</sup>

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 344-344.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 333-334.

<sup>108</sup> HERNÁNDEZ (2011), pp. 399-403.

<sup>109</sup> BULLEMORE Y MCKINNON (2005), pp. 126-128. HERNÁNDEZ (2011), p. 402. MAÑALICH (2011), pp. 284-286. SOTO (1986), pp. 49-51. VARGAS (2010), p. 199. VIVEROS (2013), pp. 663-665. WINTER (2014), pp. 43-44. YÁÑEZ (1975), pp. 63.

<sup>110</sup> ETCHEBERRY (1998), pp. 86-87. NÁQUIRA (2004), p. 521. NOVOA (2005), pp. 181-182. POLITOFF ET AL. (2004), pp. 430-432. Con matices, exclusivamente respecto al art. 15 N° 3 CP: CURY (2005), pp. 615-616. La aplicación mecánica de la teoría de la asimilación se evidencia en la siguiente consideración de la Corte de Apelaciones de Santiago, donde el tribunal rechaza la pretensión de recalificar un acto de vigilancia como complicidad: “es dable concluir que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal ha realizado una acertada aplicación del derecho al desestimar la pretensión de la defensa del condenado Miranda Morales de considerar que si bien este estaba en el lugar de los hechos, *no los pudo evitar ni ayudó a los otros imputados a realizar actos tendientes a la perpetración del ilícito en comento*, ya que habría quedado demostrado en forma legal el concierto previo con los

asimilados formalmente por razones político-criminales a la autoría,<sup>111</sup> en desmedro del campo de aplicación del art. 16 CP.

Considero que las consecuencias de la adopción de uno u otro esquema interpretativo resultan determinantes en la práctica, dado que de acogerse la tesis de la asimilación, bastaría acreditar los requisitos dogmáticos de la complicidad concertada para sancionar en virtud de la pena establecida en el art. 15 N° 3. Ello reduciría la aplicación del art. 16 CP a situaciones generalmente excepcionales (esencialmente de aporte unilateral a la ejecución), con notables ventajas probatorias en el proceso penal para quien sostenga la pretensión punitiva.

En este punto creo importante realizar una observación. La única manera de considerar que el legislador haya equiparado por razones político-criminales los supuestos de complicidad a los de coautoría, sería aceptar que pueda remitirse a una definición *auténtica* o pre-jurídica de autor y partícipe, que sea ajena o extrínseca a la propia regulación.<sup>112</sup> Más allá de que actualmente se rechace una metodología *exclusivamente* ontológica para la interpretación de la ley penal,<sup>113</sup> no veo que exista alguna razón de peso para no dotar de contenido a las descripciones del art. 15 CP de acuerdo al criterio de autoría por medio del cual se pretenda articular la regulación vigente.<sup>114</sup> La renuncia a esta opción interpretativa significaría desconocer la principal función que se atribuye a la dogmática jurídico-penal, es decir, racionalizar la aplicación del derecho positivo a partir de determinadas premisas supra-positivas. De ahí que la opción por uno u otro modelo de reconstrucción de los arts. 15 y 16 CP, supone necesariamente una toma de posición previa acerca de los criterios de justicia orientado a las consecuencias prácticas que implicaría asumir un concepto más extensivo o restrictivo de autoría.<sup>115</sup>

---

otros encausados en la comisión del delito del robo con intimidación”. Énfasis añadido. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 192-2009, de 15 de abril de 2009, considerando 5°.

<sup>111</sup> En contra, para quién los tipos de la parte especial serían “neutros”: GARRIDO (2003), p. 305.

<sup>112</sup> WINTER (2014), pp. 42-43. Enfáticamente al respecto, Matus señala que “pareciera que la definición y diferenciación de consecuencias aparejadas a los conceptos de autoría y complicidad (...) no está sujeta a una supuesta “comprensión natural” (aunque pueda, todo a lo más derivar un cierto sentido del uso común de algunas de dichas palabras), sino que más bien parece “algo convencional o ficticio”, dependiendo únicamente de la interpretación de los respectivos textos legales. O dicho con otras palabras, después de aceptar que una persona puede responder penalmente de un hecho, la calificación que de dicha responsabilidad se haga se reduce a una cuestión contingente de formulación legal”, MATUS (2010), pp. 213-214.

<sup>113</sup> COUSO (2013), pp. 649-657.

<sup>114</sup> Consciente de ello y a pesar de declarar la autonomía conceptual del concepto de autoría (bajo el modelo roxiniano del dominio del hecho) respecto al texto de la ley, Soto expresa que “es evidente que si el Código Penal castiga con la pena correspondiente a los autores estos supuestos (del art. 15 CP), es porque considera que los mismos se encuentran más cerca de la autoría, que de la complicidad; consecuentemente, el intérprete debe también preferir aquella interpretación de los mismos, que más los acerque a la autoría propiamente tal”. SOTO (1986), p. 49. En esta misma línea, respecto a los casos de autoría no ejecutiva: COUSO (2013), p. 127.

<sup>115</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 402.

El razonamiento previo denota que la amplitud o restricción del campo de aplicación del art. 16 en relación al art. 15 CP no depende de una lectura simplemente *formalista* del texto legal, sino más bien del reconocimiento de un mutuo condicionamiento entre las restricciones formales que impone la descripción legal, mediante la garantía de tipicidad de la ley penal, y el carácter material de la posición dogmática adoptada para su relectura.<sup>116</sup>

Sobre esta cuestión, los antecedentes históricos de la Comisión Redactora no permitirían zanjar en forma clara el problema, constituyendo un mero antecedente. Como se reconoce, las modificaciones del art. 15 CP efectuadas sobre su fuente hispánica de 1848 habrían tenido como objeto, siguiendo a Pacheco, establecer una noción *convencional* de autor creada por la ley, sobrepasando lo que *comúnmente* se entendía (en su tiempo) por autoría, mediante indicaciones de tipo empírico y expresándose mediante la utilización del vocablo (más prudente de) “se consideran” en vez de “son” autores.<sup>117</sup> Si la función del art. 15 CP, de acuerdo a lo indicado por Soto (en su idea central y no necesariamente vinculada a la teoría del dominio del hecho), radicaría en expresar que tales conductas resultan merecedoras de la misma intensidad de pena aplicable sobre el autor individual del tipo de autor de la parte especial, el legislador habría previsto en esta disposición tan solo explicitar situaciones conflictivas en que no estaría de plano descartada la *posibilidad* de calificarlas como principales o secundarias, debiendo ello ser dilucidado por el mismo intérprete.<sup>118</sup>

Lo interesante de lo señalado por Soto es que el carácter *conflictivo* de tales supuestos, a la época del dictación del CP, parecieran tener como nota común la *desmaterialización* de la ejecución del delito. Actualizado ello a las necesidades de la sociedad moderna, van Weezel se pregunta: “¿qué hay detrás de la idea de que la norma (del art. 15 CP) contendría solo una asimilación?, ¿hay razones para pensar que el autor “original” o en sentido propio es el que aparece mencionado en cada norma de conducta penal, mientras que los que quedan comprendidos en el art. 15 solo son autores en un sentido “impropio” o por asimilación?”.<sup>119</sup> Para este autor, ello podría constituir solo un prejuicio anacrónico, en el sentido de que se requería explicitar que *podrían* existir autores aún y cuando (en aquel contexto) extrañamente aquellos no hayan causado con su propio cuerpo el resultado

---

<sup>116</sup> COUSO (2012), pp. 120-123, con especial énfasis en los riesgos (en un sentido extensivo) de una excesiva normativización de las reglas sobre intervención delictiva.

<sup>117</sup> NOVOA (2005), pp. 179-180.

<sup>118</sup> SOTO (1986), pp. 49-51. Esta función del art. 15 CP se ratificaría tanto en la previsión en el art. 14 de las tres clases de personas responsables de los delitos, correlativamente ordenadas y desarrolladas a continuación, de mayor a menor intensidad, en los arts. 15 (autores), 16 (cómplices) y 17 (encubridores), como también en el carácter subsidiario del art. 16 CP, lo que en ningún caso prejuzgaría, a modo de residuo de una artificial extensión del art. 15 CP, acerca de la forma en que deba ser interpretado el baremo para decidir si la conducta resulta constitutiva de autoría o complicidad,

<sup>119</sup> VAN WEEZEL (2012), p. 147.

delictivo,<sup>120</sup> situación que actualmente pareciera ser la regla general, al menos en determinados ámbitos de criminalidad (procesos complejos con división de funciones y mediante del fenómeno de automatización de los mismos). Lo anterior asimismo se condeciría con la evolución legislativa en la materia, reforzando una interpretación sistemática en este sentido del propio art. 15 CP.<sup>121</sup>

A lo anterior, añadimos también el problema relativo a los denominados *delitos de posesión*, como la traslación o tenencia de estupefacientes prohibidos, armas o material pornográfico infantil, en que la misma descripción típica alude a comportamientos pertenecientes a una dimensión ideal o normativa de agencia,<sup>122</sup> además caracterizadas como delitos permanentes,<sup>123</sup> circunstancias que de suyo evidencian la incompatibilidad de asumir un modelo petrificado *en bruto* de intervención delictiva con las posibilidades de imputación que dominan el contexto actual.

De ahí entonces que considero, a pesar de que la reglamentación se exprese en términos meramente empíricos y contingentes,<sup>124</sup> que ello no implica necesariamente un ensanchamiento (artificial) del autor en desmedro del cómplice a modo de *asimilación*, sino una *explicitación* de distintas formas que resultan punibles como autoría, ante las cuales el intérprete debe enfrentarse respetando, en todo caso, los márgenes restrictivos que impone la garantía de tipicidad.

---

<sup>120</sup> *Ibid.*, pp. 148-149.

<sup>121</sup> van Weezel apela al tipo penal del art. 35 de la Ley N° 20.357, que tipifica la autoría por omisión del superior militar que (dolosamente) no impide la realización del delito por un subordinado, es decir, su intervención *en* ese delito. VAN WEEZEL (2012), pp. 148-149. El fundamento de ello sería la relación de superioridad jurídicamente reconocida que detenta el superior, criterio de autoría bastante distante del principio *corpore corpori*. COUSO (2012), pp. 116-117. En esta línea, ya Novoa señalaba a modo de extrañeza, la regla de la antigua Ley N° 15.576 que sancionaba al director de diario o revista y en subsidio, al editor y otros, por los delitos de injuria o calumnia difundidos por medios de comunicación. NOVOA (2005), p. 181. La actual redacción de la norma corresponde al art. 39 inciso II de la Ley N° 19.733, disponiendo que: “Se considerará *también* autor, tratándose de los medios de comunicación social, al director o a quien legalmente lo reemplace al efectuarse la publicación o difusión, salvo que se acredite que no hubo negligencia de su parte”. Énfasis añadido.

<sup>122</sup> En este sentido, la Corte Suprema revocó de oficio la condena contra uno (de dos) imputados como coautor del delito de tráfico de pequeñas cantidades de estupefacientes (art. 3 Ley N° 20.000), en razón de encontrarse acompañando al conductor (su hijo) de un automóvil, en el que se encontraron 219 gramos de cocaína sin haberse acreditado el conocimiento de tal circunstancia. Lo interesante es que el tribunal centra exclusivamente la atención en el aspecto subjetivo (dolo), para descartar la “ejecución inmediata y directa” en los términos del art. 15 N° 1 CP, primera parte. Al parecer, lo que subyace a este razonamiento es la dificultad de adscribir dominio sobre la co-tenencia de una cosa, circunstancia eminentemente normativa. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 6993-2011, de 12 de octubre de 2011, considerando 17° y ss. De acuerdo a Cox, lo común a todos los intervinientes, en el contexto de la imputación de un delito de posesión, sería su relación de control sobre la cosa, compartida o meramente auxiliada, inicialmente o con integración posterior, etc. En detalle: COX (2012), pp. 240-259.

<sup>123</sup> Sintéticamente, como delitos activos de conservación o mantención de un determina estado de cosas (detención de algo), MAÑALICH (2014a), pp. 28-30.

<sup>124</sup> YÁÑEZ (1975), p. 50.

En atención a ello, debería ser rechazada una interpretación meramente *formalista* del texto de la ley que renuncie a la aplicación de un filtro material en la interpretación del art. 15 CP, hito que no resulta tan infrecuente en la jurisprudencia. Resulta ejemplificador al respecto la siguiente resolución de la Corte Suprema, en que se fundamenta el rechazo de la alegación del recurrente para calificar una conducta de complicidad:

“En consecuencia, a pesar que no todos los enumerados por la regla son verdaderos autores, los sentenciadores están obligados a emplearla, so pena de ignorar principios básicos del Derecho Penal, reconocidos por la Constitución Política de la República y plenamente vigentes en nuestro Estado de Derecho. En esta perspectiva, la magistratura de la instancia debe subsumir la conducta desplegada por los hechores en algunas de las disposiciones que consagra el estatuto penal para determinar el grado de contribución de los sujetos activos de un hecho punible, *no siendo procedente esgrimir error de derecho por utilizar una de las hipótesis que considera situaciones que, en realidad son de complicidad, pero que la ley las asimila a la de autores, por lo que este acápite de nulidad debe ser desechado*”.<sup>125</sup>

A continuación, se realizará una exégesis de los arts. 15 N° 1-3 y 16 CP mediante la lectura que les ha otorgado la doctrina local para la definición de coautoría. El papel secundario o residual en el análisis de la complicidad,<sup>126</sup> tanto desde un punto de vista formal (en los términos de redacción del art. 16 CP) como sustantivo (por su carácter accesorio), además de existir razones didácticas para la exposición, justifican su tratamiento por separado.

### **a) Coautoría**

Si pudiese caracterizarse el modelo regulativo de intervención delictiva propio de nuestro CP de acuerdo a la forma en que describe todas las conductas, su eje central sería la realización inmediata del hecho y la proximidad de otros actos a este hito.<sup>127</sup> Aunque esta observación corresponde a una lectura *en bruto* del modelo, es decir, sin pasar aún por el filtro de un criterio material de autoría para dotar de contenido valorativo a tales disposiciones, como se verá, puede apreciarse una gran vinculación entre aquella consideración y las interpretaciones tradicionales en la materia.

Al menos inicialmente, existe bastante consenso en la doctrina nacional en que los requisitos de la coautoría, desde un punto de vista suprapositivo, serían la (i) existencia de un acuerdo de voluntades y (ii) un aporte funcional al hecho

<sup>125</sup> Sentencia Corte Suprema, Rol N° 7475-2008, de 16 de junio de 2009, considerando 8°.Énfasis añadido.

<sup>126</sup> VIVEROS (2013), pp. 660-661.

<sup>127</sup> WINTER (2014), p. 57.

común, sin perjuicio que al momento de establecer su recepción en el Código ello sea una cuestión muy discutida.<sup>128</sup> Como se dijo, el asunto se enfoca en la interpretación de los numerales 1 y 3 del art. 15 CP, los que se analizarán a continuación.

### i) La regulación del art. 15 N° 1

El art. 15 N° 1 CP señala que “se consideran autores”:

Los que *toman parte en la ejecución del hecho*, sea de una *manera inmediata y directa*, sea *impidiendo o procurando impedir que se evite*.<sup>129</sup>

Predomina la consideración de que “tomar parte en la ejecución del hecho” necesariamente implica la intervención de dos o más personas en el delito, de manera que la autoría individual de propia mano derivaría de los correspondientes tipos de la parte especial,<sup>130</sup> y por ende, el art. 15 N° 1 contendría dos modalidades de coautoría.

Se debe al renovador aporte de Yáñez el haber puesto énfasis en los requisitos legales explícitos para elaborar criterios de distinción entre autoría y complicidad.<sup>131</sup> En el caso del art. 15 N° 1, se trataría del requisito de *tomar parte en la ejecución del hecho*.

La primera cuestión relevante, aplicable a las dos variantes tipificadas en el numeral 1°, es el concreto significado del concepto *ejecución del hecho*. Ello no ha sido un asunto pacífico y ha dado origen a diversas posiciones, cuyos resultados no han sido tradicionalmente indagados. Como se verá, la consecuencia directa de esta discusión es la determinación precisa del hecho del que se le puede considerar autor a un imputado.<sup>132</sup> En general, la exigencia consistiría en realizar un aporte con *relevancia ejecutiva* para la acción típica descrita en el tipo penal respectivo, idea que se expresa en la realización *parcial* del tipo en el sentido de la tentativa punible (art. 7 CP).<sup>133</sup> La consecuencia de ello es que se excluirían todos los actos preparatorios bajo la modalidad definida en el art. 15 N° 1 CP.<sup>134</sup> Sin perjuicio de

---

<sup>128</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 399. Paréntesis añadido.

<sup>129</sup> Énfasis añadido.

<sup>130</sup> COUSO (2012), p. 123. NOVOA (2005), pp. 182-183. YÁÑEZ (1975), p. 56. Con matices, pues las reglas de imputación siempre serían externas a las normas de comportamiento: MAÑALICH (2011), p. 285. MAÑALICH (2014a), p. 77 (cita n. 240). Incluyendo además los casos de autoría mediata por error del instrumento, CURY (2005), p. 603. En contra, Garrido, para quién los tipos de la parte especial serían “neutros” y el art. 15 definiría la tanto actuación solitaria como conjunta. GARRIDO (2003), pp. 303-304. Similar, ETCHEBERRY (1998), pp. 88-89.

<sup>131</sup> YÁÑEZ (1975), p. 54.

<sup>132</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 404.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 404.

<sup>134</sup> MAÑALICH (2011), p. 286. POLITOFF ET AL. (2004), p. 420.

lo anterior, lo que deba comprenderse por ejecución es un asunto que varía acorde a la tesis sobre autoría a que se adhiera.

En primer lugar, de forma restrictiva, para Etcheberry, quién indirectamente seguiría la tesis objetivo-formal, la ejecución significaría la realización parcial por cada uno de los intervinientes de la *acción típica* descrita en la ley.<sup>135</sup>

Desde otra perspectiva y en segundo lugar, para los adherentes a la teoría del dominio funcional del hecho, los actos ejecutivos deberían definirse en orden a la teoría objetivo-material de la tentativa, es decir, la puesta en peligro dolosa próxima a la realización típica en el caso de la tentativa idónea,<sup>136</sup> en régimen de división del trabajo mediante el dominio *negativo* de la ejecución, por lo que el carácter ejecutivo de un aporte no resultaría limitado exclusivamente a los actos expresamente descritos en el tipo, sino más bien sería extensible a comportamientos vinculados materialmente a la realización *concreta* del hecho,<sup>137-138</sup> también denominados como *actos ejecutivos no típicos*.

En tercer lugar, Mañalich arriba a similar resultado práctico, requiriendo bajo su modelo una intervención con relevancia ejecutiva, considerada a partir de la denominada *teoría de la expresión* como fundamento de castigo de la tentativa, desde una perspectiva retribucionista de la pena.<sup>139</sup> Para la posición de van Weezel,

<sup>135</sup> ETCHEBERRY (1998), pp. 88-89.

<sup>136</sup> ROXIN (2014), pp. 435-436. En este sentido, cuál sea el grado de correspondencia entre el concepto de ejecución propio de la tesis objetivo-material de Roxin, común a su teoría de la intervención delictiva y la tentativa, con las sostenidas en ambas sedes por los adherentes a la teoría del dominio funcional del hecho en nuestro país. Se trata de una cuestión que no ha sido suficientemente indagada y que excede el objetivo del presente trabajo, pero un buen ejemplo de ello la tesis de Cury, quién adhiere a una tesis marcadamente subjetivizada para fundamentar la tentativa. CURY (2005), pp. 559-560.

<sup>137</sup> CURY (2005), pp. 612-613. Similar, aunque vinculado a un modelo causal, Novoa lo expresa de la siguiente forma: “La demostración está en que si en lugar de cinco, el sujeto activo hubiera sido uno, él habría debido realizar solo todas las funciones que en el ejemplo repartimos entre cinco”. NOVOA (2005), p. 183.

<sup>138</sup> La extensión que mediante un criterio *material* genera la teoría del dominio funcional del hecho, considerando como ejecutivas conductas no descritas explícitamente por el legislador en las reglas sobre intervención delictiva, ha sido fuertemente criticada en el medio español. Tales observaciones son extrapolables matizadamente a nuestro medio en atención a la similitud de lo explícito de cada regulación. En esta línea, con el criterio del dominio funcional del hecho “se acoge no un concepto legal como el de ejecución, sino una imagen ideada por la doctrina alemana para solucionar una regulación legal distinta por completo de la nuestra (...) (dejando de aportar) un criterio certero y seguro sobre la misma (...). Si a ello añadimos que como toda teoría extensiva del concepto de autor conduce a una ampliación de la autoría a comportamientos de mera participación, podemos afirmar que se incurre en una manifiesta aplicación análogica en *malam partem*”. GONZÁLEZ CUSSAC y MIRA BENAVENT (1992), pp. 191-196, pp. 193-194.

<sup>139</sup> La tentativa sería una estructura subsidiaria de responsabilidad, cuya configuración no depende de la puesta en peligro de un bien jurídico (pues ello corresponde al ámbito de la norma de

aunque bajo el aparato conceptual de la teoría de la imputación objetiva, también se acogería una variante de la teoría de la expresión modelada a través de la prevención general positiva, de manera que el art. 15 N° 1 asimismo abarcaría la configuración *concreta* de la realización del tipo, considerando la significación objetiva de la prestación.<sup>140</sup>

La segunda cuestión importante y de carácter general del numeral analizado, es la determinación de la exigencia subjetiva que este requeriría, es decir, si pese a que la ley no lo señala, bastaría un dolo común de menor intensidad que un acuerdo previo (establecido para el N° 3) en atención a la relevancia ejecutiva que presentan los aportes,<sup>141</sup> o bien las cuestiones de intervención delictiva deberían zanjarse en forma previa a la determinación del tipo subjetivo, pues este último es requisito común a toda infracción penal y ajeno a las categorías de codelincuencia.<sup>142</sup> En principio, la sola descripción típica no requeriría la existencia de concierto previo (a diferencia del numeral 3°). Cuestión diversa es si el respectivo soporte dogmático de autoría a que se adhiera para la interpretación del mismo, así lo exija. La principal consecuencia de lo anterior, en lo que aquí interesa, es la posibilidad de considerar o no aportes unilaterales a título de coautoría, es decir, prestados sin la aprobación o inclusive conocimiento de los restantes coautores.

*Primera modalidad del art. 15 N° 1 CP: Tomar parte en la ejecución del hecho “de manera inmediata y directa”*

Considerando el axioma de la interpretación útil en relación a la disposición, Winter apunta que lo *inmediato* de la prestación debería entenderse en el sentido de que se debe aportar en forma coordinada mientras se ejecuta la acción típica,<sup>143</sup> con total independencia de factores geográficos, mientras que lo *directo* del mismo permitiría su diferenciación con la segunda variante del art. 15 N° 1.<sup>144</sup>

Acerca del contenido de la regla, Etcheberry limita esta modalidad a la realización de la acción típica a partir de la teoría objetivo-formal, mientras que Náquira arribaría a igual conclusión a partir del criterio del dominio positivo del hecho,<sup>145</sup> en ambos casos, exigiendo la verificación de acuerdo previo, lo que significaría rechazar una situación unilateral de coautoría.

---

comportamiento). Es decir, tentativa es la aplicación de una regla de imputación (dolo) a un comportamiento que no exhibe antinormatividad, radicando su fundamento en el injusto de la acción como expresión de contradicción a la norma. MAÑALICH (2014a), pp. 184-185.

<sup>140</sup> VAN WEEZEL (2009a), pp. 332-335.

<sup>141</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 404.

<sup>142</sup> En este sentido: MAÑALICH (2014a), pp. 83-84. VAN WEEZEL (2009a), pp. 333-334.

<sup>143</sup> WINTER (2014), p. 45.

<sup>144</sup> *Ibid*, p. 47.

<sup>145</sup> NÁQUIRA (2004), pp. 522-523.

Ampliando notablemente el campo de aplicación del precepto, Cury<sup>146</sup> y Politoff, Matus y Ramírez,<sup>147</sup> de acuerdo a los requisitos de la teoría del dominio funcional del hecho, interpretan lo inmediato y directo de la ejecución como símil a la ejecución *conjunta* establecida en la legislación comparada.<sup>148</sup> La consecuencia de ello es que en la primera parte del art. 15 N° 1 CP estaría recogida la auténtica coautoría en sentido dogmático (restringida a la fase ejecutiva mediando aportes esenciales bajo acuerdo de voluntades), lo que vaciaría de contenido en este sentido al art. 15 N° 3 CP y permitiría explicar la consideración por estos autores de que la regla sancionaría conductas materialmente constitutivas de complicidad con la pena de autor.

Como el dominio negativo del hecho se fundamenta en la distribución de funciones, tal como se vio, para la teoría del dominio funcional del hecho resultaría conceptualmente imposible generar una situación de coautoría unilateral. Sin embargo, debe destacarse que si el concierto previo es un elemento objetivo del tipo subordinado de coautoría, para esta tesis este constituiría un requisito típico implícito del numeral 1°.

A similar conclusión llega Garrido, con su denominada teoría normativa de autor,<sup>149</sup> y Novoa, cuando afirma que esta modalidad debería entenderse como la forma de poner una conducta que dentro del conjunto integra el desarrollo total del hecho típico en concreto.<sup>150</sup>

En cuanto a la exigencia subjetiva de la coautoría, pareciera que respecto a esta variante no existiría mayor indagación en nuestro medio.<sup>151</sup> Creo que ello se debe a la confusión que se percibe entre identificar la intensidad del contexto, dada por la ejecución misma del delito, con el acuerdo de voluntades, entendido tradicionalmente como imputación al tipo subjetivo. Lo que sucede es que, como se explicó, si el concierto es un elemento objetivo del tipo derivado de coautoría, el numeral 1° no lo contemplaría. De ahí que Winter, siguiendo a Rotsch, caracterice las dos modalidades del art. 15 N° 1 como situaciones de coautoría definidas (formalmente) como casos en que no se ha requerido una voluntad adicional a la del interviniente para hacer valer la contribución del coautor.<sup>152</sup> Ello quiere decir

---

<sup>146</sup> CURY (2005), p. 616.

<sup>147</sup> POLITOFF ET AL. (2004), pp. 418-419.

<sup>148</sup> Tiene razón Winter cuando critica a Politoff, Matus y Ramírez al considerar estos que tendría el dominio funcional “el que planifica el atraco”, extendiendo la teoría a los meros actos preparatorios a pesar de que anteriormente declarasen que el art. 15 N° 1 limitaría tal intervención exclusivamente a los actos ejecutivos. WINTER (2014), p. 44-45. POLITOFF et al. (2004), pp. 418-419. Sin embargo, no se trataría más que un desafortunado ejemplo, pues la unidad conceptual en este sentido de la exposición pareciera reforzar esta conclusión.

<sup>149</sup> En términos mucho más amplios (e imprecisos), Garrido define la ejecución inmediata y directa como todo aporte causal dirigido a la lesión del bien jurídico, GARRIDO (2003), p. 305.

<sup>150</sup> NOVOA (2005), pp. 183-184.

<sup>151</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 404.

<sup>152</sup> WINTER (2014), pp. 41-60.

que la circunstancia de desplegar un acto ejecutivo inmediato y directo del tipo tendría una importancia tan capital en la configuración del hecho, que la adhesión a una obra común se imputaría aún no mediando acuerdo entre los intervinientes, posibilitando al menos a nivel formal, situaciones de coautoría unilateral. Para lo que aplicando un criterio material de autoría exigiesen acuerdo previo, vale también una consideración similar, pues lo evidente de la contribución reflejaría una división de funciones o aceptación tácita del aporte tan innegable, que su mera configuración bastaría para satisfacer también la posterior atribución del dolo.

*Segunda modalidad del art. 15 N° 1 CP: Tomar parte en la ejecución “impidiendo o procurando impedir que el hecho se evite”*

El sentido literal de esta modalidad evocaría que el aporte consistiría en excluir o apartar los factores ajenos a la voluntad de los delincuentes que podrían frustrar la ejecución delictiva.<sup>153</sup> En forma tradicional, se ha discutido si el sujeto que vigila la ejecución (o “loro”) debería ser sancionado o no como coautor mediante esta disposición.<sup>154</sup>

Sin perjuicio de este problema y de acuerdo a una interpretación más tradicional, la dificultad que presenta esta variante radica en que impedir que el hecho se evite resultaría, en principio, incompatible como una acción de relevancia ejecutiva propiamente tal. De acuerdo a la justificación de su asimilación o no a un acto ejecutivo, se evidencia una importante consecuencia para la delimitación con la complicidad, es decir, la posibilidad o no de configurar un caso de coautoría *unilateral*.

Para un primer grupo de autores, el art. 15 N° 1 CP segunda parte siempre requerirá la existencia de un acuerdo de voluntades, por lo que dicha posibilidad debería ser rechazada. En esta línea, para Etcheberry se trataría de una colaboración indirecta, que según los antecedentes históricos, estaría elevada a un caso de autoría en el mismo plano que los supuestos del art. 15 N° 3, de manera que la disposición sería superflua pues estaría suficientemente comprendida aquel numeral. Así, al no ejecutarse directamente la acción (al igual que el N° 3), la atribución de coautoría gravitaría exclusivamente en la existencia de un *concierto previo*, como requisito implícito de esta modalidad. Colaboraciones en este sentido practicadas de forma unilateral, solo podrían ser constitutivas de complicidad.<sup>155</sup> Esta explicación resulta congruente con la teoría objetivo-formal, en el sentido de ser la coautoría una extensión legislativa del concepto de autor de propia mano.

Por otro lado, si bien Yáñez adhiere a la teoría del dominio del hecho (en que el acuerdo previo es condición necesaria de la coautoría), considera que en la redacción del art. 15 N° 1 el legislador habría plasmado diferenciaciones muy finas

---

<sup>153</sup> NOVOA (2005), p. 184.

<sup>154</sup> POLITOFF et al. (2004), pp. 420.

<sup>155</sup> ETCHEBERRY (1998), pp. 89-90.

vinculadas a la teoría objetivo-formal. De esta forma, la naturaleza ejecutiva de impedir que el hecho se evite estaría dada por la realización de acciones descritas en el tipo, distintas a la acción típica en sentido estricto, como la violencia o intimidación en el robo o en la violación,<sup>156</sup> mientras que en la primera parte del art. 15 N° 1, las acciones ejecutivas no típicas (aplicándose el dominio funcional). Por este motivo, para el autor, en caso de no existir concierto previo, el vigilante exclusivamente podría ser castigado como cómplice.<sup>157</sup>

De acuerdo a la variante roxiniana del dominio del hecho, para Cury<sup>158</sup> y Politoff, Matus y Ramírez,<sup>159</sup> procurar o impedir que se evite el hecho se referiría a conductas incorporadas en la ejecución, entendida en el sentido de la teoría objetivo-material (peligro próximo o inmediato para el bien jurídico). Esto de alguna forma tornaría superflua la descripción. Por otra parte, para esta tesis es requisito necesario de la coautoría verificar el acuerdo previo, rechazándose la coautoría unilateral. Sin embargo, la articulación del criterio material de la funcionalidad del aporte implicaría, siguiendo a Roxin, diferenciar el rol del vigilante (en el contexto del plan) para su castigo como autor o como cómplice.<sup>160</sup>

Finalmente, Garrido, plantea una creativa solución<sup>161</sup> pero que resultaría incompatible con el texto legal,<sup>162</sup> sin perjuicio de considerar el concierto previo como requisito diferenciador de la coautoría con la complicidad.<sup>163</sup>

En forma diversa, para Novoa, por la ausencia de ejecución directa en sentido estricto, la equiparación jurídica de esta variante a la coautoría radicaría exclusivamente en conocer que el hecho se ejecuta por otros y el saber que se colabora en la obra.<sup>164</sup> Basado en las actas de la Comisión Redactora, estima que se habría pretendido expresamente castigar al vigilante (o “loro”).<sup>165</sup> Además de ello,

<sup>156</sup> YÁÑEZ (1975), pp. 58-59. En el mismo sentido, esta era la posición defendida anteriormente por Cury. Al respecto, véase: CURY MATUS (2002), pp. 229-256, pp. 238-239.

<sup>157</sup> YÁÑEZ (1975), p. 55.

<sup>158</sup> En realidad, Cury pareciera desligar este supuesto como coautoría, en atención a la amplitud del dominio funcional, considerando que se referiría a una situación de autoría mediata por error del instrumento. CURY (2005), p. 603

<sup>159</sup> POLITOFF ET AL. (2004), pp. 417-419.

<sup>160</sup> Para Cury, si se le ha confiado la vigilancia porque se estima probable una interrupción que desbaratará el plan, debería ser considerado coautor, mientras que si esa posibilidad es remota y se le ha colocado ahí para foguearlo como novato, sería cómplice. CURY (2005), p. 613.

<sup>161</sup> Garrido propone que el autor se aprovecha de un proceso causal (humano o no) en desarrollo que él no ha provocado, impidiendo o tratando de impedir que se evite, pues al así hacerlo logrará ver concretado su designio. GARRIDO (2003), pp. 306-307.

<sup>162</sup> WINTER (2014), pp. 51-52.

<sup>163</sup> GARRIDO (2003), p. 301.

<sup>164</sup> NOVOA (2005), p. 184.

<sup>165</sup> Remitiéndose a un ejemplo otorgado por Pacheco al comentar el CP español de 1848, sobre un ataque a una diligencia por una cuadrilla, Novoa estima que el comisionado Rengifo habría especificado, en forma casuística, la posibilidad de castigar al “que se puso en tanto de centinela, siendo de ella, para que no lo la sorprendiesen”. NOVOA (2005), pp. 184-185.

la posición de Novoa también resulta importante, pues admitiría la posibilidad de coautoría sin la existencia de acuerdo previo, es decir, intervención unilateral en el hecho ajeno.<sup>166</sup>

Más recientemente, Winter propone que esta segunda variante requeriría siempre que otro interviniente ejecutase la acción típica, mientras que la relevancia de la acción impediendo es lo que confiere su equiparación con un acto ejecutivo propiamente tal: ello explicaría lo innecesario de exigir un concierto previo en el N° 1 del art. 15, pues los restantes intervinientes se verían beneficiados con el aporte lo quieran o no, en atención a que se presta *durante* la ejecución del delito, de forma que si para que el aporte sea efectivo es necesaria una voluntad adicional al coautor, la conducta quedaría fuera del N° 1 (restando su análisis en el art. 15 N° 3 CP).<sup>167</sup>

Para finalizar el análisis respecto al art. 15 N° 1 CP, consideramos más apropiado revisar la interpretación de ambas variantes de la disposición de acuerdo a las posiciones más recientes, en atención a las amplias posibilidades de articulación que presentan las respectivas teorías.

Así en primer lugar, Mañalich propone una interpretación del art. 15 CP congruente con la coautoría como regla de imputación expresamente positivizada. De esta forma, el art. 15 N° 1 CP recogería una forma de coautoría identificada bajo un criterio *objetivo*, consistente en la realización de una acción *ejecutiva*, excluyéndose por ende aportes constitutivos de actos preparatorios.<sup>168</sup> Ello resultaría evidente con ambas partes de la disposición, pues el evitar que se impida la ejecución del delito constituiría una carga de ejecución alternativa a la realización parcial de la acción,<sup>169</sup> es decir, si bien el impedimento de evitación no constituye una acción descrita en el tipo, jurídicamente portaría el significado objetivo de un (co) aporte ejecutivo como expresión objetivada de la adecuación a un esquema de representación recíproco, identificado como un impedimento activo de que un tercero evite la producción del resultado,<sup>170</sup> abriendo la puerta a la consideración de aportes unilaterales (e inclusive, imprudentes). Lo relevante para Mañalich es que el comportamiento de una u otra variante objetivamente resulte expresivo de su adecuación a un esquema común de actuación, de manera que refleje una contradicción de la norma que en términos de razonamiento práctico, sea visto como la no evitación (intencional o imprudente) de su realización.

---

<sup>166</sup> NOVOA (2005), p. 184.

<sup>167</sup> WINTER (2014), pp. 51-53. Si bien críticamente explica que esta exigencia de la falta de necesidad de una voluntad adicional para la relevancia del aporte o de la inmediatez contextual con la ejecución, no resultarían criterios decisivos al momento de predicar la gravedad de los aportes a título de autoría. Sin embargo, aquel sería el sentido de la disposición.

<sup>168</sup> MAÑALICH (2011), pp. 285-286.

<sup>169</sup> MAÑALICH (2014b), pp. 225-276, p. 267 (cita n. 131).

<sup>170</sup> MAÑALICH (2008), pp. 61-63, p. 63 (cita n. 3).

En segundo lugar, de acuerdo a la tesis de van Weezel y por así imponerlo el texto legal, el art. 15 N° 1 solo se aplicaría a prestaciones efectuadas en la fase ejecutiva. Sin embargo, ello en principio no prejuzgaría sobre la naturaleza de autoría o complicidad del aporte. Lo crucial en este punto sería determinar de qué manera lo *inmediato* y *directo*, como asimismo la acción impeditiva, reflejarían cuotas de configuración acreedoras de la pena de autor, sin excluir la posibilidad (defendida por el autor) de verificarse actos ejecutivos sancionables con la pena de cómplice.

Para determinar las cuotas de configuración con peso de coautoría, van Weezel considera que desde una perspectiva *ex post*, deben evaluarse los comportamientos desplegados por cada interviniente utilizando, ejemplificativamente, los siguientes parámetros: (i) analizar la estructura de los tipos penales (donde el dominio fáctico del hecho, atendida la realización concreta, podría otorgar cierta ayuda); (ii) el significado de la acción ejecutiva en el contexto del hecho total (sobre todo en delitos donde la ejecución puede difuminarse fenomenológicamente mediante la división de funciones) y; (iii) la importancia del aporte para que la realización adquiera o no su forma concreta (el tercero que, fijadas ya las condiciones de funcionamiento por otro, solo presiona el botón de la máquina infernal, debería ser castigado como cómplice).<sup>171</sup>

De ahí que bajo este esquema, la función del art. 15 N° 1 CP podría interpretarse como la fijación de parámetros de pena acreedores de la magnitud de la sanción a título de autoría, limitados por ley a la fase ejecutiva. Para ello, se debería normativizar<sup>172</sup> el concepto de “ejecución inmediata y directa”, entendido como un acto expresivo de una relevante intensidad en la configuración (ejecutiva) del hecho. De ahí que pudiesen constatarse actos ejecutivos que mediata e indirectamente no admitieran tal graduación, sea en relación al contenido de injusto del hecho delictivo, considerado en abstracto, como también en cuanto a la configuración concreta de su ejecución. Bajo este prisma, la modalidad del numeral 2° constituiría solo una especificación de la primera hipótesis en que se debería constatar un comportamiento impeditivo, acreedor de una entidad relevante, lo que acorde a los términos de la descripción legal podría verificarse con total independencia de la anuencia de los demás coautores. Por ejemplo, y solo como una tentativa de aproximación al tema, el art. 15 CP segunda variante exigiría que el aporte haya efectivamente neutralizado un intento de evitación (impidiendo) o habiéndose confrontado tal riesgo haya sido fallido (procurando impedir). Lo

---

<sup>171</sup> VAN WEEZEL (2009a), pp. 335-341.

<sup>172</sup> En un sentido similar, Matus señala, siguiendo a Jakobs, que “conforme a nuestro Código Penal, si se ha de imponer una mayor pena a un responsable dependerá únicamente de la aptitud del caso concreto para ajustarse a las valoraciones (normativas) del art. 15, las que, consecuentemente, debieran reinterpretarse sin el prejuicio de intentar conciliarlas con los conceptos de “autor”, “coautor”, “inductor” y “cómplice” derivados de la “teoría del dominio del hecho” o de cualquier otra que ofrezca diferenciaciones “ontológicas”, que deban imponerse por ese solo hecho al sentido de las valoraciones de nuestro derecho”. MATUS (2010), p. 220.

anterior, llevaría a que generalmente el vigilante fuese sancionado como cómplice, tal como señala el mismo van Weezel.<sup>173</sup> Lo importante para esta tesis es lograr remover una comprensión simplemente fenomenológica de la imputación, en el sentido de que impedir que el hecho se evite podría consistir también en la generación de obstáculos cognitivos, como por ejemplo, maniobras directivas orientadas en este sentido en el contexto de una organización empresarial.

## ii) La regulación del art. 15 N° 3

Como se dijo, el N° 3 del art. 15 CP ha dado pie a una discusión de larga data acerca de su naturaleza jurídica, es decir, de si se trata de conductas de complicidad castigadas con la pena de autor<sup>174</sup> o bien casos de genuina coautoría,<sup>175</sup> lo que implicaría, además de la satisfacción de los requisitos legales, su adecuación a las exigencias dogmáticas de la coautoría.<sup>176</sup> La disposición establece que se consideran autores:

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.

Nuevamente, se debe Yáñez haber destacado que el *concierto para la ejecución del delito* es un requisito esencial para configurar las modalidades del N° 3.<sup>177</sup> En general, existe consenso en caracterizar al concierto previo como un acuerdo de voluntades referido a la comisión de un delito expresado en la forma de un plan de acción.<sup>178</sup> Sin embargo, la doctrina se encuentra dividida respecto a la forma que debe adquirir tal exigencia. Para algunos el acuerdo bastaría con que fuese categórico<sup>179</sup> (o explícito), mientras que para otros, debe ser formulado en términos expresos.<sup>180</sup> Quizá esta última exigencia,<sup>181</sup> se explica a modo de restricción de la tesis de la asimilación que asumen Cury y Politoff, Matus y

---

<sup>173</sup> VAN WEEZEL (2009a), p. 337.

<sup>174</sup> NÁQUIRA (2004), p. 521; NOVOA (2005), pp. 191-193; POLITOFF et al. (2004), pp. 431-432. Con matices: CURY (2005), pp. 614-616.

<sup>175</sup> ETCHEBERRY (1998), pp. 94-97; GARRIDO (2003), pp. 312-315; MAÑALICH (2011), pp. 285-286; SOTO (1986), pp. 50-51; YÁÑEZ (1975), pp. 58-61.

<sup>176</sup> HERNÁNDEZ (2011), pp. 402-403. Hernández expresa que en general la jurisprudencia no aplica restricciones de este tipo y resulta normal solo exija acreditar el concierto previo sin ulterior examen de la relevancia material del aporte (p. 406).

<sup>177</sup> YÁÑEZ (1975), pp. 59-60.

<sup>178</sup> WINTER (2014), p. 54. CURY (2005), pp. 611-612; ETCHEBERRY (1998), pp. 89-90

<sup>179</sup> Garrido, siguiendo a Maurach, ejemplifica con dos prisioneros en celdas separadas que se ponen de acuerdo a través de golpes cuyo significado es claro. GARRIDO (2003), p. 313. Similar: NOVOA (2005), p. 189. Para Mañalich, el N° 3 prevé formas de coautoría definida por la manifestación de la organización conjunta del hecho en un acto de concierto previo de carácter explícito. MAÑALICH (2005), p. 476. En igual sentido: MAÑALICH (2011), pp. 283-286.

<sup>180</sup> CURY (2005), p. 629. POLITOFF et al. (2004), p. 430.

<sup>181</sup> Crítico al respecto: WINTER (2014), p. 58.

Ramírez, a modo de reconocimiento que las conductas del numeral 3° efectivamente no configurarían un dominio funcional del hecho.

Crucial al respecto es aclarar desde ya que este acuerdo mutuo, en su entendimiento más tradicional, implicaría la consideración del tipo subjetivo, es decir, el *dolo* aplicado al tipo subordinado del art. 15 N° 3. Y por ende, ello significaría una eventual confusión entre la tipicidad objetiva, la categoría de interviniente y la vinculación subjetiva con aquella intervención. Como apunta Winter, el hecho de que el coautor conoce que participa en un plan delictivo no es otra cosa que el tipo subjetivo.<sup>182</sup> El resultado jurisprudencial más evidente de aquella confusión sería el castigo a título de coautor de todo interviniente concertado, sin matizar la operación mediante la aplicación de los requerimientos dogmáticos de la coautoría,<sup>183</sup> de manera que de una u otra forma se termina aplicando un concepto extensivo de autor altamente subjetivizado.<sup>184</sup> El punto es importante ya que se aproxima a una criticada línea jurisprudencial desarrollada en España en relación al CP en su redacción previa a 1995, que en líneas generales, establecía la coautoría en el N° 1 del art. 14 bajo la misma redacción del art. 15 N° 1 de nuestra codificación, ambas provenientes del CP español de 1848. La *doctrina del acuerdo mutuo o recíproco* consistió en identificar como coautor a todo interviniente que haya prestado previa o coetáneamente, de forma expresa o tácita, acuerdo en la comisión del delito, con total independencia de una valoración material de su colaboración, el que muchas veces consistía en un mero acto preparatorio: la confabulación,<sup>185</sup> circunstancia que atrajo mayormente críticas demoledoras por la doctrina hispánica, en general, relacionadas con la infracción del principio de responsabilidad por el hecho.<sup>186</sup>

Estas observaciones permiten cuestionar (al menos) cómo ha de articularse el acuerdo previo en la configuración de esta modalidad. Como he señalado y especialmente en el numeral 3°, se trataría de un elemento objetivo del tipo subordinado de coautoría. Por lo mismo, exigiría la constatación objetiva de una distribución más o menos formal de funciones entre los intervinientes,<sup>187</sup> expresa o concluyente,<sup>188</sup> en la ejecución del *hecho típico*, nomenclatura que expresa que la intervención podría ser dolosa, en la forma de conocimiento de un plan de ejecución del delito, o imprudente, en la ejecución (común) de la actividad descuidada (habida existencia de una cláusula de punición expresamente tipificada). Como se vio, en este punto parecieran coincidir Mañalich y van Weezel, aunque desde diversos puntos de vista: el esquema común o unitario de

---

<sup>182</sup> WINTER (2014), p. 58.

<sup>183</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 406.

<sup>184</sup> Esta es la crítica que se realiza al concepto normativo de autor sostenido por Garrido. COUSO (2012), pp. 95-96.

<sup>185</sup> DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO (1991), pp. 349-387.

<sup>186</sup> *Ibid.*, pp. 388-405.

<sup>187</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 404.

<sup>188</sup> NOVOA (2005), p. 189.

organización o la unidad delictiva de sentido, son conceptos que pretenden caracterizar un patrón colectivo de imputación, objetivizado en la interpretación de los respectivos aportes como partes de un todo.

*Primera modalidad del art. 15 N° 3 CP: Los que concertados para la ejecución del hecho “facilitan los medios con que se lleva a efecto”*

Existe consenso en la interpretación amplia de la naturaleza de los medios facilitados, lo que abarcaría todo tipo de colaboración (material o intelectual).<sup>189</sup> La exigencia de que el hecho *se lleve a efecto* con tales medios resultaría un requerimiento explícito de su utilización. Siguiendo el ejemplo consignado por la Comisión Redactora, de no ser utilizados los medios por los intervinientes, implicaría que la conducta debiese ser calificada como complicidad,<sup>190</sup> pues no se llevaría “a efecto” con el aporte. Se desprende de esta interpretación que entonces, habiendo concierto previo y utilización de los medios proporcionados (al menos en la tentativa),<sup>191</sup> el interviniente debería ser castigado como coautor del delito, trazando al menos una primera diferenciación relevante con el art. 16 CP.<sup>192</sup>

Por otra parte, para quienes sostienen la tesis de la asimilación bajo la teoría del dominio funcional del hecho, la situación debe ser analizada con más detalle. De ser coherentes con la formulación roxiniana, las consecuencias de la tesis de la asimilación no deberían ser tan totalizadoras. Para una interpretación restrictiva de la variante, que exigiese efectivamente la configuración del dominio funcional del hecho, si el aporte resulta esencial desde una perspectiva *ex ante*, sea utilizado o no, debería ser sancionado como autoría mediante el art. 15 N° 1 CP primera parte, exclusivamente prestado en fase ejecutiva. Los medios suministrados en fase preparatoria *per se* no podrían ser castigados de esta forma, constituyendo ello un límite material a la interpretación del numeral 3°.

Sin embargo, una ortodoxa coherencia conceptual con Roxin vaciaría de contenido a esta descripción en atención al amplio concepto de ejecución que se admite para el numeral 1°, siendo el numeral 3° un caso de redundancia legislativa (o especificación meramente ejemplificativa). La consecuencia no deja de ser

---

<sup>189</sup> WINTER (2014), pp. 54-55.

<sup>190</sup> ETCHEBERRY (1998), pp. 95-96. LABATUT (1995), p. 200. NOVOA (2005), pp. 189-190. WINTER (2014), pp. 54-55. Puede constatarse entonces que las posiciones de Etcheberry, Labatut y Novoa serían tesis matizadas de la asimilación, pues a pesar de explicitar que el legislador habría ampliado el campo de la autoría, habilitan un espectro de aplicación de la complicidad que no deja de ser relevante.

<sup>191</sup> CURY y MATUS (2002), pp. 246-247.

<sup>192</sup> Lo interesante es que también se podría realizar otra matización relevante. Esta variante exige que el medio facilite “la ejecución del hecho”. Si este concepto se entiende en la misma línea que el numeral 1°, su campo de aplicación se reduciría notablemente al menos *en bruto* o mediante la consideración de la tesis objetivo-formal de autoría. Por ello, aportes no vinculados a la ejecución de la acción típica no podrían ser castigados como situaciones de coautoría.

chocante, pues tanto para Cury<sup>193</sup> como Politoff, Matus y Ramírez,<sup>194</sup> el numeral aplicaría (formalmente) la pena de autor a conductas materialmente constitutivas de la complicidad del art. 16 CP, prácticamente vaciando de contenido su aplicación<sup>195</sup> (salvo, en la mayoría de los casos, tratándose de aportes unilaterales). A mi juicio, ello constituye una manifestación de la tesis del acuerdo previo en el sentido de proferir, a nivel formal, un concepto extensivo de autor en circunstancias de que constatado este dato objetivo, la misma regulación resultaría prolifera para ser dotada de contenido valorativo mediante el dominio del hecho y generar diferenciaciones en esta modalidad. Y como el concepto de ejecución resulta tan amplio en el caso del numeral 1º, esta variante debería ser entendida como una mera ejemplificación, tal como los seguidores de la teoría roxiniana comprenden la segunda variante del numeral 1º. Así, se podría exigir que: (i) la utilización del aporte debería verificarse en la ejecución misma del hecho y no en meros actos periféricos; (ii) la presencia durante la ejecución consista en actos de coordinación y no meramente en el reforzamiento psíquico de la realización del hecho.

Por lo anterior, un sector de la doctrina aboga por la restricción de la disposición a los criterios materiales de la autoría<sup>196</sup> (funcional), lo que debiese implicar esencialidad ex ante y efectividad ex post de la prestación (como exigencia legal), efectuada en fase ejecutiva previo acuerdo.

Una solución neutra, es decir, sin adherir a ningún criterio material de autoría y solo desde el punto de vista de la lógica de la disposición, es la que plantea Winter, para quién la exigencia de concierto evidenciaría la necesaria coordinación con la ejecución del delito, de manera que se exigiría una cierta proximidad o un breve espacio previo a esta para fundar coautoría, mientras que una mayor prolongación temporal debería ser castigada a título de complicidad.<sup>197</sup>

*Segunda modalidad del art. 15 N° 3 CP: Los que concertados para la ejecución del hecho “lo presencian sin tomar parte inmediata en él”*

Una lectura superficial de la descripción permitiría inferir que esta segunda modalidad consistiría solamente en presenciar físicamente la ejecución del hecho.<sup>198</sup> Sin embargo, como apunta Winter, aunque comentando la primera modalidad del numeral 3º, una prestación solo puede ser dotada de sentido por el actuar de quién va a utilizar dicha contribución en un sentido normativo y no meramente causal.<sup>199</sup> Así, quizá la falta de desarrollo de una perspectiva objetiva

---

<sup>193</sup> CURY (2005), pp. 614-616.

<sup>194</sup> POLITOFF ET AL. (2004), pp. 431-432.

<sup>195</sup> WINTER (2014), pp. 57-58.

<sup>196</sup> HERNÁNDEZ (2011), pp. 406-408. SOTO (1986), pp. 51-52. YÁÑEZ (1975), pp. 58-61.

<sup>197</sup> WINTER (2014), p. 58.

<sup>198</sup> POLITOFF ET AL. (2004), p. 432.

<sup>199</sup> WINTER (2014), pp. 55-56.

para la dotar de unidad de sentido a las contribuciones, conlleva que Etcheberry denuncie como en este caso, la causalidad no ha sido considerada por el legislador y se castigue una conducta que ni siquiera sea necesariamente cooperación, es decir, basada solo en la disposición subjetiva del agente y en la potencialidad de aumentar moralmente la disposición de los ejecutantes.<sup>200</sup>

Por lo anterior, esta variante del numeral 3º resulta ser la más problemática al momento de asignarle una fundamentación consistente con el merecimiento de pena del (co)autor, si no ha de eludirse la dificultad mediante la ya comentada tesis de la asimilación. Winter explica que debido a ello, resulta más simple aludir a casos que no pueden ser considerados en la disposición: el simple espectador no concertado (como si hubiera acompañado a la víctima) o el interviniente presente que no cumple rol alguno en el plan (como el periodista que acompaña a unos asaltantes a un robo o el amigo que presencia la comisión de injurias por su compañero).<sup>201</sup>

Como apunta Novoa, en la sesión N° 125 la Comisión Redactora explicitó la disposición en razón de castigar al que “aumentaba la fuerza y el poder de los delincuentes con su sola concurrencia, aún sin tomar parte directa en la acción”,<sup>202</sup> sin perjuicio de que este autor, a modo de conjetura, explique que en su opinión, resultaría probable que se tratase más que nada de asegurar el castigo del sujeto que, siguiendo el ejemplo de Pacheco sobre el asalto a una diligencia “concurrió en silencio con su escopeta en la mano”.<sup>203</sup>

Interesante resulta la posición de Cury, quien pese a ser partidario de la tesis de la asimilación, se muestra crítico con esta variante por una eventual vulneración del principio *ne bis in idem*. “la asimilación de estos cómplices a la punibilidad de los autores es defectuosa, ya que la existencia del concierto no solo agrava el significado de la conducta, sino que es además *determinante* de su incriminación, lo cual implica haberla valorado doblemente”.<sup>204</sup>

En los términos de una formulación restrictiva del dominio funcional del hecho, Hernández plantea al menos la exigencia de una presencia considerada indispensable por el resto de coautores,<sup>205</sup> como por ejemplo, la presencia del organizador del plan delictivo que actualiza la dirección del hecho,<sup>206</sup> de manera que el cómplice sea tratado con la pena correspondiente del art. 16 CP y no a partir de la extensión formal que implica la tesis de la asimilación.<sup>207</sup>

---

<sup>200</sup> ETCHEBERRY (1998), p. 96.

<sup>201</sup> WINTER (2014), pp. 59-60.

<sup>202</sup> NOVOA (2005), p. 190

<sup>203</sup> *Ibid.*

<sup>204</sup> CURY (2005), p. 630.

<sup>205</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 406.

<sup>206</sup> SOTO (1986), p. 51.

<sup>207</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 408.

Por su parte, Mañalich considera que el art. 15 N° 3 reconoce el hito de la organización conjunta de la realización del delito sobre la base de la manifestación de concierto previo.<sup>208</sup> Por ello, elabora una interpretación coordinada del art. 15 CP en que el numeral 3°, como variante identificada por referencia al concierto previo, consistiría en una modalidad subordinada a la variante del numeral 1°, identificada con el criterio *objetivo* de tomar parte en la ejecución del delito. De esta forma, el art. 15 N° 3° sería una variante de configuración primariamente *subjetivista* de coautoría, bajo la cual la exigencia de concierto previo sustituiría la exigencia de una contribución ejecutiva, siempre que la contribución no-ejecutiva sea de relevancia bajo el esquema común de interpretación del hecho organizado en forma conjunta. Dicho de otro modo, la existencia de coautores en el sentido del art. 15 N° 3° presupondría la existencia de coautores en el sentido del art. 15 N° 1°, quienes finalmente son los que *ejecutan* el hecho.<sup>209</sup>

Finalmente, desde la perspectiva de van Weezel, la exigencia legal de concierto previo impone una restricción interpretativa a la coautoría unilateral en este numeral. El hito que reflejaría en este caso una mayor graduación del injusto de cada interviniente sería la verificación de un acto recíproco de organización, previo a la ejecución del tipo penal, complementado por alguna de las dos variantes. A partir de esta consideración, el numeral 3° se diferenciaría del numeral 1° en que permitiría considerar actos de coautoría prestados en fase preparatoria.

Sin embargo esta tesis tropieza con un problema derivado del principio de legalidad. El numeral 3° pareciera imponer una severa restricción interpretativa. De acuerdo a lo ya desarrollado, los actos graduables a título de coautoría prestados en fase preparatoria pero de forma unilateral, no tendrían cabida en el art. 15 CP, pues quedaría excluidos del numeral 1°, aplicable solo a la fase ejecutiva, mientras que del numeral 3° por la exigencia del acuerdo previo.

Como se ha dicho, el caso del “loro” o vigilante es (y seguirá siendo) un tema controvertido para la teoría de la intervención delictiva.<sup>210</sup> De todo el desarrollo anterior, me gustaría rescatar una observación a modo de aporte a la discusión. Para Hernández, el tema debería localizarse en el art. 15 N° 3° segunda variante y no en el art. 15 N° 1° parte final.<sup>211</sup> Esta indicación puede entregar luces acerca de la interpretación de esta modalidad, en relación a la crítica que formula Garrido contra la doctrina dominante, que como se dijo, ubica la situación en el

---

<sup>208</sup> MAÑALICH (2005), p. 476.

<sup>209</sup> MAÑALICH (2011), pp. 285-286.

<sup>210</sup> A pesar de lo sostenido por Roxin, van Weezel desliza una importante crítica contra la teoría del dominio del hecho en este caso. En la medida que la relevancia de codominio viene dada por una apreciación *ex ante* de la realización del delito, el vigilante solo contaría con un dominio *potencial* del hecho. Si por el contrario, se determinase *vía ex post*, la decisión dependería de la azarosa circunstancia de que durante la ejecución haya surgido un peligro de que el delito fuese descubierto. VAN WEEZEL (2009a), p. 302.

<sup>211</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 408.

numeral 1º. Para este autor, el loro no impediría que se *evite* la comisión del delito, sino que más bien *aseguraría* su realización bajo división del trabajo (tal como el vencer la resistencia de la víctima sería un acto de ejecución propiamente tal y no de impedimento de su evitación).<sup>212</sup> Este aseguramiento pareciera calzar más con el concepto, formulado a *contrario sensu*, de presenciar su ejecución tomando parte *mediata* en aquella. Acorde a lo apuntado por Soto, las variantes del art. 15 CP para el legislador ameritan un quantum de pena equivalente al autor individual. Por ello también puede explicarse que la segunda variante del numeral 1 sea razonablemente limitada a un impedimento activo de que un tercero evite la comisión del delito, según propone Mañalich, equiparándose alternativamente a la ejecución directa por su evidente significado de vinculación a esta. Creo que esta razón subyace al razonamiento de Novoa, para quién el numeral 3 segunda variante habría pretendido sancionar al que con escopeta en mano, vigilaba el atraco de la diligencia (en el ejemplo de Pacheco). El punto común a los tres autores se vincula con la necesidad de dotar de cierta entidad a las descripciones del art. 15 CP.

Aún quizá mediante una lectura simplemente fenomenológica y neutral del asunto (sin tomar posición por ningún criterio material de autoría), me parece que tentativamente podría plantearse interpretar el art. 15 N° 1, segunda variante, como un impedimento activo de la evitación del hecho (exitoso o fracasado), el art. 15 N° 3, segunda variante, como un aseguramiento pasivo aunque dotado de cierta eficacia adicional a la presencia física (aporte concertado y mediato a la realización del hecho: “escopeta en mano”), mientras que el art. 16 CP estaría reservado para la generalidad de casos en que el aseguramiento consiste en apostarse de vigía (o “soplón”) ante la eventual concurrencia de terceros y nada más.

## **b) Complicidad**

El art. 16 CP define la complicidad en los siguientes términos:

Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, *cooperan a la ejecución del hecho* por actos anteriores o simultáneos.

Como se vio, la extensión generalmente atribuida a la coautoría del art. 15 N° 3 ha llevado que la doctrina se esfuerce por encontrar ejemplos de complicidad sancionados bajo el art. 16.<sup>213</sup> Por ende, resulta que tanto a nivel formal como valorativo, la complicidad sea un concepto residual que se define por los alcances

---

<sup>212</sup> GARRIDO (2003), pp. 314-315. Sin embargo, el autor atribuye al vigilante la prestación de un medio para la comisión del delito, en los términos del art. 15 N° 3 primera parte, aunque se explica ya que para Garrido el art. 15 N° 1 abarcaría los casos de realización individual del tipo penal, restando el N° 3 para dotar de contenido a la coautoría.

<sup>213</sup> NOVOA (2005), p. 191.

que se atribuyan a la autoría,<sup>214</sup> lo que ha generado una enumeración más que nada casuística de sus manifestaciones. De ahí que Garrido enumere sus tres requisitos principales del siguiente modo:<sup>215</sup> (i) que el sujeto no sea autor; (ii) que colabore con el autor antes o durante la ejecución del delito y; (iii) que esa colaboración la haya *tomado en cuenta* el autor.<sup>216</sup>

Dotando de contenido a una disposición similar<sup>217</sup>, Roxin ha caracterizado dogmáticamente al cómplice como “quien mediante su aportación *posibilita, facilita, intensifica* o *asegura* el hecho”.<sup>218</sup> Sin embargo, tales nociones parecieran vagas si no ha de clarificarse el concepto de autor que permitiría contrastarlas. Lo único claro entonces es que de acuerdo al sentido de la ley, cómplice es quién despliega una conducta colaborativa o favorecedora a la ejecución del hecho típico. A pesar de este cierto grado de indeterminación conceptual, considero que aún pueden establecerse (al menos) dos características generales respecto a la complicidad.

En primer lugar, desde un punto de vista dogmático, la accesoriedad de la intervención a título de partícipe implica en nuestro medio la existencia de convergencia de voluntad del cómplice,<sup>219</sup> lo que en el derecho alemán se denomina *doble dolo*: debe dirigirse a la prestación de ayuda de la acción del autor y a la lesión por el autor del bien jurídico protegido.<sup>220</sup> Por lo mismo, se acepta

---

<sup>214</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 415. Sin embargo, Hernández cita algunos fallos antiguos y aislados en que tratándose de una inducción ineficaz puede constituir una forma de complicidad psíquica o apoyo moral. HERNÁNDEZ (2011), pp. 411-412. Lo residual del concepto de complicidad se desprende en la sentencia de la Corte Suprema que sancionó a título de complicidad al coimputado que habría lanzado una piedra en contra de la víctima, momentos antes que un segundo interviniente le diera muerte (alevosamente) con un arma de fuego. En palabras del tribunal: “Esta forma de intervención en los hechos no puede considerarse como un caso de autoría en ninguna de las hipótesis del artículo 15 del Código Penal, esencialmente porque el lanzamiento de una piedra no puede considerarse un medio definitivamente apto para matar a otro. Sin embargo, dicha conducta constituye sin duda una cooperación eficiente al delito de homicidio, de modo que ha cooperado en la ejecución del hecho por actos anteriores”. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 2933-1997, de 21 de octubre de 1997, considerando 8°.

<sup>215</sup> GARRIDO (2003), pp. 321-322.

<sup>216</sup> En la doctrina nacional se ha discutido hasta qué punto la prestación debe ser dotada de sentido por el autor para justificar el castigo del cómplice. Mayoritariamente se considera que debe haber sido efectivamente aprovechada, mientras que otros como Labatut y Garrido, en sintonía con el parecer de la Comisión Redactora, exigen que solo haya sido considerada por este. HERNÁNDEZ (2011), p. 414. Como se verá, se trataría de una discusión que se enlaza con el criterio de lesividad necesario para sancionar la participación.

<sup>217</sup> El § 27 StGB (CP alemán) define la complicidad como “prestación dolosa de ayuda a un hecho típicamente antijurídico y doloso”. ROXIN (2014), p. 274. En forma distinta, nuestro CP no limita la expresamente la imputación subjetiva necesaria para configurar la complicidad. Al respecto: COUSO (2013), pp. 124-125.

<sup>218</sup> ROXIN (2014), p. 288

<sup>219</sup> HERNÁNDEZ (2011), p. 369.

<sup>220</sup> ROXIN (2014), p. 311. En esta línea discurre el razonamiento que absolvió a un imputado del cargo de cómplice de estafa, por haber ingresado teléfonos celulares al interior de un recinto penal mediante los que se ejecutaron los delitos, dado que no logró acreditarse que hubiese tenido

mayoritariamente la existencia de una situación de complicidad *unilateral*, es decir, la posibilidad de que se configure sin existencia de acuerdo previo o simultáneo con los coautores.

Como segunda característica, el carácter accesorio de la complicidad también repercutiría en el hecho de que la contribución solo podría ser dotada de sentido *por* el actuar del coautor, de manera que si el aporte no es considerado dentro el plan, la prestación carecería de relevancia jurídico penal. De esta forma, quedaría delimitada la división entre coautoría y la responsabilidad por el hecho,<sup>221</sup> en atención a la inidoneidad de contribuciones que consistirían en la mera expresión de un propósito que no resultaría (por regla general) punible.<sup>222</sup> En palabras de Couso, para la sanción del partícipe no bastaría una mera aplicación formal del principio de accesoriedad, es decir la sola constatación objetiva y subjetiva de la prestación en conexión con el hecho central, sino que huelga una consideración sustantiva a partir de exigir un mínimo de peligrosidad (o lesividad) para el bien jurídico atacado (en forma principal por el autor).<sup>223</sup>

---

conocimiento del fin al que estaban destinados los aparatos. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 12962-2005, de 11 de enero de 2008, considerando 2°. Por otra parte, el mismo tribunal pareciera sancionar una hipótesis de complicidad puramente objetiva, al reconocer la ausencia de doble dolo. En concreto, la recurrente manejaba un automóvil junto a dos mujeres, quienes le advierten repentinamente que detenga el auto, instante en que repentinamente proceden a robar a un transeúnte, subiéndose de inmediato. La conductora habría entrado en pánico y posteriormente habría sido detenida por Carabineros. De ser consistente el razonamiento del tribunal, a lo más podría haberse configurado una situación de encubrimiento, sin embargo haber declarado lo siguiente: “No obstante lo anterior, dado que la acción desplegada por la acusada María José Salazar Verdejo importa objetivamente una cooperación a la consumación del hecho punible, que esta Corte *considera coetánea con la apropiación de especie y dinero ajeno, por la inmediata reacción de ambas jóvenes de subirse al vehículo y emprender la huida*, debe calificarse la participación de María José Salazar Verdejo como la de una cómplice, al facilitar mediante el vehículo que ella conducía alejarse del lugar en que se produjo el robo con intimidación a Fernanda Tobar”. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 2910-2014, de 26 de noviembre de 2014, considerando 4°. Énfasis añadido.

<sup>221</sup> WINTER (2014), p. 56.

<sup>222</sup> NOVOA (2005), p. 190. La punibilidad podría discutirse teóricamente a nivel de una tentativa de complicidad, dependiendo del fundamento de castigo que se asuma para la misma. Sin embargo, el art. 50 CP sanciona exclusivamente la participación *en la tentativa* pero *no* la tentativa de participación. En este sentido HERNÁNDEZ (2011), p. 414.

<sup>223</sup> COUSO (2012), pp. 127-129. En Alemania este punto se vincula con la discusión relativa a la exigencia de causalidad de la complicidad sobre el resultado delictivo. En general, se asume mayoritariamente que por causalidad debe entenderse una relación normativa entre el aporte del interviniente y la realización del delito (no requiriéndose por ende un aporte que sea *conditio sine qua non*), bastando que la prestación del cómplice haya incrementado el riesgo de producción del resultado. Es decir, se trataría de la aplicación de la teoría de la imputación objetiva, en su uso tradicional, al comportamiento del cómplice, constatando tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado de su conducta. LÓPEZ (1997), pp. 274-286. En palabras de Roxin: “pues solo quien mejora dolosamente las oportunidades del autor e incrementa el riesgo para la víctima, emprende un ataque autónomo al bien jurídico”. ROXIN (2014), pp. 287-288.

En nuestro medio, el criterio dogmático y jurisprudencial más utilizado (sino el único) para distinguir situaciones de coautoría de situaciones de complicidad ha sido la exégesis del art. 15 CP.<sup>224</sup> Por ello resulta preferible analizar su configuración a partir de los principales criterios materiales de autoría actualmente vigentes, aludiendo específicamente a los aspectos relacionados con la materia que aquí interesa,<sup>225</sup> ejercicio que a la vez sirve para extrapolar a nuestra discusión algunas hipótesis discutidas en la doctrina comparada, carentes de desarrollo local, según estimo, por la primacía de análisis de la complicidad desde la descripción del art. 15 CP y la acogida de la denominada tesis de la asimilación.<sup>226</sup>

### i) Complicidad y dominio funcional del hecho

Desde el punto de vista de la teoría del dominio funcional del hecho, en primer lugar, será cómplice todo aquel que realice un aporte a la ejecución del hecho en fase preparatoria,<sup>227</sup> pues como se vio, ello significa, a pesar de la entidad aparente de la prestación, dejar las riendas del suceso en manos de los ejecutores.<sup>228</sup> Viveros justifica esta solución dado que “se trata siempre de actos preparatorios, esto es, de actos generalmente impunes. En consecuencia, su sanción en virtud del tipo subordinado de complicidad, ya constituye una excepción apreciable como para adicionarle el incremento de pena que conllevaría sancionarlos, siquiera en algunos casos, del mismo modo que el ejecutor material”.<sup>229</sup> En segundo lugar, ya en fase ejecutiva, constituirán complicidad pequeños servicios como “el ejercicio de funciones protectoras periféricas y apoyos psíquicos intensificadores del hecho”.<sup>230</sup>

Como se ha dicho, las funciones de vigilancia han sido uno de los problemas más discutidos respecto a la complicidad y la coautoría.<sup>231</sup> Para Baldó Lavilla y Silva Sánchez pueden identificarse tres principales clases de actos de vigilancia: (i) el delincuente inexperto que es apostado como vigía para adquirir experiencia; (ii) el vigilante con capacidades especiales para el cumplimiento de la misión según el plan; (iii) el vigilante que adicionalmente cumple ciertas funciones defensivas, como la interrupción de eventuales cursos salvadores.<sup>232</sup> A ello, agregaremos (iv) el vigilante en sentido estricto (o sin asignación de labores adicionales).

---

<sup>224</sup> LABATUT (1995), pp. 200-201. NOVOA (2005), pp. 191-192.

<sup>225</sup> La complicidad constituye un tema que excede las posibilidades de desarrollo de este trabajo. En el último tiempo, las denominadas conductas *neutras* o *neutrales* han despertado la atención de la doctrina comparada como forma de delimitación entre la complicidad y la atipicidad. VIVEROS (2013), pp. 667-675.

<sup>226</sup> Similar: VIVEROS (2013), pp. 659-660.

<sup>227</sup> CURY (2005), pp. 613-614. POLITOFF et al. (2004), p. 418. VIVEROS (2013), pp. 666.

<sup>228</sup> ROXIN (2014), p. 151.

<sup>229</sup> VIVEROS (2013), p. 666.

<sup>230</sup> ROXIN (2014), p. 305.

<sup>231</sup> BALDÓ LAVILLA Y SILVA SÁNCHEZ (1992), p. 213.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 213.

Indiscutidamente el caso (i) constituye complicidad.<sup>233</sup> Sin embargo, tanto el caso (ii), dentro del cual considero, por ejemplo, al conductor del ejemplo ya propuesto al inicio,<sup>234</sup> como el caso (iii) resultarían altamente discutibles como situaciones de coautoría. Conforme al criterio del dominio funcional del hecho, ex ante el vigilante solo dispondría de un dominio *potencial* del mismo, acorde al cual la realización solo podría *haber dependido* de la tarea en caso de no verificarse efectivamente problemas, sin que resulte enteramente satisfactorio defender esta tesis considerando que el solo haber proporcionado al resto el necesario sentimiento de seguridad para la comisión bastare, pues si inmediatamente el guardián se alejara o se quedare dormido, también debería considerarse coautor.<sup>235</sup> Por otro lado, en el caso (iv) y tratándose de un delincuente ya experimentado, en realidad no existiría dominio negativo alguno del hecho pues su aportación se limitaría exclusivamente a dar aviso de la presencia de terceros, con lo que lo que se pretende es la no detención de los intervinientes, más no la realización de una contribución ejecutiva.<sup>236</sup> En consideración a lo anterior, existen buenas razones

---

<sup>233</sup> CURY (2005), p. 613.

<sup>234</sup> Para Baldó Lavilla y Silva Sánchez, el caso del conductor del vehículo durante un robo constituye un caso de autoría ejecutiva directa, subsumible (en nuestro texto) en el art. 15 N° 1. La fundamentación resulta interesante en atención a la interpretación del delito de robo (simple) en la doctrina española como delito de resultado. De esta manera, el acto de apoderamiento no se agotaría con solo tomar la cosa, sino que se prolongaría en un proceso diacrónico con unidad de sentido hasta el momento de la disponibilidad. El conductor intervendría en una fase ya final del iter ejecutivo consistente en trasladar el botín para que finalmente puedan todos disponer de aquel. BALDÓ LAVILLA Y SILVA SÁNCHEZ (1992), pp. 214-215.

<sup>235</sup> VAN WEEZEL (2009a), p. 302.

<sup>236</sup> BALDÓ LAVILLA Y SILVA SÁNCHEZ (1992), p. 215. Acertadamente, la Corte de Apelaciones de Antofagasta revocó la decisión del tribunal de base que consideró autor, en virtud del art. 15 N° 1 CP, a un imputado que se encontraba vigilando desde la calle como los restantes intervinientes ingresaron a un inmueble para sustraer especies, habiendo sido detenido cuando intentaba alertar a sus compañeros –mediante señales corporales– de la presencia de Carabineros. El tribunal recalificó su intervención a título de cómplice, inclusive mediante el recurso a la teoría del dominio del hecho: “(de los hechos acreditados) se desprende que el imputado Villegas no ingresó al inmueble desde el cual los otros sentenciados sustrajeron dos rosarios con cruces de metal plateado (...) sin que haya realizado ningún elemento del tipo consistente en apropiarse de cosa mueble ajena, siendo evidente que no hay igualdad en el plano de la participación, *sin que tampoco se haya demostrado en forma concluyente el concierto previo o la decisión común del hecho, pese a la convergencia intencional mencionada por los jueces, tal vez pensando en la hipótesis contenida en el numeral 3° del artículo 15, que en todo caso no constituyó fundamento de la decisión.* De los hechos establecidos no aparece que la contribución de Villegas haya sido decisiva para la perpetración del ilícito, tanto así, que el funcionario aprehensor le efectuó un control de identidad, según se consigna en el considerando sexto del fallo y *evidentemente sin su concurso, el delito pudo llevarse a cabo, debiendo considerarse además que, ante la aparición no habitual de la policía -que fue requerida por los vecinos-, ni siquiera contaba con algún medio idóneo que permitiera un aviso eficaz, ni existía acuerdo al respecto, o por lo menos ello no se probó.* Cabe recordar por último, la afirmación hecha por Günther Jakobs, en su obra Derecho Penal, página 752: Quien está presente en el lugar del hecho y refuerza al ejecutor en sus planes, no es coautor solo por eso, sino porque el reforzamiento es necesario y contribuye a configurar el aspecto del hecho. (de lo contrario solo habría inducción intentada o complicidad psíquica intentada)”. Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 93-2008, de 27 de mayo de 2008, considerandos 7 a 8.

para considerar al loro como cómplice, por lo que en realidad en Chile el problema mantiene vigencia por la asunción de la tesis de la asimilación.

Por otra parte, tratándose de aportes que consisten en un influjo psíquico prestado al autor (o complicidad espiritual, moral o psíquica), se distinguen generalmente dos grupos de casos: (i) el consejo o asesoramiento técnico y (ii) el reforzamiento de la decisión delictiva.<sup>237</sup> El caso (ii) es el que genera mayor número de problemas,<sup>238</sup> pues consiste en diversos actos de apoyo moral que fortalecerían una decisión delictiva ya afianzada en el coautor (denominado comúnmente como *omnidoro factorus*). El principal inconveniente de tales aportes radica en poder justificar el nivel de lesividad necesario para configurar un incremento de riesgo para el bien jurídico. En particular, me centraré en dos casos por su posible subsunción en la segunda variante del art. 15 N° 3 (presenciar la ejecución del hecho, previo concierto).

Se trata, en primer lugar, de los actos denominados como *estabilización de la decisión delictiva*, relativos a (i) ofrecer al autor un motivo adicional para cometer el delito, (ii) remover dudas respecto a su decisión (o impedir el decaimiento de la voluntad) y (iii) generar una intensificación del ataque al bien jurídico (como alentar al agresor para que siga golpeando a la víctima).<sup>239</sup> Para López Peregrín, siendo supuestos teóricamente factibles aunque extremadamente difíciles de probar en la práctica, lo más razonable sería aceptar generalmente los supuestos (ii) y (iii), ya que el caso (i) más bien carecería de autonomía o se encontraría

<sup>237</sup> LÓPEZ (1997), pp. 309-311. ROXIN (2014), pp. 281-282.

<sup>238</sup> ROXIN (2014), p. 282.

<sup>239</sup> LÓPEZ (1997), pp. 313-320. Bajo este concepto pareciera entender la Corte Suprema los aportes consistentes en (i) abrir el portón del antejardín de un inmueble con un puntapié para que ingresaran dos intervinientes adicionales y la (ii) sola presencia física, en el contexto de la realización de un delito de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado. Así el tribunal declara: “su conducta fue la de *espectadores* y, en el caso puntual de Castillo, existió un puntapié al portón de entrada que facilitó la ejecución del ilícito, *pero que obviamente no fue una contribución decisiva o imprescindible*; (...) Por el contrario, Castillo tuvo que comprarle la harina (objeto de la sustracción del inmueble) a Cantero en la suma de \$ 1.500, acto al que nadie se opuso y por el cual se revela la indudable convicción de que la harina le “pertenece” a Cantero tanto como su ilícito. El hecho cometido por Cantero era para todos ajeno, al igual que las consecuencias de él y la especie obtenida”. Por otra parte, también se califica como complicidad (psíquica) el aporte de un segundo interviniente: “Que, por su parte, la conducta de Gajardo Jara, quien simplemente observó lo que acontecía, también importó una colaboración en la comisión del ilícito, *debido a la seguridad y apoyo moral que significaba su conducta de observador y vigía mientras ocurrían los acontecimientos*. Quien no quiere participar en un hecho ilícito, sencillamente se retira del lugar en cuanto advierte el propósito del resto de los sujetos; pero, *al permanecer en el lugar, es evidente que otorgó un apoyo innegable a los autores materiales y que, además, siendo su amigo y no habiéndoles reprochado la conducta, cumpliría fielmente su misión de dar aviso en caso de que alguien se acercara al lugar o hubiese amenaza de ser descubiertos*. Al mismo tiempo, no se ha acreditado en autos que estuviese en condiciones, al presenciar los hechos sin tomar parte inmediata en ellos, de poder impedirlos. También, pues, se trata de un cómplice”. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 2607-1999, de 14 de septiembre de 1999, considerandos 18, 19 y 25. Énfasis añadido.

causalmente distanciado, en el sentido normativo de generación de un riesgo para el bien jurídico, del resultado delictivo.<sup>240</sup>

En segundo lugar, se ubican los casos de la intención del cómplice (conocida por el coautor) de *intervenir en la decisión del delito en caso de necesidad*.<sup>241</sup> De acuerdo a una interpretación sustantiva del principio de accesoriedad, la mera presencia física o el mero no-impedir el delito que provoque en el autor un sentimiento de seguridad, no bastaría para lograr sostener complicidad.<sup>242</sup> Sería la promesa (expresa o tácita) de intervenir en caso necesario lo que añadiría el desvalor necesario para transformar una simple omisión en una conducta activa de complicidad.<sup>243</sup> De esta forma, las situaciones de vigilancia cualificada ya señaladas en los casos (ii) y (iii) podrían constituir actos de complicidad psíquica, siempre cuando pudiera acreditarse su eficacia en la decisión delictiva de los ejecutores.

Si a los supuestos previamente desarrollados de complicidad se suma un interpretación realmente sustancial del art. 15 CP, lo que necesariamente implicaría un rechazo a la tesis de la asimilación, se podría llegar a una amplia restricción de su numeral 3º mediante la teoría del dominio funcional del hecho. Sin perjuicio de ello, podrían revelarse algunos resultados discutibles, especialmente en caso de prestaciones eventualmente acreedoras de la pena de autor en etapa preparatoria, que terminarían siendo sancionadas conforme a la pena del art. 16 CP.

## ii) **Complicidad y modelos recientes de autoría: Tesis de Mañalich y van Weezel**

Desde otra perspectiva, para la tesis defendida por Mañalich, la complicidad se caracterizaría por una acción (u omisión) que resultare interpretable como *auxiliar* a una acción principal, en el sentido de constituir un quebrantamiento secundario de la misma norma penal infringida por los coautores. Para ello, la acción del cómplice debería mejorar o facilitar la posibilidad de ejecución de la acción principal por los demás intervinientes,<sup>244</sup> sea que (i) el partícipe no se encontraría vinculado a un esquema común de actuación, sometándose a objetivos ajenos<sup>245</sup> (complicidad unilateral), o bien, aun cuando intervenga en el contexto situacional

---

<sup>240</sup> LÓPEZ (1997), pp. 315-319. En contra: ROXIN (2014), pp. 282-283.

<sup>241</sup> LÓPEZ (1997), pp. 319-320.

<sup>242</sup> En palabras de Roxin, las restantes formas de presencia física durante la ejecución del hecho no darían lugar a situaciones de complicidad: “la mera solidarización con el autor, o la manifestación de aprobación de su proceder o de simpatía con el mismo no es suficiente (...) Pues de ese modo ni se estabiliza una resolución al hecho (como sí ocurre en la eliminación de reparos), ni se la coloca sobre una base más amplia (como en el caso de proporcionar motivos adicionales) ni se la intensifica (como en caso de aumentar el menoscabo del bien jurídico). ROXIN (2014), pp. 283-284.

<sup>243</sup> LÓPEZ (1997), p. 320.

<sup>244</sup> MAÑALICH (2014a), pp. 86-89.

<sup>245</sup> KINDHÄUSER (2003), pp. 68-69.

con los coautores, (ii) este no efectuaría una prestación representativa de la sujeción a un objetivo propio.<sup>246</sup>

De esta manera y bajo la interpretación coordinada del art. 15 CP que propone Mañalich, podrían existir actos preparatorios de complicidad y de coautoría (dependiendo en este último caso de la constatación del acuerdo previo en tanto concreción de la organización conjunta), pero, según entiendo, jamás actos ejecutivos de la acción típica a título de complicidad, pues si el criterio material de autoría radica en la posibilidad situacional de omitir el comportamiento típico, todo acto vinculado a la acción descrita representa una contradicción a la norma como razón para la acción, reflejo de una acción principal.

---

<sup>246</sup> KINDHÄUSER (2011), p. 52. Esta línea de razonamiento pareciera desarrollar la Corte Suprema, que si bien apela a la teoría del dominio del hecho, recalifica la conducta de la recurrente a complicidad sobre la base de la concreta actuación de la imputada. Los hechos consistieron en una compra de éxtasis planificada por un agente encubierto en un local de comida, donde la recurrente habría oficiado de intermediaria entre el comprador y la dueña de la mercancía, ubicada en el segundo piso. El tribunal señala lo siguiente: “(la acción de la recurrente) *queda subordinada a la conducta que despliegue Areli Espinoza Morales*, que es la persona que domina el curso de los acontecimientos, de cuya voluntad depende la concreción, la que puede interrumpir o dar un giro diverso, en todo lo cual coopera de manera accesoria y sin mayor protagonismo (...) cabe destacar además las siguientes circunstancias que corroboran el carácter secundario que le cupo a la reclamante en los hechos materia de autos: la droga pertenecía a otra persona, quien además ocultaba cuantiosas dosis en su residencia; Peña Vera nunca asumió el rol de detentador de la sustancia tóxica ni estuvo en aptitud de decidir su destino ni tampoco la resguardó. Se desprende, en consecuencia, *que su incidencia en la transacción, dirigida por la otra encartada*, con los agentes encubiertos quienes hasta el día de la venta no tenían ningún antecedente acerca de Peña Vera- fue únicamente de auxilio o apoyo para que la verdadera autora concretara su cometido de tráfico”. Sentencia Corte Suprema, Rol N° 2725-2010, de 21 de marzo de 2011, considerandos 8 a 10. Énfasis añadido. La decisión resulta curiosa, tanto por la amplitud de los verbos rectores empleados en los tipos delictivos de los arts. 3 y 4 de la Ley N° 20.000, como por el criterio de autoría de la teoría del dominio del hecho, absolutamente procedente en este caso. Estas consideraciones críticas son utilizadas por la Corte de Apelaciones de Coyhaique para recalificar a coautoría las conductas de dos imputados sancionados por el tribunal de base como cómplices. Los hechos consistieron en un viaje a una localidad de Argentina para comprar marihuana, efectuado por cuatro imputados. Con la mercancía ya adquirida, retornaron a Chile, entregándosela a uno de ellos para que la traspasara a pie por la frontera, encontrándose posteriormente. El tribunal de base sancionó a título de complicidad en el delito de tráfico de estupefacientes tanto al imputado que efectuó el contacto con el proveedor trasandino como al que trasladó la droga. El fundamento de la recalificación fue el siguiente: “Vale decir, respecto de estos dos acusados, como también respecto de los otros dos, no solo existe solo una sola modalidad que permita entender que han traficado, *sino que varias de las que la ley señala, constituyendo, no varios delitos sino que uno solo, el de tráfico (...)* (que las conductas) *se encuadran, cada uno, en la hipótesis de autoría, ni siquiera en la del número 3 del artículo 15 del Código Penal, sino que, derechamente, en la del número 1 del artículo y cuerpo legal citados (...)* segundo, porque no pueden, en el presente caso, desmembrarse o separar las acciones acometidas por todos los acusados que estaban enfocadas a un solo fin: adquirir droga en el extranjero e ingresarla al territorio nacional para su comercialización, finalidad obtenida y frustrada en su última pretensión, mediante acción policial”. Sentencia Corte de Apelaciones de Coyhaique, Rol N° 46-2012, de 30 de julio de 2012, considerandos 6 a 7. Énfasis añadido.

Como se evidencia, en la elaboración de los criterios que permiten interpretar la actuación del cómplice como separada del esquema común de representación o como no representativa del patrón unitario de agencia, el dominio fáctico sobre la consumación del hecho nada tiene que aportar. Por lo que el criterio material para determinar la complicidad debe enfocarse en la evaluación de la defraudación del seguimiento de la norma en forma secundaria, es decir, a través de consideraciones jurídicas de merecimiento de pena, derivadas de la norma de sanción en razón de su naturaleza como reglas de imputación: el contenido expresivo de un acto de mera cooperación.

Para la tesis de van Weezel, coautoría y complicidad serían diferencias cuantitativas de las cuotas de configuración del hecho delictivo, pertinentes al ámbito de la determinación de la pena. Se trataría exclusivamente de reglas “cuya función sea distinguir entre los miembros del colectivo a efectos de imponerles una pena diferenciada”.<sup>247</sup> La categoría de interviniente, en tanto sujeto competente por una infracción colectiva de deberes, sería el punto decisivo para la atribución de responsabilidad, conforme a la imputación objetiva de su comportamiento. De esta forma, bajo la comprensión normativizada de los requisitos del art. 15 CP (en particular, del numeral 1º),<sup>248</sup> resultaría completamente posible la cuantificación de un aporte como complicidad pese a realizar acciones ejecutivas en el sentido de la acción típica, como también de coautoría en fase preparatoria (con la restricción ya señalada de coautoría unilateral en dicha fase, por la combinación de requisitos de los numerales 1º y 3º).

Ya que lo relevante para la diferenciación sería el contenido expresivo del quebrantamiento de la norma, evaluado desde una perspectiva ex post acorde a lo efectivamente configurado por cada interviniente<sup>249</sup>, el cómplice configuraría en menor cuantía que el coautor, pues su aporte tendría una menor magnitud en la materialización (concreta) de la realización típica, aun cuando se constatará el *factum* de haber causado el resultado con su propio cuerpo.

---

<sup>247</sup> MATUS (2010), p. 214

<sup>248</sup> Por comprensión normativizada me refiero a la aplicación de los criterios de cuantificación propuestos por van Weezel en la evaluación de cuán *directo e inmediato* ha sido el tomar parte en la ejecución del hecho, propia del numeral 1º del art. 15 CP. Al respecto: VAN WEEZEL (2009a), pp. 335-341.

<sup>249</sup> En esta línea, Matus expresa que de nuestra regulación no puede desprenderse sin más la adopción de un sistema que distinga entre figuras centrales y periféricas. Más bien, todo apuntaría a una categoría genérica de responsabilidad penal. Ello porque (i) existen tipos de la parte especial en que el autor como figura central no corresponde a la lógica de incriminación (ii) como también porque la parte general del CP establece que tanto autores como cómplices tienen en común el que “son responsables criminalmente” (art. 14 CP) dado que “cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos” (art. 16 CP), distribuyendo posteriormente la pena según el *quantum* de dicha contribución, agravándola en los casos empíricamente descritos en el art. 15 CP. MATUS (2010), pp. 215-217.

## 5. Contraste entre los principales modelos de coautoría vigentes en Chile

Para finalizar, me gustaría presentar un caso diseñado por Winter y caracterizado como problemático para el modelo de regulación vigente, como forma de poner a prueba las soluciones de diferenciación objeto del presente trabajo, basado en la comisión del delito de obtención fraudulenta de prestaciones estatales (art. 470 N° 8 CP).<sup>250</sup>

(X) es el dueño de una empresa y requiere a su abogado, (Y), que diseñe un plan para solicitar una importante subvención pública. (Z), a sabiendas de ello, es el dependiente que finalmente solicita la prestación estatal, rellenando el formulario con los datos falsos y obteniendo improcedentemente el beneficio.<sup>251</sup>

Para la teoría del dominio funcional del hecho desvinculada de la tesis criolla de la asimilación, los aportes de (X) e (Y), al prestarse en fase preparatoria, solo podrían constituir intervenciones a título de (co)participación, es decir, complicidad respecto de (X) y de (Y) (o eventualmente, inducción). De esta manera, las riendas del suceso las tendría exclusivamente (Z) al ejecutar materialmente la acción prohibida, siendo el único sancionado como autor (individual) directamente a partir del tipo penal de la parte especial.

Desde la teoría analítica del hecho punible, el esquema conjunto de representación se evidenciaría subjetivamente en el acuerdo previo de (X) e (Y) para el diseño del plan, aportando en fase preparatoria los medios para la comisión del delito (entiéndase, estructura societaria facilitada por (X) y medios intelectuales por (Y)), ambos punibles como coautores de acuerdo al art. 15 N° 3 primera variante, intervención subordinada a la ejecución de propia mano de la acción típica de parte de (X), en este caso, coautor ejecutivo en virtud tomar parte inmediata y directa en el hecho, acorde a lo dispuesto en el art. 15 N° 1 CP.

Para la teoría cuantitativa de la intervención delictiva, existiendo unidad delictiva de sentido por la configuración parcial del hecho de parte de cada interviniente, la magnitud de configuración atribuible a (X) e (Y), en fase preparatoria, resultaría significativa como expresión de un mayor nivel de intensidad expresivo del quebrantamiento de la norma, subsumible en la descripción del art. 15 N° 3 CP, mientras que respecto a (Z), su intervención ejecutiva, en atención a las circunstancias específicas de comisión (un mero subalterno) y la magnitud de su intervención en la configuración concreta del

---

<sup>250</sup> La disposición señala que se les aplicarán las penas establecidas en el art. 467 CP “A los que fraudulentamente obtuvieren del Fisco, de las municipalidades, de las Cajas de Previsión y de las instituciones centralizadas o descentralizadas del Estado, prestaciones improcedentes, tales como remuneraciones, bonificaciones, subsidios, pensiones, jubilaciones, asignaciones, devoluciones o imputaciones indebidas”.

<sup>251</sup> WINTER (2014), p. 61.

hecho punible (el “presionar el botón de la máquina infernal”), resultaría penado conforme al art. 16 CP a título de cómplice.

Tanto en el modelo analítico como en el cuantitativo, se aprecia una mayor laxitud en la elaboración de criterios de distinción, con un mayor rendimiento teórico al momento de subsanar situaciones que el dominio funcional del hecho no ha sido capaz de zanjar respecto al (que se considere adecuado) merecimiento de pena. Como toda cuestión valorativa, se trata de una discusión abierta y aún pendiente de tratamiento en el medio nacional. El desarrollo anterior ha pretendido dar cuenta de esta situación en sus rasgos elementales y presentar algunos lineamientos para su ulterior articulación.

**BIBLIOGRAFÍA:**

- ❖ BALDÓ LAVILLA, Francisco / SILVA SÁNCHEZ, Jesús (1992): “Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia: Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989”, *Poder Judicial*, N° 27, pp. 212-216.
- ❖ BULLEMORE, Vivian / MCKINNON, John (2005): *Curso de Derecho Penal: Teoría del Delito*, t. II, 1ª ed., Editorial Lexis Nexis., Santiago.
- ❖ COUSO SALAS, Jaime (2012): “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. I), pp. 91-133.  
 \_\_\_\_\_ (2013): “Sobre el concepto material de autor. Consideraciones dogmáticas y metodológicas”, en: VAN WEEZEL, Álex (Coord.), *Humanizar y Renovar el Derecho Penal. Estudios En Memoria De Enrique Cury*, Editorial Legal Publishing, Santiago, pp. 619-657.  
 \_\_\_\_\_ (2015): “Intervención delictiva y organización. Necesidad y complejidades de una comparación funcional entre el derecho chileno y el derecho internacional comparado”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 1, pp. 267-295.
- ❖ COX LEIXELARD, Juan Pablo (2012): *Delitos de posesión. Bases para una dogmática*, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires.
- ❖ CURY URZÚA, Enrique (2005): *Derecho Penal Parte General*, 7ª ed., Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile, Santiago.
- ❖ CURY URZÚA, Enrique / MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2002): “Título II. De las personas responsables de los delitos”, en: POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / ORTÍZ QUIROGA, Luis (Coords.), *Texto y comentario del Código Penal chileno. Libro primero – Parte general. Artículos 1° al 105°*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 229-256.
- ❖ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel (1991): *La autoría en Derecho Penal*, 1ª ed., Editorial PPU, Barcelona.
- ❖ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel / DE VICENTE REMESAL, Javier (1992): “IV. Comentario Tercero”, *Poder Judicial*, N° 27, pp. 203-212.
- ❖ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo (1998): *Derecho Penal: Parte General*, t. II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ❖ GARRIDO MONTT, Mario (2003): *Derecho Penal Parte General: Nociones fundamentales de la teoría del delito*, t. II, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ❖ GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis / MIRA BENAVENT, Javier (1992): “Autoría o participación en determinados supuestos de vigilancia: Comentarios a la STS de 21 de febrero de 1989”, *Poder Judicial*, N° 27, pp. 191-196.
- ❖ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2011): “Título II. De las personas responsables de los delitos”, en: COUSO SALAS, Jaime / HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (Dirs.), *Código Penal Comentado: Libro Primero (arts. 1° a 105), Doctrina y Jurisprudencia*, Editorial Legal Publishing, Santiago, pp. 365-423.
- ❖ JAKOBS, Günther (2000): “El ocaso del dominio del hecho” (Traducc. CANCIO MELIÁ, Manuel), en: JAKOBS, Günther, *Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito*, Editorial Rubinzal, Buenos Aires, pp. 87-120.
- ❖ KINDHÄUSER, Urs (2003): “Cuestiones fundamentales de la coautoría” (Traducc. CANCIO MELIÁ, Manuel), *Revista Penal*, N° 11, pp. 53-70.  
 \_\_\_\_\_ (2011): “Infracción de deber y autoría – Una crítica a la teoría del dominio del hecho” (Traducc. Mañalich Raffo, Juan Pablo), *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 14, pp. 41-52.
- ❖ LABATUT GLENA, Gustavo (1995) *Derecho Penal*, t. I, 9ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ❖ LESCH, Heiko (1995): “Intervención delictiva e imputación objetiva” (Traducc. SÁNCHEZ VERA Y GÓMEZ-TRELLES, Javier), *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasc. III, pp. 911-972.

- ❖ LÓPEZ PEREGRÍN, María Carmen (1997): *La complicidad en el delito*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.
- ❖ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo (2005): “Condiciones generales de la punibilidad”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 2, pp. 387-481.
- (2008): “Miedo insuperable y obediencia jerárquica”, *Revista de Derecho*, N° 1, pp. 61-73.
- (2010a): “La estructura de la autoría mediata”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIV, pp. 385-414.
- (2010b): “Norma e imputación como categorías del hecho punible”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 12, pp. 169-190.
- (2014a): *Norma, causalidad y acción: Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultado puros*, Editorial Marcial Pons, Madrid.
- (2014b): “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N° 2, pp. 225-276.
- ❖ MATUS ACUÑA, Jean Pierre (2010): “Sergio Yáñez: obra e influencia. La dogmática chilena actual”, en: SCHWEITZER WALTERS, Miguel (Coord.), *Nullum crimen, nulla poena sine lege. Homenaje a grandes penalistas chilenos*, Editorial Universidad Finis Terrae, Santiago, pp. 205-220.
- ❖ NÁQUIRA RIVEROS, Jaime (2004): “El dominio funcional del hecho: ¿Coautoría o coparticipación?”, en: DE FIGUEIREDO DÍAS, Jorge / SERRANO GÓMEZ, Alfonso / POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / ZAFFARONI, Eugenio (Dir.), *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología. Homenaje a Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, pp. 515-528.
- ❖ NOVOA MONREAL, Eduardo (2005): *Curso de Derecho Penal chileno Parte General*, t. II, 3ªed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ❖ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio (2001): “Cometer y hacer cometer. Desarrollo y significación actual de la noción de autoría mediata”, en: ARROYO ZAPATERO, Luis / BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “In memoriam”*, Vol. 1, Editorial Universidad de Salamanca, Salamanca.
- ❖ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, Cecilia (2004): *Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ❖ ROXIN, Claus (2000): *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (Traducc. CUELLO CONTRERAS, Joaquín; SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José), Editorial Marcial Pons, Madrid.
- ❖ ROXIN, Claus (2014): *Derecho Penal Parte General: Especiales formas de aparición del delito* (Traducc. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel [Dir.]), t. II, Editorial Aranzadi, Navarra.
- ❖ SOTO PIÑEIRO, Miguel (1986): “La noción de autor en el Código Penal chileno”, *Gaceta Jurídica*, N° 68, pp. 13-54.
- ❖ VAN WEEZEL, Álex (2009a): “Coautoría”, en: VAN WEEZEL, Álex, *Pena y sentido: Estudios de Derecho Penal*, Ara Editores, Lima, pp. 293-344.
- (2009b): “Autoría y responsabilidad por el producto: ¿Participación en decisiones de órganos colegiados de la empresa como intervención delictiva?”, en: VAN WEEZEL, Álex, *Pena y sentido: Estudios de Derecho Penal*, Ara Editores, Lima, pp. 371-396.
- (2009c): “Intervención delictiva y garantismo penal”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, N° 8, pp. 432-445.
- (2012): “Autorresponsabilidad y autonomía en la intervención delictiva”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales*, Vol. I, pp. 143-161.
- ❖ VARGAS PINTO, Tatiana (2010): *Manual de Derecho Penal Práctico. Teoría del delito con casos*, 1ª ed., Editorial Legal Publishing, Santiago.
- ❖ VIVEROS VERGARA, Miguel (2013): “Sobre los límites de la complicidad”, en: VAN WEEZEL, Álex (Coord.), *Humanizar Y Renovar El Derecho Penal. Estudios En Memoria De Enrique Cury*, Editorial Legal Publishing, Santiago, pp. 659-675.

- ❖ WELZEL, Hans (1976): *Derecho Penal Alemán* (Traducc. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; YÁÑEZ PÉREZ, Sergio), 11ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ❖ WINTER ETCHEBERRY, Jaime (2014): “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, pp. 39-64.
- ❖ YÁÑEZ PÉREZ, Sergio (1979): “Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno”, *Revista de Ciencias Penales*, N° 1, pp. 49-64.

## JURISPRUDENCIA CITADA

- ❖ Corte Suprema c/ José Aliaga Cornejo y otros (1997): 21 de octubre de 1997 (delito de homicidio simple –casación en el fondo sentencia condenatoria de segunda instancia), Rol N° 2933-1997, base de datos Microjuris, ID MJJ1314, en: <http://cl.microjuris.com/home.jsp>
- ❖ Corte Suprema c/ Roberto Castillo Díaz y otros (1999): 14 de septiembre de 1999 (delito de robo en lugar destinado a la habitación o sus dependencias –casación en el fondo sentencia condenatoria de segunda instancia), Rol N° 2607-1999, base de datos La Ley Online Chile, ID CL/JUR/919/1999; 16321, en: <http://www.legalpublishing3.cl>
- ❖ Corte de Apelaciones de Santiago c/ Claudio González Vidal y otros (2008): 11 de enero de 2008 (delito de estafa –apelación sentencia condenatoria de primera instancia), Rol N° 12962-2005, base de datos Microjuris, ID MJJ16722, en: <http://cl.microjuris.com/home.jsp>
- ❖ Corte de Apelaciones de Antofagasta c/ Víctor Villegas Miranda (2008): 27 de mayo de 2008 (delito de robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación –recurso de nulidad contra sentencia condenatoria), Rol N° 93-2008, base de datos La Ley Online Chile, ID CL/JUR/1069/2008, en: <http://www.legalpublishing3.cl>
- ❖ Corte de Apelaciones de Santiago c/ Claudio Miranda Morales y otro (2009): 15 de abril de 2009 (delito de robo con intimidación –recurso de nulidad contra sentencia condenatoria), Rol N° 192-2009, en página electrónica del Poder Judicial: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>
- ❖ Corte Suprema c/ Felipe Olivares Ossio y otros (2009): 16 de junio de 2009 (delito de robo con intimidación –casación en el fondo sentencia condenatoria de segunda instancia), Rol N° 7475-2008, en página electrónica del Poder Judicial: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>
- ❖ Corte Suprema c/ María Peña Vera y otros (2010): 21 de marzo de 2011 (delito de tráfico ilícito de estupefacientes –recurso de nulidad contra sentencia condenatoria), Rol N° 2725-2010, base de datos Microjuris, ID MJJ26599, en: <http://cl.microjuris.com/home.jsp>
- ❖ Corte Suprema c/ Manuel Canales Sanhueza y otro (2011): 12 de octubre de 2011 (delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes –recurso de nulidad contra sentencia condenatoria), Rol N° 6993-2011, en página electrónica del Poder Judicial: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>
- ❖ Corte de Apelaciones de Coyhaique c/ José Gómez Pinuer y otros (2012): 30 de julio de 2012 (delito de tráfico ilícito de estupefacientes –recurso de nulidad contra sentencia condenatoria), Rol N° 46-2012, en página electrónica del Poder Judicial: <http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/>
- ❖ Corte de Apelaciones de Santiago c/ María Salazar Verdejo (2014): 21 de noviembre de 2014 (delito de robo con intimidación en las personas simple –recurso de nulidad contra sentencia condenatoria), Rol N° 2910-2014, base de datos Microjuris, ID MJJ39703, en:

Bascur: Consideraciones sobre la delimitación...

<http://cl.microjuris.com/home.jsp>

#### **NORMAS JURÍDICAS CITADAS**

- ❖ Código Penal de la República de Chile. 12 de noviembre de 1874.
- ❖ Ley N° 18.216, establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Diario Oficial, 14 de mayo de 1983.
- ❖ Ley N° 19.733, sobre libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo. Diario Oficial, 4 de junio de 2001.
- ❖ Ley N° 20.000, sustituye la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Diario Oficial, 16 de febrero de 2005.
- ❖ Ley N° 20.357, tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra. Diario Oficial, 18 de julio de 2009.