

Informe
Autoría y participación y actuar en lugar de otro
Antecedentes y propuesta de regulación para un nuevo Código Penal

Borrador preliminar

Jaime Couso

PROPUESTA DE ARTICULADO

Ubicación sistemática

La propuesta está concebida para ser incluida en tres partes de un Libro I del nuevo Código Penal, destinado a la Parte General. En primer lugar, en un título que regule los presupuestos de la punibilidad, se propone un precepto sobre la responsabilidad penal por el actuar en lugar de otro; en segundo lugar, en un título que trate de las personas responsables por el delito, se proponen varios preceptos, que buscan resolver los problemas más urgentes sobre autoría y participación; y, por último, en un título destinado al tratamiento de las penas, se incluye una regla sobre comunicabilidad o incommunicabilidad de las atenuantes o agravantes.

LIBRO PRIMERO

TÍTULO I

Presupuestos de la punibilidad

Art. A.- El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre.

Lo dispuesto en el inciso anterior no se aplicará a los delitos respecto de los cuales la ilicitud de la conducta se funda en la infracción de un deber que no puede ser cumplido sino por aquél en cuyo nombre o representación se ha actuado, ni a delitos respecto de los cuales rija una regla especial sobre la responsabilidad del que actúa a nombre o en representación de otro.

TÍTULO N

De las personas responsables por los delitos

Art. E.- Son responsables penalmente de los delitos:

- 1°. Los autores.
- 2°. Los inductores.
- 3°. Los cómplices.

Art. F.- Son autores:

- 1°. El que lo comete por sí solo.
- 2°. El que lo comete por medio de otro.
- 3°. Los que lo cometen conjuntamente.

Art. G.- Son inductores los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, instigan directamente a otro a cometer un delito determinado. Los inductores serán castigados con la pena prevista para los autores, pudiendo el tribunal atenuarla de conformidad con lo dispuesto en el Art. NN*.

[* Se asume la existencia de una regla de atenuación genérica, a la que se haga referencia en diversas regulaciones sobre menor merecimiento de pena]

Art. H.- Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en los dos artículos anteriores, cooperan a la comisión del hecho por actos anteriores o simultáneos. La pena de los cómplices se determinará a partir de la asignada a los autores, atenuada de conformidad con lo dispuesto en el Art. NN*.

[* Se asume la existencia de una regla de atenuación genérica, a la que se haga referencia en diversas regulaciones sobre menor merecimiento de pena]

Art. I.- Cuando en el inductor o el cómplice no concurren las calidades personales que fundamentan la culpabilidad del autor, el tribunal atenuará la pena de conformidad con lo dispuesto en el Art. NN*.

TÍTULO NN

De las penas

Art. X. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.

Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o de su cooperación para el delito.

FUNDAMENTACIÓN GENERAL

(i) Institución o grupo de normas que constituye el objeto de la propuesta

La propuesta se refiere a una nueva regulación legal de determinados problemas sobre la intervención delictiva, teniendo en cuenta los “nudos de discusión” planteados en Chile. Siendo ésta una de las materias más discutidas en la Parte General, respecto de la cual juristas informados y acuciosos en el estudio de los problemas con frecuencia llegan a soluciones muy distintas, hasta opuestas, la propuesta defiende modificaciones sólo ahí donde parece haber acuerdos significativos acerca de su necesidad, o donde desde, mi perspectiva, están en juego principios muy importantes.

Concretamente, en las siguientes materias me parece que se ve satisfecho alguno de esos criterios:

- i) Si la regulación propuesta por el ACP 2005 (Arts. 9° a 13) es un buen indicador de ello, parece ser relativamente pacífico que conviene distinguir formalmente entre autoría y participación, por más que, en la práctica, la confusión (formal) ya haya sido en buena medida superada a través de una distinción material practicada por la doctrina y jurisprudencia (v. Hernández-Couso/Hernández, Art. 15), calificando explícitamente como auténticos casos de autoría a la autoría directa (o inmediata) individual, la autoría mediata y la coautoría, y terminando con la actual asimilación formal entre los inductores (y los cómplices concertados, según cierta doctrina) y los autores.
- ii) La distinción formal entre inductores y autores es una oportunidad para considerar más seriamente las consecuencias de su diferenciación material en el ámbito del merecimiento de pena.
- iii) La desproporción a que conduce aplicar la regla del Art. 15, N° 3° (castigando con pena de autor) a constelaciones de mera complicidad concertada, alternativa sostenida por la jurisprudencia mayoritaria y por parte de la doctrina, plantea la necesidad de “disolver” esta regla dentro de una que conmine con pena de autor a quienes actúan de común acuerdo, sólo si luego realizan auténticos comportamiento de coautoría (sea por medio de actos ejecutivos como por medio de actos no ejecutivos, pero que materialmente puedan calificarse de coautoría).
- iv) La consideración del encubrimiento como una forma de intervención delictiva, reflejada en la graduación de su penalidad según el marco penal del delito encubierto, entra en tensión con el principio de responsabilidad individual (o principio del hecho) al decidir la magnitud de la responsabilidad penal en atención a un injusto ajeno (el tipo de delito encubierto). Además, los intereses institucionales que podrían verse protegidos por el castigo del encubrimiento ya han sido objeto de protección autónoma a través de tipos de la PE (receptación, obstrucción a la investigación, lavado de dinero; v. Hernández-Couso/Hernández, Art. 17).
- v) La falta de criterios mínimamente uniformes en el tratamiento jurisprudencial de la cuestión referida a la comunicabilidad o incommunicabilidad de las cualidades

personales es un problema que requiere reglas más claras, que aseguren previsibilidad e igual trato en las decisiones.

- vi) La posible impunidad del representante no cualificado que realiza la conducta propia de un delito especial a nombre o en representación de una persona (natural o jurídica) cualificada, puede ser considerada como una injustificada laguna de punibilidad en hipótesis en que materialmente cabe afirmar merecimiento de pena para la conducta del primero; laguna que debería ser resuelta a través de una regla de actuar en lugar de otro.

En cambio, respecto de otros “nudos problemáticos” no es clara la existencia de un acuerdo de opiniones significativo, ni tengo claro todavía que la forma en que están regulados (o en que quedarían regulados conforme a esta propuesta) afecte principios muy importantes. Así, no parece conveniente resolver legalmente los problemas de delimitación entre autoría y participación en:

- los delitos de comisión por omisión
- los delitos de infracción de deber
- los delitos imprudentes

(ii) Disposiciones legales chilenas correlativas a las normas que se propone adoptar como parte del anteproyecto

Las normas chilenas directamente relacionadas con la propuesta son los Arts. 14, 15, 16, 17 y 64 del CP. Indirectamente se relacionan con ella una serie de disposiciones de la Parte Especial que pueden ser interpretadas como reglas sobre el actuar en lugar de otro.

(iii) Fuentes de derecho comparado examinadas con ocasión de la elaboración de la propuesta

Se tuvo en cuenta, en particular:

- Estatuto de Roma: Arts. 25.3 a (formas de autoría)
- CP alemán: §§ 14 (actuar en lugar de otro) y 28 (atributos especiales de carácter personal)
- Proyecto Alternativo de CP alemán (1966, 2ª edición 1969): §§ 13 (responsabilidad de los órganos o representantes), 28 (inducción) y 30 (atributos especiales de carácter personal)
- CP español: arts. 27 a 29 (formas de intervención punible, formas de autoría), 31 (responsabilidad del administrador de hecho y de derecho) y 65 (comunicabilidad e incommunicabilidad de cualidades del delito y de circunstancias atenuantes y agravantes)

Además, se tuvo en cuenta la regulación propuesta por el ACP 2005: Arts. 9º a 12 (formas de intervención punible y formas de autoría) y 45 (regla sobre comunicabilidad e incommunicabilidad de circunstancias).

(iv) Caracterización general de la propuesta, semejanzas y diferencias básicas con la legislación chilena vigente, principios generales y fuentes de derecho comparado utilizadas.

La propuesta innova en varias materias en comparación con la legislación chilena vigente:

1° Se modifica la redacción de los Arts. que definen a las personas responsables criminalmente de los delitos, reconociéndose la distinción formal entre autores, inductores y cómplices, y tres diversas formas de autoría.

2° Se suprime la equiparación punitiva (si se entiende que actualmente la hay) entre los cómplices concertados y los autores

3° Se introduce una cláusula de atenuación facultativa de pena para el inductor

4° Se elimina la tipificación del encubrimiento como forma de participación delictiva

5° Se regula expresamente (y no de forma refleja, a partir del tratamiento de las “circunstancias”) la comunicabilidad o incommunicabilidad de las cualidades personales

6° Se reconoce expresamente la responsabilidad por el actuar en lugar de otro mediante una cláusula general, subsidiaria de las que contemple la Parte Especial

Fundamentos generales

Si la regulación propuesta por el ACP 2005 (Arts. 9° a 13) es un buen indicador de ello, parece ser relativamente pacífico que conviene distinguir formalmente entre autoría y participación, por más que, en la práctica, la confusión (formal) ya haya sido en buena medida superada a través de una distinción material practicada por la doctrina y jurisprudencia (v. Hernández-Couso/Hernández, Art. 15). El mismo antecedente sirve de apoyo a la suposición de que igualmente pacífica es la explicitación de las diversas formas de autoría reconocidas ampliamente por doctrina y jurisprudencia: autoría directa individual, coautoría y autoría mediata.

Adicionalmente, como se dijo, la introducción de una distinción formal entre inductores y autores es una oportunidad para considerar más seriamente las consecuencias de su diferenciación material en el ámbito del merecimiento de pena. Si bien es cierto que aquella distinción no necesariamente se basa en un diverso merecimiento de pena (Roxin, 2006:24-25, 30; v. también Cury, 2005:614), de modo que la calidad de inductor por sí sola no es una razón para atenuarla, de todos modos hay razones materiales para reconocer la

posibilidad paradigmática de que, el comportamiento de quien no es la “figura central” del acontecer delictivo, por no controlarlo (en los así llamados “delitos de dominio”), ostente una menor intensidad criminal, objetiva y subjetivamente. Así lo reconoce el Derecho penal Internacional, que atribuye generalmente a la inducción un mayor grado de responsabilidad penal que la complicidad, pero menor que la autoría (Werle, 2011:305), si bien en el contexto de la determinación de pena, que es de todos modos lo suficientemente flexible para distinguir casos de inducción con mayor o menor grado de responsabilidad. Ello permite que casos de inducción en contextos especialmente graves (como los que parte de la doctrina consideraría autoría mediata por utilización de aparato organizado de poder), caracterizados normalmente por una alta jerarquía del inductor sean castigados con una pena alta, incluso más alta que la del autor de rango subordinado (D’Ascoli, 2011: posición 9770 y ss.), sin perjuicio de tratar, en los demás casos, a la inducción como una forma de intervención merecedora de menor pena.

La posibilidad paradigmática de un menor merecimiento de pena de la inducción, en comparación con la autoría, es por lo demás, reconocida por una importante generación de penalistas alemanes, y se expresó en la propuesta, incluida en el Proyecto Alternativo de Código Penal alemán que un destacado grupo de profesores elaboró en 1966 (aquí se tuvo en cuenta la 2ª edición, de 1969), de una atenuación facultativa de pena para la inducción (en el § 28.II: (2) “Die Strafe kann nach § 61 Abs. 1 gemildert werden”). Como parte de esa iniciativa, el propio Roxin y parte de la doctrina alemana, reconoce un menor merecimiento de pena en la inducción, por lo menos para los casos de una “simple determinación al hecho”, sin que el inductor haya proporcionado al autor un plan, dinero o ejercido presión sobre él (Roxin, 2003:§ 26 nm 182), que en tal sentido son más cercanos al comportamiento del cómplice que al del autor, concluyendo que “habría sido más correcto prever una atenuación facultativa de pena el inductor, como también lo había propuesto el § 28 II del AE [Proyecto Alternativo de Código Penal]”.

En línea con ese punto de vista, y con el Proyecto Alternativo, aquí se propone incluir una atenuación facultativa de pena para los comportamientos de inducción, que permite tratar con pena de cómplice los casos de inducción más cercanos a esa forma de intervención. Para las hipótesis en que materialmente el inductor tuvo una ejerció un influjo incrementado (por jerarquía, por la presión que aplicó, etc.), la facultad podrá ser utilizada, para darle un tratamiento equivalente al del autor.

Por lo que respecta a la “disolución” de la regla del Art. 15, N° 3° en una nueva regulación que delimita claramente la coautoría de la complicidad, con ella se pretende resolver el problema de la desproporción que se daría entre la pena (de autor) que ella contempla y la lesividad de la conducta, en aquellas constelaciones en que el comportamiento realizado de forma previamente concertada es propio de un cómplice, y que la jurisprudencia mayoritaria (v. una reseña relativamente reciente en Hernández-Couso/Hernández, Art. 15, 406-407) y parte de la doctrina (v. Cury, 2005:615-616; Politoff/Matus/Ramírez PG, 2004:430) consideran subsumibles en ese precepto (por todos, Cury, 630). El esfuerzo dogmático para evitar ese efecto, y restringir la aplicación de aquél precepto únicamente a casos de coautoría (Soto, 1986; Hernández-Couso/Hernández, Art. 15, 402 y ss.; Mañalich, 2005:2005:477; Bullemore/MacKinnon II, 2005:127; así como la SCS de 14 de septiembre de 1999, Gaceta Jurídica N° 231 [1999], 99 y ss.) no se ha visto

reflejado, como se vio, reflejado, y, por otro lado, algún notable exponente de la opinión que interpreta la norma en el sentido de incluir también hipótesis de complicidad concertada, reconoce el problema de la desproporción y aboga por una reforma legal (Cury, 2005:630: “La severidad con que el legislador trata a los cómplices, asimilándolos en la mayor parte de los casos al castigo de los autores, no es satisfactoria. Una reforma de la ley ha de abordar el problema desapasionadamente”).

Por su parte, la consideración del encubrimiento como una forma de intervención delictiva, reflejada en la graduación de su penalidad según el marco penal del delito encubierto, entra en tensión con el principio de responsabilidad individual (o principio del hecho) al decidir la magnitud de la responsabilidad penal en atención a un injusto ajeno (el tipo de delito encubierto). Además, los intereses institucionales que podrían verse protegidos por el castigo del encubrimiento ya han sido objeto de protección autónoma a través de tipos de la PE (receptación, obstrucción a la investigación, lavado de dinero; v. Hernández-Couso/Hernández, Art. 17). Todo ello hace deseable prescindir de una incriminación genérica del encubrimiento, sea como una (artificial) forma de intervención, sea como tipo penal autónomo. Ésa fue la solución escogida por el APC 2004.

En relación con la comunicabilidad o incommunicabilidad de las circunstancias personales, lo único que parece generar un acuerdo significativo es la necesidad de reglas más claras, que aseguren previsibilidad e igual trato en las decisiones. La polémica en torno al tratamiento que cabe dar al no obligado en los delitos de infracción de deber (v. Hernández-Couso/Hernández, 2011:372-381) ha roto el acuerdo relativamente significativo que cabe imaginar tras la propuesta del ACP 2005, que se decidió por un régimen de comunicabilidad relativa, es decir, comunicar las circunstancias personales en el caso de los delitos especiales propios, pero atenuando la pena del *extraneus* (atenuación obligatoria, como el Art. 45 del APC 2005, y el § 28 del CP alemán, y a diferencia del Art. 65 del CP español), y no comunicarlas en el caso de los delitos especiales impropios. La necesidad de ofrecer reglas que den mayor certeza es una razón suficiente para regular la cuestión, de un modo similar a como lo resuelve el Art. 65 del CP español (salvo por lo obligatorio de la atenuación), pero empleando una expresión distinta (para referirse a las cualidades personales), de modo de evitar la confusión entre las calidades a que se refiere esta regla y aquellas a que se refiere la regla del actuar en lugar de otro (v. *infra*). La regulación se separa en dos preceptos distintos, incluidos en dos títulos diversos: uno para las calidades que fundamentan la culpabilidad del autor, otro para la de las circunstancias atenuantes y agravantes. El establecimiento del primer precepto, referido a las calidades personales que fundamentan la culpabilidad del autor, abarca a los delitos especiales propios. Aunque no pretende zanjar la cuestión de la posibilidad de participación del no obligado en los delitos de infracción de deber, en sentido estricto (entendiendo que esta noción no sería co-extensiva con la de los delitos especiales propios), por su redacción priva de un argumento sistemático que actualmente estaría a disposición de la tesis negativa (a saber, que la regla del Art. 64, referida a las “circunstancias”, no se aplica a las calidades que fundamentan la ilicitud de la conducta), sin perjuicio de que esa tesis, para quien la sostenga, pueda recurrir a otros argumentos (materiales), distinguiendo entre meros delitos especiales propios, para los que materialmente se justifica la comunicabilidad, y auténticos delitos de infracción de deber, en sentido estricto, para los que la afectación de la institución “por fuera” no sería posible.

Respecto de la regla de responsabilidad para el *actuar en lugar de otro* (así, por ej., la denominación usada por el CP alemán) o de *responsabilidad del representante* (así, el Proyecto Alternativo de CP alemán de 1966 -2ª versión de 1969-; y también Roxin, 2003:§ 27 nm 84), su necesidad y justificación para resolver una laguna de punibilidad, en los casos de delitos especiales propios cuya conducta sea cometida por el representante no cualificado actuando por un representado cualificado, es reconocida, en general, en el derecho español (ya antes de la introducción de la regla, v. Muñoz Conde, 1977, cit. por Mir Puig, 1996:177 y n. 65) y alemán (v. van Weezel, 2013:287 y ss., y *passim*). La laguna se produciría no sólo cuando el representado cualificado (el *deudor*, en el tradicional ejemplo de la insolvencia punible) es una persona jurídica, que no punible por la conducta¹, de modo que no hay persona natural alguna (cualificada) a la que directamente imputar, sino también cuando en rigor sí la hay, pero ella no interviene, sea porque es un incapaz que no ha actuado (Roxin, 2003:§ 27 nm 84) –en el ejemplo, porque no se ha involucra en la administración de su patrimonio–, sea porque, en atención a la división del trabajo que se da, por ejemplo, en las empresas, no es la persona natural cualificada (el dueño o director) la que incurre en la conducta, sino otra encargada de hecho o de derecho de la actividad relevante (Stratenwerth, 2008:§12 nm 203). En este último caso, como se puede apreciar, la laguna de punibilidad se produce si al cualificado efectivamente no puede serle imputada la conducta, pues en caso contrario, no sólo éste es punible (por ejemplo, por comisión por omisión), sino incluso, de conformidad con las reglas de co-intervención delictiva aplicables, el representante o encargado no cualificado que activamente realizó la conducta (que la laguna de punibilidad no se presenta cuando las reglas de intervención delictiva operan ha sido suficientemente demostrado por van Weezel, 2013:304).

Y si bien el derecho chileno ha introducido algunas reglas en la Parte Especial (precisamente en la Ley de Quiebras, Arts. 232 y 233, así como en relación con los delitos tributarios, Art. 99 del Código Tributario), en otra materias que plantean el mismo problema no lo ha hecho (*sc.* el fraude del deudor prendario, del Art. 39 de la Ley de Prenda sin Desplazamiento, la sustracción por parte del ejecutado de los bienes embargados, del Art. 444 del CPC) (van Weezel, 2013:284-285).

Si bien, desde otra perspectiva (v. van Weezel, 2013:307 y ss., refiriéndose al análisis de la estructura de las normas penales hecho por Nagler), es discutible que la laguna de punibilidad realmente se produzca cuando por la persona jurídica ha actuado su órgano, o por el incapaz (u otro) ha actuado el representante legal, pues la norma de conducta del delito especial debería entenderse referida directamente a dicho órgano o

¹ Aun cuando en Chile (a diferencia de Alemania) se ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y desentendiéndonos de que el catálogo de delitos por las que responden no abarca los delitos especiales de que se trata aquí (por ejemplo, las insolvencias punibles), a las personas jurídicas, en rigor, se les imputa responsabilidad derivada de la responsabilidad de las personas naturales que responden directa y principalmente por su delitos (v. Hernández, 201:217 y ss.), de modo que el modelo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no resuelve el problema de la atipicidad de la conducta de los delitos especiales en que la conducta es cometida por un órgano no cualificado, mientras que la persona jurídica cualificada no puede tener responsabilidad directa, principal, por ese delito, sencillamente porque no ha actuado (de la forma requerida por el tipo); v. Mir Puig, 1996:176.

representante con capacidad de acción (o su responsabilidad podría derivarse de la identificación de un deber de garante recaído en el mismo órgano o representante, como fundamento de su propia competencia por la evitación de la conducta), la laguna sí se produciría en los casos de representación convencional *contingente* en que falta una relación de co-intervención delictiva (como el regulado por el Art. 233 de la Ley de Quiebras, referido a los “factores o representantes del fallido que sea persona natural” que en representación de éste realicen las conductas típicas de quiebra culpable o fraudulenta; v. van Weezel, 2013:309, 305). En esos casos, a falta de una regla legal en la Parte Especial (como la recién mencionada), o en la Parte General, la resolución de la laguna de punibilidad por una vía puramente interpretativa, como la que recurre sin más a la afirmación de un deber de garante en el representante, podría infringir el principio de reserva de ley en materia penal (van Weezel, 2013:303, 307-308), tal como ocurría en España hasta antes de la introducción de la regla del Art. 31 (Mir Puig, 1996:177).

Adicionalmente, aun cuando la responsabilidad del representante de la persona jurídica en estos casos pueda derivarse del sentido de la norma de conducta, la introducción de una regla de actuar en lugar de otro también podría en esas constelaciones para definir con mayor certeza quiénes son los representantes que se verían alcanzados por la norma de conducta (o que estarían en posición de garante) (van Weezel, 2013: 307-309).

Finalmente, van Weezel añade que la laguna de punibilidad sólo se puede afirmar si en el delito especial de que se trate la cualificación no consiste en características personalísimas, como los deberes institucionales o positivos, que son materialmente intransmisibles (v. van Weezel, 2013:309). Si efectivamente en el ordenamiento penal hay delitos de esa naturaleza, la redacción de la regla debería dejar a salvo la posibilidad de que el intérprete no aplique la regla a tales delitos (ahora bien, como la intransmisibilidad del deber especialísimo en que se fundarían esos delitos especiales no parece depender directamente de la acogida a la teoría de los delitos de infracción de deber, en materia de determinación de la autoría y la participación, la conveniencia de preservar la impunidad del no cualificado por esos delitos -ahí donde logre identificárseles-, bajo una regla de actuar en lugar de otro, no debería depender necesariamente de la postura que se tenga en relación con esta teoría; sobre esto v., entre nosotros, favorablemente, Ossandón, 2006: 8-10; críticamente, Mañalich, 201:369-362). Ahora bien, al regular expresamente la excepción, si se atiende a la discusión que la disposición alemana ha dado lugar respecto de los deberes que pueden y no pueden transmitirse (v. Roxin, 2003:§ 27 nm 98-104), es recomendable emplear una expresión que no se confunda con la de la norma que decida la comunicabilidad de las circunstancias personales, y se concentre en lo que es relevante para la regla del actuar en lugar de otro; siguiendo a Roxin (v. Roxin, 2003:§ 27 nm 102-104): que no puede proceder respecto de delitos cuya ilicitud se funda en la infracción de deberes que sólo pueden ser cumplidos (*wahrgenommen*) por la persona a cuyo nombre o en representación de la cual se ha actuado, cuya determinación queda entregada a la labor interpretativa de los jueces, y al trabajo de apoyo científico de la doctrina. Ello explica que, para evitar los problemas que Roxin identifica en relación con la regulación alemán, se haya escogida una expresión (tomada del Art. 31 del CP español, similar a la del § 14 del CP alemán) distinta a la que se emplea para la regla sobre comunicabilidad e incommunicabilidad (que sigue el ACP 2005, con las expresiones del Art. 64 actualmente vigente).

