AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN. CONCEPTUALIZACIÓN. TRATAMIENTO EN EL CÓDIGO PENAL Y CORRELATO EN LA LEY DE DROGAS

Jorge Muñoz Bravo¹

Introducción

El presente artículo desarrolla, en su parte inicial, los elementos conceptuales que distinguen la autoría y la participación, para analizar a continuación las principales posiciones que la doctrina nacional sostiene frente al tratamiento que el Código Penal chileno entrega al tema.

A continuación, y a través del análisis de una de las figuras más discutidas en torno a la autoría y la participación, veremos cómo la doctrina y la jurisprudencia aplican sus diferentes enfoques sobre este caso específico, a partir del cual, y a través de su aplicación al delito de tráfico ilícito de droga, extraeremos algunos criterios diferenciadores que nos darán una visión general sobre su la aplicación en la Ley de Drogas.

I. Autoría y participación

Existe en general una inclinación mayoritaria en la doctrina por aceptar la “teoría del dominio del hecho”, como criterio para distinguir entre autores y partícipes.

En este sentido se pronuncia Politoff², quien define al autor –citando para estos efectos a Quintero Olivares³– como “...la persona que consciente y dolosamente controla el desarrollo del hecho, que tiene el dominio o señorío sobre el curso del mismo, dominio que se manifiesta en lo subjetivo, porque lo orienta a la lesión de un bien jurídico y, en lo objetivo, porque goza del poder de interrumpir en cuanto quiera el desarrollo del hecho”.

Vivian Bullemore, siguiendo una línea semejante, y reconociendo la paternidad de Roxin sobre la misma, expresa que “el concepto de autor depende que el sujeto haya tenido desde un punto de vista objetivo y subjetivo a la vez, el dominio final del hecho típico, lo que supone la capacidad y posibilidad de decidir acerca de su realización y consumación. Por supuesto, quienes no tienen el dominio del hecho, pero intervienen en él, son partícipes”⁴.

1 Abogado Asesor de la Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas y Estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, “Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 395.

3 Quintero Olivares, Gonzalo, “Manual de Derecho Penal, Parte General”, segunda edición, Navarra 2000, p. 609.

4 Vivian Bullemore, John Mackinnon, “Curso de Derecho Penal, Tomo II, Teoría del Delito”, segunda edición, Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, p. 161.

El fallecido catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Sergio Yáñez, en una alusión al Código Penal chileno, conceptualiza de manera simple y clara –como era su particular estilo de cátedra– las diversas formas de autoría:

“Este centenario Código incluyó en sus disposiciones, diferenciándolas en números diversos, las tres formas de autoría que reconoce la doctrina moderna, la autoría directa, que puede ser caracterizada como el realizar el hecho por sí mismo, la autoría mediata, que es la realización por intermedio de otro y la coautoría, como realización conjunta”⁵.

Este autor centra el concepto en el sujeto que por propia mano ejecuta el hecho, es decir, quien realiza totalmente y por sí mismo el tipo penal. El autor prescinde de cualquier consideración subjetiva al actuar del individuo, sin perjuicio de que deberíamos suponer al menos un actuar doloso.

A su vez, Enrique Cury, propone el siguiente concepto de partícipe:

“Es partícipe en general, el que interviene dolosamente en un hecho ajeno sin concurrir a la ejecución de la conducta típica ni contar con el dominio de ella, realizando ciertos actos descritos en forma expresa por la ley y que de ordinario revisten carácter preparatorio o de colaboración ulterior a la consumación”⁶.

La ley distingue tres formas de participación en el hecho de otro: instigación, complicidad y encubrimiento, aún cuando, de acuerdo a lo que veremos a continuación, ello no necesariamente significará que nuestro código los castigue a dicho título, y que respecto de la doctrina mayoritaria, el encubrimiento no sea propiamente tal una forma de participación y se castigue como un delito independiente.

II. Autoría y participación en el Código Penal chileno

Recientemente la Excelentísima Corte Suprema⁷ se refirió al tema de la siguiente manera:

“Octavo: ... es menester recordar, como lo sostiene la opinión dominante de la doctrina nacional, que el artículo 15 del Código Penal, al contener tipos complementarios que abarcan situaciones en las cuales la conducta descrita es propiamente de participación, extiende la punibilidad propia del autor. Decisión consciente del legislador, claramente manifestada al utilizar en el encabe-

5 Yáñez, Sergio, “Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal chileno”, Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno, Valparaíso, Edeval, 1974.

6 Cury, Enrique “Derecho Penal, Parte General”, Ediciones Universidad Católica, Santiago de Chile, novena edición 2009, p. 622.

7 CS. Rit: 7475-2009, Rol N°7475 – 08, 16/06/2009.

zado de dicho precepto una fórmula por la cual se reconoce algo convencional o ficticio: “se consideran autores”. 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”.

Efectivamente, como lo declara el citado fallo de la Excelentísima Corte Suprema, la opinión mayoritaria de la doctrina nacional pareciera inclinarse por la interpretación que atribuye al legislador la voluntad de incluir en el artículo 15 del Código Penal conductas que exceden a la autoría, introduciendo derechamente algunas formas de participación.

Enrique Cury, partidario a nuestro juicio de esta interpretación, se refiere indirectamente al punto de la siguiente manera:

“En nuestro ordenamiento jurídico, por lo demás, esta característica se encuentra expresamente establecida para los cómplices y encubridores mediante las cláusulas de subsidiaridad contenidas en los artículos 16 y 17, inciso primero, del C.P. las cuales deben entenderse válidas también respecto de los instigadores a que se refiere el artículo 15, N°2, segunda parte, y de los cómplices tratados como autores en el N°3 de ese mismo artículo”⁸.

En este sentido, y siguiendo la misma interpretación, Politoff sistematiza el tratamiento de los partícipes en el Código Penal, de la siguiente manera:

“Conforme lo disponen los artículos 15, 16, 17 y 50 y siguientes, del C.P., debemos distinguir diversas clases de partícipes, atendida su penalidad:

- a) Partícipes castigados con pena de autor: son los casos del instigador (artículo 15, N°2) y de los cómplices del artículo 15, N°3. Su pena se determina como la del autor, según los artículos 50 y siguientes del C.P.
- b) Cómplices del artículo 16: A ellos les corresponde, conforme lo disponen los artículos 51 y siguientes del C.P., la pena inferior en un grado respecto a la señalada por la ley para el autor del delito, cuando éste está consumado; la inferior en dos grados, cuando está frustrado, y en tres grados, si sólo ha llegado al grado de tentativa.
- c) Encubridores de los N°1, 2 y 3 del artículo 17: A ellos les corresponde, conforme lo disponen los artículos 52 y siguientes C.P., la pena inferior en dos grados respecto a la señalada por la ley para el autor del delito, cuando éste está consumado; la inferior en tres grados, cuando está frustrado, y en cuatro grados, si sólo ha llegado al grado de tentativa.

8 Idem nota 6, pp. 622 y 623.

d) Encubridores del artículo 17 N°4: A ellos les corresponde, en todo caso, la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados, conforme lo dispone en inciso 3° del artículo 52 del C.P.”⁹.

Esta posición dominante apoya parte de sus postulados, como lo recuerda el citado fallo de la Excelentísima Corte Suprema, en la expresión “se consideraran autores” utilizada por el legislador en el encabezado de la norma, y que pareciera advertir abiertamente que ella incluirá conductas que no son propiamente de autoría.

Sin embargo, esta posición aparentemente unánime en nuestra doctrina, se vio relativizada cuando el Profesor Sergio Yáñez expuso en las Jornadas de Derecho Penal celebradas en Valparaíso, con ocasión del centenario de la publicación del Código Penal, su conocido trabajo titulado “Problemas básicos de la autoría y la participación en el Código Penal chileno”.

Este trabajo nos parece particularmente interesante dado el objetivo de estas notas, por lo cual nos detendremos brevemente a analizar la posición sostenida por el autor.

Don Sergio Yáñez rompe bruscamente con esa “rara unanimidad”¹⁰, como la denomina en aquella histórica ponencia (la que según algunos autores como Cury, sería una de sus principales contribuciones al derecho penal chileno¹¹), planteando que nuestros autores se encuentran errados cuando sostienen que el legislador ha consagrado en el artículo 15 del Código Penal un “desorbitado ensanchamiento del concepto de autor”¹².

Al contrario, sostiene Yáñez, el legislador ha actuado respetando rigurosamente el principio del tipo, “inherente a un Estado de Derecho”, estableciendo en el artículo 15, “criterios decisivos para la determinación de los conceptos de autoría y participación”¹³.

Su planteamiento consiste fundamentalmente en que “para penar a quién realiza totalmente y por sí mismo el tipo penal, son suficientes las disposiciones de la Parte Especial que describen los tipos delictivos, ya que el 15, N°1, se refiere en realidad a aquellas en que interviene en el hecho delictivo más de una persona”¹⁴.

9 Idem nota 2, p. 439.

10 Idem nota 5, p. 165.

11 Jean Pierre Matus, “Sergio Yáñez, obra e influencia. La dogmática chilena actual”, Revista de derecho, Universidad Católica del Norte, año 14, N°1, 2007, p. 114.

12 Idem nota 5, p. 166.

13 Idem nota 5, p. 171.

14 Idem nota 5, p. 173.

“Es extraño, pero nuestra doctrina, en general, ha olvidado o pasado por alto algo tan esencial como es el que las dos situaciones que describe el artículo 15, número 1, se refieren a formas de tomar parte en la ejecución del hecho”¹⁵.

Para el autor, cuando el legislador habló en la norma de “tomar parte”, sólo podía pensar en hechos ejecutados por más de una persona. Dicho de otra forma, sólo se puede tomar parte en algo, cuando se está ejecutando un hecho junto a otro, u otros.

“Prescindir de este requisito objetivo, que es el tomar parte en la ejecución del hecho, es la razón fundamental por la cual nuestra doctrina y jurisprudencia han incluido en este número situaciones que, en realidad, sólo pueden ser abarcadas por el artículo 16, como casos de complicidad”¹⁶.

A partir de este presupuesto, el autor plantea que el artículo 15 N°1, que se refiere a los que “toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite”, está distinguiendo entre aquellos que, en la ejecución conjunta de un hecho, ejecutan el núcleo de la acción típica y aquellos que realizan acciones típicas, pero que no quedan comprendidos entre los que actúan en forma inmediata y directa.

Yáñez afirma que el legislador está aludiendo en este numeral a aquellos delitos que constan de dos acciones, por ejemplo, los delitos “compuestos”.

“En la violación, un sujeto puede yacer con la víctima y otro ejecutar la violencia, sujetándola o golpeándola; en el robo con violencia o intimidación en las personas, uno puede apropiarse de la cosa mueble ajena y otro ejercer la violencia o intimidación”¹⁷.

Este sería el verdadero sentido e importancia de incluir en la segunda parte del artículo 15 N° 1 a los que impiden o procuran impedir la evitación del hecho típico.

Pero a su vez, y aquí está la razón que fundamenta la afirmación de Yáñez relativa a su visión restrictiva del concepto de autor utilizado por el legislador, sostiene que éste excluye de aquel numeral a todos los sujetos que no realizan o ejecutan actos para impedir o procurar impedir que el delito se realice, por ejemplo, dice Yáñez, “como sujetar la escala para que penetre otro por vía no destinada al efecto, para materializar el robo con fuerza en las cosas”¹⁸.

15 Idem nota 5, p. 171.

16 Idem nota 5, p. 171.

17 Idem nota 5, pp. 173 y 174.

18 Idem nota 5, p. 175.

Estos sujetos necesariamente caen en el artículo 16 del Código Penal¹⁹, norma residual respecto del artículo 15.

Esto le lleva a concluir que la visión del artículo 15, como una aplicación extensiva del legislador al concepto de autor, no es tal, y que se trata en realidad de distintas hipótesis de coautoría, donde se excluyen aquellos actos que no están dirigidos a impedir o procurar impedir que el hecho se realice.

El elemento esencial en este numeral es, para Yáñez, “el haber tomado parte en la ejecución del hecho”.

Respecto del N°2 del artículo 15 (“los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo”), Yáñez afirma que si hay fuerza física directa sobre el cuerpo, hay autoría directa, y si hay realización del hecho, no de propia mano, sino mediante otra persona, hay autoría mediata²⁰.

Lo importante, según este autor, es consignar que ambas son situaciones de autoría.

Distinto es el caso de la segunda parte de este numeral, donde concuerda con la restante doctrina, en que se trata de un caso de participación, situación que en ningún caso es excepcional, puesto que la mayoría de las legislaciones comparadas, llegan a igual solución, esto es, castigar al instigador con pena de autor.

Para Yáñez, y pese a su visión radicalmente distinta a la doctrina casi unánime relativa a la utilización por el legislador de un concepto extensivo de autor en el artículo 15 del Código Penal, considera que el instigador aludido en el N°2 es una forma de participación que sustenta y da sentido a la frase utilizada por el legislador en el encabezado de la norma, a saber, “se considerarán autores”.

Concuerda, de esta forma, parcialmente con la doctrina que fundamenta su visión en dicha aseveración.

Respecto del numeral tercero del artículo en comento, Yáñez afirma: “a nuestro entender, la doctrina chilena está equivocada y ello se debe, en gran medida, a que no ha podido desprenderse del trasfondo doctrinal de la disposición española”²¹.

19 Artículo 16: “Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”, Código Penal.

20 Idem nota 5, p. 179.

21 La norma española establecía, erróneamente según Yáñez, “el que hubiere colaborado en la ejecución del hecho, con una acción sin la que el mismo no se hubiera realizado”.

“Se ha olvidado de destacar lo que en este número es lo esencial, *el concierto previo*, que es lo que imprime el carácter particular a esa forma de autoría, ya que une las diversas acciones parciales en un todo”²².

Tres son los elementos que Yáñez ve como elementos diferenciadores para determinar la inclusión de una determinada conducta en el numeral tercero del artículo 15°:

- Decisión común respecto del hecho,
- Concierto previo, y
- Realización común del hecho.

Sin perjuicio de lo anterior, el autor concuerda con la mayoría de la doctrina en que “no sólo incluye la entrega de instrumentos materiales, sino también la manera o modo de comisión y, en general, los medios intelectuales. De esta forma, puede abarcar prácticamente la mayoría de las situaciones importantes que pueden presentarse aún, por ejemplo, la del jefe de la banda que maneja los hilos del hecho de manera meramente intelectual”²³.

Respecto de la segunda parte del numeral en comento (“*Los que, concertados para su ejecución, ... lo presencian sin tomar parte inmediata en el*”), el autor coincide con la comisión redactora del Código, la que estimaba que se aumenta la fuerza y poder de los ejecutores con la sola concurrencia, aunque no se tome parte directa en la ejecución, con lo cual se estaría frente a otra forma de coautoría y no de complicidad²⁴.

Continuar el análisis de esta interesante contribución del Profesor Yáñez excede las pretensiones del presente artículo, por lo cual, citaremos a continuación a Bullemore, quien resume este pensamiento de la siguiente manera: “En síntesis:

1. Artículo 15 N°1: Se trata de autores directos (o materiales, ejecutores, etc.) y de un caso de coautoría²⁵.
2. Artículo 15 N°2: Se trata de autoría mediata (entendida como *vis compulsiva*; la fuerza irresistible, para nosotros sólo origina autoría directa). Respecto del caso del instigador, para la doctrina, casi unánime, es un partícipe que debe ser tratado como autor. En ese mismo sentido (...), para Vivian Bullemore, además de la autoría mediata cabe considerar en este numerando a la instigación. Sin embargo, para John MacKinnon, el artículo 15 N°2 trata únicamente de casos de autoría mediata al distinguir entre induc-

22 Idem nota 5, p. 176.

23 Idem nota 5, p. 178.

24 Idem nota 5, p. 179.

25 Para Yáñez, sólo son casos de coautoría.

tor directo (autor mediato, con dominio del hecho), y el denominado doctrinariamente, instigador, partícipe que debe ser reconducido al artículo 16.

3. Artículo 15 N°3: Se trata de la coautoría, en que cada uno cuenta de medios y el presenciar el hecho sin impedirlo, pudiendo”²⁶.

Hasta aquí las dos principales posiciones de nuestra doctrina en torno a la interpretación del artículo 15 del Código Penal, y que nos servirán de marco referencial para el análisis particular del tema en la Ley de Drogas, que desarrollamos a continuación.

III. Autoría y participación en la Ley de Drogas

A continuación examinaremos algunos puntos que han sido particularmente discutidos en la aplicación de algunas formas de autoría y participación a ciertas conductas asociadas al delito de tráfico ilícito de drogas, y otros delitos incluidos en la Ley de Drogas, citando la opinión de la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

Estas discusiones en todo caso se circunscriben -a nuestro juicio- a la pequeña área que existe entre un artículo 15 del Código Penal, poseedor -según la mayoría de la doctrina- de un amplio concepto de autor, y los no menos amplios tipos penales de la Ley de Drogas.

Utilizaremos para este análisis una figura que es reiteradamente abordada para ejemplificar los límites de una u otra postura de la doctrina frente al tema, cual es, la del sujeto que desde la distancia observa la acción de otros que ejecutan la acción delictuosa, con conocimiento de los mismos, más conocido como “loro” o “sapo”.

a. La doctrina

Don Enrique Cury afirma que “en nuestro medio, la situación del *loro* es muy discutida”, y lo define como el “integrante de la banda que se limita a permanecer en las proximidades del lugar del hecho, para avisar a sus compinches en el caso en que se aproxime la policía, guardias o cualquier otra persona que pueda sorprenderlos”²⁷.

Plantea que “es necesario distinguir atendiendo a la “funcionalidad” de la intervención de este concurrente: si se le ha confiado la vigilancia porque se estima probable una interrupción que desbarataría el plan, debe apreciarse coautoría; si en cambio, la posibilidad de aparición de terceros es remota, y sólo se lo ha apostado allí porque se trata de un novato al cual se desea ir fogueando sin exponerlo, se trata únicamente de un cómplice”²⁸.

26 Idem nota 4, p. 171.

27 Idem nota 6, p. 613.

28 Idem nota 6, p. 613.

En suma, según este autor, el “sapo” que presencia la acción de otros miembros de la organización, puede ser clasificado como autor, si se tratan de funciones de vigilancia para alertar sobre movimientos de terceros sospechosos que signifiquen una amenaza a las acciones de los restantes miembros de la banda; y como cómplice, si su acción está destinada a un fin de aprendizaje delictual.

Subyace, de alguna forma, su compromiso con la ejecución del hecho, el cual es mejor delimitado por Roxin, como veremos más adelante, respecto a la Teoría de la Organización.

Don Sergio Yáñez, en la ya varias veces citada ponencia, alude al caso desde una óptica distinta. El autor se refiere en los siguientes términos: “Tomemos el caso del vigilante, llamado *el loro* en nuestro medio. No realiza acciones típicas, ni acciones conectadas directa e inmediatamente con la acción típica (en el sentido de la concepción objetivo-material); por tanto, no realiza acciones ejecutivas y no toma parte en la ejecución del hecho. O sea, a pesar de que procura impedir que el delito se evite, no es abarcado por el artículo 15, número 1, ya que no toma parte en la ejecución del hecho, y su intervención es de mera complicidad”²⁹.

Ambas ópticas pueden resultar absolutamente atendibles, en lo que a otros delitos se refiere. Sin embargo, a nuestro juicio, la situación cambia radicalmente respecto de los delitos de la Ley de Drogas, y en especial respecto del delito de tráfico ilícito, establecido en el artículo 3°, y tráfico ilícito de pequeñas cantidades, del artículo 4°; y ello fundamentalmente por dos razones.

La primera, porque como ha sido reconocido ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, el tipo penal en cuestión cubre ampliamente esta situación. Basta, para ello, remitirnos a los verbos rectores de ambos artículos, a saber, a quienes “induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias”, tráfico en sentido amplio (artículo 3°, inciso primero), o a quienes “importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas”, tráfico en sentido estricto (artículo 3°, inciso 2°); o en relación al tráfico ilícito de drogas en pequeñas cantidades, el que “posea, transporte, guarde o porte” (artículo 4°, inciso primero).

No es posible sostener, razonablemente, que el tipo penal consagrado en el artículo 3° de la Ley de Drogas, a saber, tráfico ilícito de drogas en sentido amplio, pueda excluir la conducta de quien vigila para dar cobertura a quienes delinquen traficando.

A esta primera e inmediata razón, se une aquella que entrega al delito de tráfico (incluimos en esta mención al tráfico en pequeñas cantidades, que desde nuestro punto de vista no constituye un delito distinto de aquél), el carácter de

29 Idem nota 5, p. 172.

delito de “emprendimiento”, es decir, un delito consistente en la participación indeterminada en una actividad criminal iniciada o no por el autor³⁰.

Esta participación indeterminada en la cadena de los distintos actos que puede involucrar el proceso de difusión ilícita de drogas para su consumo, desde la elaboración de la droga hasta la puesta a disposición del consumidor final, y que el legislador ha buscado tipificar en las distintas figuras de la Ley de Drogas, y en los diferentes verbos rectores que ellos integran en su tipo objetivo, pueden y son ejecutados por diversos individuos.

Es en esta cadena de individuos, y en especial en las funciones de seguridad, donde podemos constatar que esta función está absolutamente integrada a la realidad del tráfico de drogas, siendo innegable su importancia a partir de las múltiples “amenazas” que sufre el tránsito de la droga desde las áreas de producción –en su mayoría situadas en el extranjero– hasta la recepción por el consumidor.

Esta función es reforzada, y podríamos decir “institucionalizada”, por el marcado proceso de organización que hoy vive el tráfico ilícito de drogas.

Al respecto, en la anterior publicación de esta Revista, se incluyó un artículo relativo al tema, elaborado por quien suscribe, donde se caracteriza a las organizaciones vinculadas al tráfico urbano de drogas, de acuerdo al actual grado de desarrollo que estas han alcanzado³¹.

b. La jurisprudencia

El siguiente fallo³² nos permite conocer, a través de un voto de minoría, un interesante ejercicio sobre los requisitos, que a juicio de este autor, deberían permitir delinear esta difusa frontera. Sin embargo, y a fuerza de objetividad, citaremos en primer lugar el voto de mayoría, y luego el de minoría.

“UNDÉCIMO: (...) Por estas mismas consideraciones, no es posible acceder a la solicitud de las defensas de estos mismos enjuiciados en el sentido de estimar que la participación que a ellos les cupo fue en calidad de cómplices, dado que conforme se razona en su oportunidad, ambos enjuiciados acompañaron a A.C.I., desde Iquique a Calama, y en los momentos en que se montó el dispositivo policial en torno a la agencia de buses “Kenny Bus” de Calama, pudo observarse por los testigos de cargo que M.R.I., permaneció en el exterior del local y contrató un taxi donde se retirarían los tres enjuiciados con la caja contenedora de la droga, esto es, con su accionar cooperó en el traslado de la droga, en tanto que C.A.T. ingresó al local mencionado con el acusado A.C.I.,

30 Idem nota 2, p. 602.

31 Revista Jurídica del Ministerio Público N°39, junio de 2009.

32 TOP de Iquique, Rit N° 227-2006, Ruc: N°0600075798-3, 15/12/2006.

y lo acompañó durante toda la gestión de retiro de la encomienda, siendo detenidos en el mismo lugar, es decir, con su proceder, a lo menos presenció las gestiones para el traslado de la droga realizadas por A.C.I., estando concertado con éste para la perpetración del delito.

En definitiva, el tribunal da por establecido que los tres sujetos concurren al retiro de una encomienda contenedora de la droga, distribuyéndose distintas tareas en la ejecución del hecho.

Así, mientras A.C.I. retira la encomienda, C.A.T. lo acompañaba en todo momento, y M.R.I., permanece en el exterior procurando la contratación de un taxi para el transporte de los involucrados y la droga. El voto de mayoría pone énfasis en el conocimiento que poseían todos los imputados sobre los hechos, y la concertación que existía entre los mismos.

El voto de minoría que reproducimos a continuación cambia ésta óptica -aunque sin lograr construir una teoría del caso del todo convincente, a nuestro juicio, a la luz de los hechos- y aporta, como decíamos, algunos criterios de distinción entre autoría y participación en el delito que nos ocupa.

“DÉCIMO SÉPTIMO: Que, se previene que el juez Sr. Cosma estuvo por condenar a C.A.T. y M.R.I., como cómplices del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, en los términos del artículo 16 del Código Penal, al haber participado en el hecho por actos anteriores o simultáneos. En efecto, si bien se logró establecer, como se indica en el considerando séptimo, que probablemente tuvieron conocimiento de la existencia del alcaloide contenido en la encomienda que fue retirada por A.C.I., no se pudo probar que estuvieran concertados con éste para la ejecución de dicho tráfico ilícito. De este modo, sólo pudo acreditarse que estaban actuando junto a éste, ya sea acompañándolo hasta el interior del local, en el caso del primero, o haciendo parar un taxi, el segundo, sin que esta cooperación haya sido decisiva para la consumación del hecho delictual, el que pudo perfeccionarse con absoluta prescindencia de sus respectivas intervenciones. Por otra parte, dichas actuaciones, consideradas en sí mismas, no son constitutivas de delito alguno, y no puede entenderse que las mismas tuvieran como objetivo final participar de la operación de transporte de droga, sino tan sólo colaborar con su verdadero autor de manera absolutamente tangencial. Finalmente, los acusados C.A.T. y M.R.I., jamás tuvieron el dominio de la acción, por cuanto la encomienda no habría podido ser retirada por ellos, ya que venía a nombre de A.C.I., de forma tal que sin la participación directa de éste, el delito nunca se habría concretado”.

El primer elemento que destaca el voto de minoría es la concertación; el segundo, que las actuaciones, consideradas en sí mismas, no son constitutivas de delito; y el tercero, relativo a que no poseyeron dominio de la acción.

Analizaremos por separado cada uno de estos criterios.

La concertación

Efectivamente, en general en la doctrina no hay discusión sobre que este elemento es decisivo para enmarcar o subsumir la conducta en el tercer numeral del artículo 15. Así lo reconoce el propio Sergio Yáñez, cuando se refiere a los distintos numerales del artículo 15 del Código Penal: “En realidad, subyacen en estas disposiciones concretas criterios decisivos para la determinación de los conceptos de autoría y participación. En el artículo 15, número 1, el elemento esencial es haber *tomado parte en la ejecución del hecho*; en el artículo 15, número 3, es el *concierto previo*, y en el artículo 16, la *mera cooperación*”³³. Por lo demás, ello es explícito en la norma, por lo tanto no ahondaremos en el punto.

Los hechos no son constitutivos de delito

Discrepamos absolutamente de esta posición, puesto que el propio artículo 3° de la Ley de Drogas, respecto del cual el voto de minoría procura la aplicación de la figura de complicidad, establece que quienes por cualquier medio faciliten el uso o consumo de tales sustancias, son autores de este delito.

Por lo demás, el voto de minoría mantiene una opinión zigzagueante sobre el numeral del artículo 15 del Código Penal, en el que subsume la conducta de los imputados C.A.T. y M.R.I. En un primer momento parece claro que se trata del numeral tercero, al aludir a la concertación, pero luego, exige la tipicidad de la conducta del coautor, hecho que más bien, como vimos en detalle en la primera parte de estas notas, es un aspecto exigible, por una parte de la doctrina, cuando estamos frente al numeral primero, segunda parte; y para la doctrina mayoritaria, ni siquiera exigible.

Entendemos, en todo caso, que la opinión de la doctrina al respecto no obliga a nuestro sentenciador, quien parece desarrollar una opción propia al respecto.

Los imputados C.A.T. y M.R.I. no habrían poseído el dominio de la acción

No entraremos en la valoración de los hechos, porque no es nuestra preocupación, sino más bien, en la consideración de dicho elemento como criterio diferenciador entre autoría y participación.

La aceptación del dominio de la acción, como criterio diferenciador en la materia que nos ocupa, es ampliamente reconocida por la doctrina y la jurisprudencia, postura que plantea, en pocas palabras, que frente a la intervención de varios sujetos en un hecho, quienes no poseen dominio sobre él, serán partícipes.

Olvida el sentenciador que estamos frente a una forma de participación que no exige dominio del hecho, sino simplemente el haber facilitado los medios con

33 Idem nota 5, p. 171.

que se lleva a efecto, y la facilitación del taxi por parte de M.R.I. como medio de transporte de la droga, es un hecho que el propio tribunal da por probado y que ni el voto de minoría objeta.

Algo parecido sucede con C.A.T., que se enmarca en la hipótesis del numeral primero del artículo 15, a través de impedir o procurar impedir que se evite el hecho, como es lógico suponer en quien acompaña al autor en todo momento mientras retira la carga de droga, hasta el momento de ser detenidos, hecho que tampoco es controvertido por el voto de minoría.

Es importante al respecto citar a Politoff, el que si bien concuerda con la aplicación de la teoría del dominio del hecho que propone el voto de minoría, establece la salvedad de que ella no puede responder a la división del trabajo, elemento que es claramente deducible de los hechos descritos y aceptados por el tribunal.

Esta forma que puede adoptar el dominio del hecho, referente a lo que es denominado por los autores como “dominio funcional del hecho”, es definido por Bullemore como aquel que se basa “en la división del trabajo y que se fundamenta en las funciones compartidas para la consumación de un ilícito”³⁴.

IV. Conclusiones

Hemos realizado, así, una revisión de las principales ópticas que hoy, desde la doctrina, tratan de establecer criterios diferenciadores respecto de autoría y participación.

Partimos desde las dos principales posturas que la doctrina nacional posee frente al tema, y luego a través de un caso práctico, y extremadamente ejemplificador, analizamos la aplicación que la jurisprudencia hace de dichos criterios en la Ley de Drogas.

Quisiera concluir diciendo que el desarrollo criminal del tráfico ilícito de drogas en el país es un tema que tensiona las diferentes ópticas, a partir de la creciente complejidad que hoy presenta, y que redundo, por ejemplo, en una compartimentación de funciones cada vez más habitual, la que impone a nuestra doctrina y jurisprudencia una dificultad adicional en la delimitación de la difusa frontera entre autoría y participación en los delitos de la Ley de Drogas, desafío que, afortunadamente, está siendo adecuadamente resuelto, aunque de manera gradual³⁵.

34 Idem nota 4, p. 162.

35 Un caso más extremo, y ya tratado por quien suscribe en artículos anteriores, es aquel que condenó por tráfico ilícito de drogas (artículo 3°, en sentido amplio, Ley de Drogas) a un sujeto que ejercía labores de vigilancia en la población La Victoria, y que fue materia del fallo del 6° TOP de San Miguel, Santiago, RUC 0700023109-0, 29/09/2007.