

EL CONCEPTO DEL AUTOR MEDIATO COMO CATEGORIA IMPRESCINDIBLE EN LA INTERPRETACION DE LA LEY PENAL CHILENA

Enrique Cury Urzúa
Profesor de Derecho Penal

I

La mayoría de los hechos descritos por la ley como delitos pueden ser ejecutados por una sola persona. Así ocurre, por ejemplo, con el homicidio, las lesiones, la injuria y la calumnia, el hurto, el robo, la estafa, el secuestro, la violación, el tráfico y elaboración de estupefacientes, la prevaricación o el incendio, para no mencionar sino unos cuantos. Hay, además, algunos cuya realización exige la intervención activa de dos o más sujetos, como ocurre con el adulterio, el incesto o la bigamia. En estos últimos casos la doctrina habla de *delitos de participación necesaria*, examinando por separado, en cuanto lo requieran, los problemas que presentan. En este trabajo, sin embargo, puedo prescindir de ellos en principio, pues si bien las cuestiones a que me propongo referirme también pueden afectarlos, su presentación práctica es lógicamente más frecuente en relación con el primero de los grupos mencionados, esto es, con el de los delitos que, desde este punto de vista, se clasifican como de *participación eventual*.

Porque, en efecto, aunque como ya se dijo, la conducta típica de esos hechos punibles sólo requiere la actividad de un sujeto, a menudo es ejecutada por varios que *participan* en ella, sea realizándola toda entera simultáneamente y en común (como cuando dos asesinos disparan al mismo tiempo sobre la víctima para asegurar el resultado, y ambos la hieren mortalmente), o fraccionándola y "dividiéndose el trabajo" (como cuando, de varios ladrones, uno amenaza al propietario del negocio con un revólver, otro abre la caja fuerte con los instrumentos de cerrajería en cuyo manejo es experto, y un tercero carga el botín con el cual, por fin, todos se dan a la fuga). Así, pues, estos delitos en que el tipo legal exige nada más que un *autor único*, en ciertos casos (*eventualmente*) son realizados por *varios autores*; por eso es que se los llama "de participación eventual".

Aparte de todo esto, a la ejecución de la acción punible puede también relacionarse la conducta de otros sujetos que, si bien no intervienen en ella¹, contribuyen de cierta manera a su verificación. Este es el caso del que forma en otro la voluntad de cometer el delito (*inductor*) y el de quien coopera a la realización del hecho "mediante actos anteriores o simultáneos" (*cómplice*). Aunque estas personas no son autores, la ley también dispone que se los castigue, para lo cual necesita recurrir a preceptos expresos². Una parte de la

¹ Esta afirmación no es pacífica, pero puede considerarse prácticamente unánime en la doctrina nacional y francamente dominante en el derecho comparado.

² Véase nota anterior.

doctrina suele reservar la expresión *participes* para referirse exclusivamente a estos sujetos que no son autores, sirviéndose de rótulos tales como *concurrentes*³, *intervinientes*⁴ o *codelincuentes*⁵, para designar al conjunto de aquéllos y éstos. Otros prefieren hablar de *participes en sentido amplio* para aludir al género y de *participes en sentido estricto* para identificar a los inductores y cómplices⁶. Hay buenos argumentos para decidirse por una u otra solución⁷. Pero como se trata de una cuestión formal, en que lo único importante es asegurar la claridad de la exposición, en este trabajo prefiero valerme del rótulo *participes en sentido estricto* para englobar a los inductores y cómplices, empleando cualquiera otra de las expresiones mencionadas (concurrentes, intervinientes o participes en sentido amplio)⁸ para referirme al género, incluidos los autores.

Por fin, en unas pocas legislaciones, como la nuestra, se considera también participes en sentido estricto a los *encubridores*, esto es, a quienes colaboran con posterioridad a la comisión del delito, ayudando a los que intervinieron en él a eludir la acción de la justicia o a beneficiarse con los resultados obtenidos. Actualmente se considera de manera generalizada que esto constituye un error, porque no se puede "participar" en un hecho que ya ha ocurrido y terminado. Por eso, el sistema se encuentra abandonado por las leyes modernas. Sin embargo, como ese no es el caso de la chilena, al tratar dogmáticamente de la participación criminal entre nosotros no es posible prescindir por completo de esa categoría de intervinientes.

Este trabajo, en principio, sólo se ocupa de cuestiones relativas a la *autoría* (cualidad de autor); pero como para hacerlo es menester precisar su concepto y eso, a su vez, significa tener presente el límite que la separa de la participación en sentido estricto, no podemos desentendernos de esta última, sino hasta cierto punto.

Ahora bien, como se ha dicho, en los delitos de participación eventual el autor puede ser *único* o *múltiple*. En el último caso se habla de *coautoría*.

Conviene destacar, a este respecto, que el autor es único, desde luego, cuando obra completamente solo. Pero también lo es cuando únicamente él merece la calificación de autor, aunque en el hecho intervengan, además, participes en sentido estricto. Así, Pedro es *autor único* cuando por consejo de Juan (inductor) mata a Diego valiéndose de un arma que Martín le proporcionó a sabiendas de que la emplearía en ello (cómplice). En mi opinión, además, los autores son, asimismo, únicos, en los casos de *autoría accesoria*⁹,

³ NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno*, II, 436, p. 161.

⁴ MIR PUIG, notas de derecho español en la traducción de JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 61, p. 911, nota 9.

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, 305 y sigs., pp. 495 y sigs.

⁶ MEZGER, *Derecho Penal. Libro de Estudio*, tomo I, 82, p. 298. Con detalles sobre esta nomenclatura, véase ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal*, tomo IV, 521, p. 288.

⁷ Una exposición esmerada sobre la discusión puede encontrarse en S. PEÑA, *Autoría y participación en el delito*, I, 1, pp. 85 y 86, quien renuncia al empleo de una expresión genérica y opone, simplemente, los términos "autoría" y "participación".

⁸ Por el contrario, prescindiendo de la voz "codelincuentes", porque hay concurrentes que no son delincuentes. Asimismo, con el objeto de evitar confusiones, prefiero también evitar el empleo de la voz "participes" sin calificaciones.

⁹ La expresión "autoría accesoria" corresponde a una traducción de la palabra alemana *Nebentäterschaft*, que es bastante frecuente en los textos españoles alusivos a ella. Aunque literalmente es aceptable, conceptualmente me parece poco expresiva.

esto es, cuando dos sujetos, en forma completamente independiente el uno del otro, concurren, sin embargo, objetivamente, a ejecutar el mismo delito. Así, por ejemplo, cuando Pedro y Juan, sin saber el uno lo que en ese mismo momento está haciendo el otro, disparan simultánea y mortalmente sobre Diego. En tales circunstancias, cada uno de los intervinientes es autor único de su propio homicidio, porque falta por completo la voluntad de obrar en conjunto y, en consecuencia, la participación en un hecho común¹⁰. Aunque el caso descrito parece una construcción de laboratorio, no debe inducir a engaño; en la práctica, la autoría accesoria cobra gran importancia en el campo de los delitos negligentes (delitos culposos), en los casos de aprovechamiento por un sujeto del plan delictivo de otro¹¹, y en el ámbito de la autoría mediata.

Aparte de lo dicho, en la mayoría de los delitos el autor puede también ser *inmediato* o *mediato*.

Es autor inmediato aquel que ejecuta por sí mismo el delito. En la literatura jurídica alemana se lo describe también como el que lo hace *de propia mano* (*eigenhändige*), y en algunos textos españoles se emplea asimismo esa expresión. Esto último es aceptable siempre que no se incurra en el error de entenderlo literalmente, como si el autor sólo fuera inmediato cuando actúa "a mano limpia"; pues, en efecto, el autor sigue siéndolo de propia mano cuando para la realización del hecho se vale de un instrumento propiamente tal, como un revólver, una máquina infernal, un perro o, en ciertos casos, incluso un hombre, al cual emplea como a un verdadero *objeto sin voluntad*.

El autor mediato, por su parte, es aquel que se sirve de la conducta de otro como instrumento para la ejecución del delito. Esta definición provisoria deja abiertas muchas cuestiones, algunas de las cuales constituyen, precisamente, el objeto fundamental de esta contribución y, por consiguiente, deben ser discutidas a lo largo de la exposición ulterior. Sin embargo, quisiera subrayar de inmediato uno de sus rasgos que me parece importante y la distingue de otras más o menos semejantes. De conformidad con ella, en efecto, lo que el autor mediato instrumentaliza no es *al otro* interviniente en el hecho¹²,

Por eso, BUSTOS y GRISOLÍA, *Comentario a sentencia*, p. 70, prefieren hablar de *autoría concomitante*, y ORTIZ, *Nociones generales de Derecho Penal*, tomo I, pp. 91 y 95, de *autoría adjunta*. A mi juicio, la solución de BUSTOS y GRISOLÍA es la mejor. Para graficar la situación podría emplearse también los términos *autoría contigua* o *próxima*. En el texto, sin embargo, he conservado básicamente la nomenclatura usual para evitar innovaciones perturbadoras.

¹⁰ Esto, sin embargo, es discutido. Como el texto opina BAUMANN, *Strafrecht*, 36, p. 539, para quien los autores accesorios "son solistas que, por casualidad, tocan la misma pieza en el mismo lugar". Al contrario, SCHMIDHAUSER, *Strafrecht*, 14/13, p. 400, incluye expresamente a los autores accesorios entre los casos de multiplicidad de autor.

¹¹ BAUMANN, *op. cit.*, 36, p. 539.

¹² Así, en cambio, entre otros, por sólo citar unos pocos ejemplos, BACICALUPO, *Lineamientos de la teoría del delito*, p. 121; DORNA, *La estructura de la teoría del delito*, p. 96; GRISOLÍA, *La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude*, II, p. 15; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, II, 62, p. 919, que contiene una traducción exacta de lo dicho en el texto original del *Lehrbuch des Strafrechts*, 62, p. 442; LIZT, *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, 50, p. 80; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español*, tomo I, pp. 743 y 744. Sin embargo, es preciso reconocer que en los desarrollos posteriores varios de estos autores están de acuerdo con lo que se sostiene inmediatamente en el texto, de manera que sólo se trata de una ambigüedad deslizada en el concepto. En cambio, se pronuncia expresamente contra el incon-

sino su *conducta*. Lo cual quiere decir que la autoría mediata presupone la realización, por lo menos, de una acción por parte del intermediario, ya que cuando, por el contrario, se lo maneja como a un puro *cuerpo físico al que se mueve sin intervención de su voluntad*, el que así lo hace es, en realidad, autor inmediato.

Conviene advertir también que, cuando sólo existe un autor inmediato y un ejecutor, se discute mucho sobre si nos encontramos ante una hipótesis de autoría única o múltiple¹³. Lo primero será afirmado por aquellos para quienes el "instrumento" no es autor¹⁴, de tal manera que, en tales casos, sólo pueden apreciar autoría única del hombre de atrás¹⁵. Por el contrario, quienes sostienen que el ejecutor es también autor¹⁶, considerarán, consecuentemente, que estas son hipótesis de autoría múltiple. Sea como fuere, la existencia de estas dificultades justifica que la mayoría de la doctrina otorgue a la autoría mediata una situación autónoma, distinguiendo, por lo mismo, tres categorías de autores: *único, múltiples o coautores y mediato*. Aunque la clasificación no es del todo lógica, conviene conservarla por razones de claridad expositiva.

II

La clasificación contenida en el párrafo anterior se ajusta a un concepto de autor elaborado principalmente por la ciencia penal alemana al margen de la ley positiva, precisamente, porque la de ese país no intenta una auténtica definición de la expresión, dejándola abierta a las interpretaciones de la jurisprudencia y doctrina¹⁷. A causa de esto, es infrecuente encontrarla reproducida en los textos nacionales donde, si bien no se la ignora, se la considera

veniente de caracterizar al ejecutor como instrumento; BAUMANN, *op. cit.*, pp. 556 y sgtes. Se orientan también en el sentido del texto las nociones de autor mediato que proporcionan, entre otros, MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 201; QUINTEROS OLIVARES, *Introducción al Derecho Penal*, p. 250; S. PEÑA, *op. cit.*, IV, pp. 96 y 97.

¹³ Por supuesto no hay dificultad para aceptar la autoría múltiple cuando los autores mediatos son varios que se comportan como coautores. Pero esa situación no es problemática, por lo menos en lo que se refiere a este punto. La posibilidad de una *coautoría mediata* está fuera de discusión. Por eso en el texto sólo me refiero a la cuestión que se plantea cuando en el hecho intervienen únicamente el autor mediato y la persona de cuya acción se sirve para el logro de sus fines.

¹⁴ Así, por ejemplo, ZAFFARONI, *op. cit.*, tomo IV, 531, pp. 320 y 321.

¹⁵ La expresión "hombre de atrás" (*Hintermann*) procede de la literatura alemana. Se la emplea para designar a todo aquel que determina a otro a cometer un hecho típico y, por consiguiente, puede aludir tanto a un autor mediato como a un inductor. Vale la pena servirse de ella a causa de su expresividad gráfica. Por la misma razón, aunque con menos frecuencia, a veces se denomina "hombre de adelante" (*Vordermann*) al determinado, sea ejecutor o inducido. Con la adopción de tales términos, sin embargo, todavía nada se dice sobre el concepto de "autor tras el autor" (*Täter hinter der Täter*), cuya noción, admisibilidad y características es muy discutida.

¹⁶ Así, hablando incluso de casos "en que hay dos autores", SOLER, *Derecho Penal Argentino*, tomo II, 54, pp. 245 y 247. En rigor, sin embargo, SOLER no cree que esto ocurra en todas las hipótesis de autoría mediata.

¹⁷ El texto legal vigente en Alemania a partir de 1975, dispone en su párrafo 25 que "será penado como autor el que comete el hecho penal por sí o por otro" y que "cometiendo el hecho varios en común, cada uno será penado como autor (coautoría)". La norma anterior era todavía menos expresiva que ésta.

inadecuada a nuestro ordenamiento jurídico por distintas razones. En los apartados siguientes me propongo demostrar que esos argumentos son equivocados y, en consecuencia, también la conclusión.

a) Se ha sostenido, en primer lugar, que a diferencia de otras, las leyes chilena y española poseen una definición y una clasificación de los autores. Estas no coinciden con las formuladas sobre la base de otros ordenamientos jurídicos que carecen de ellas y a las cuales se ha construido por eso atendiendo a una noción puramente natural de lo que se entiende por autor¹⁸.

aa) Esta afirmación es inexacta, ante todo, porque de acuerdo a la opinión dominante, tanto en la doctrina nacional como española, los arts. 15 del C.P. chileno y 14 del español extienden la calificación de autor a quienes en realidad no tienen tal calidad, cosa que los mismos textos legales estarían reconociendo al establecer que los incluidos en sus numerandos "*se consideran autores*", en lugar de afirmar que lo son¹⁹.

Esto puede entenderse en el sentido de que aun cuando no todos los comprendidos por la enumeración de la ley son autores en el sentido que confiere a ese concepto el lenguaje ordinario, lo son para el derecho, en cuanto éste los considera tales, y lo son respecto de todos los efectos jurídicos. Al afirmarlo así, se adhiere implícitamente al criterio de que la ley es soberana para determinar el concepto de autor sin limitación alguna²⁰. Asimismo, se reduce la impor-

¹⁸ En este sentido se orienta el criterio de QUINTANO REPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, tomo I, p. 246.

¹⁹ Así, en Chile, CURY, *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, 28, pp. 266 y 267; DEL RÍO, *Elementos de Derecho Penal*, p. 232 y *Derecho Penal*, tomo II, pp. 249 y 250; ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, segunda edición, tomo II, p. 67; LABATUT, *Derecho Penal*, tomo I, 191, p. 227, aunque acepta un concepto más extenso de autor; NOVQA, *Curso de Derecho Penal*, tomo II, 454, pp. 202 y 207; S. PEÑA, *Autoría y participación en el delito*, IV, p. 98; YÁÑEZ, *Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal chileno*, pp. 49 y sigs., se pronuncia básicamente contra la interpretación, seguido en principio por GRISOLÍA, *La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude*, II, pp. 10 y sigs.; sin embargo, para lo que se discute en esta parte del texto eso no tiene importancia, pues también ellos convienen en que por lo menos la inclusión de la inducción en el art. 15 N° 2°, segunda parte, importa una extensión de la autoría a quien en realidad no es autor. Una opinión semejante pareciera deducirse de lo expuesto por GARRIDO, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, 54, pp. 286 y sigs., pues, aunque su sistemática conduce a la afirmación de la autoría en todos los otros casos del art. 15, en relación a la instigación acepta que se trata de una acción complementaria (p. 287) y accesoria (p. 288). En España se pronuncia de acuerdo con la opinión dominante ya, PACHECO, *El Código Penal concordado y comentado*, tomo I, pp. 258 y 259. En ese mismo sentido, recientemente, CEREZO, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal español*, I, p. 43; GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, p. 215; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, p. 801, y *El autor mediato en derecho penal español*, I, p. 481.

²⁰ Este punto de vista no se defiende expresamente en la literatura chilena, pero pareciera deducirse, por ejemplo, de la forma en que plantea los problemas sobre participación ETCHEBERRY. En Alemania, en cambio, lo defienden expresamente MEZGER, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 57, pp. 289 y 290; "El concepto de la participación es más bien "en absoluto", un problema de la ley"; SCHONKE - SCHRODER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 47, I, p. 344: "Esta organización (*Aufgliederung*) de las formas de participación es el resultado de la regulación legal, la cual también abandona a las manos del legislador la posibilidad de estructurarla en otra forma. En la teoría de la participación no se da ninguna pretendida estructura lógico objetiva".

tancia de la precisión con que se expresa el texto legal a una pura cuestión de escrúpulos estilísticos y nominales, es decir, a casi nada. Entonces, claro está, puede afirmarse que para el ordenamiento jurídico el concepto del autor y su clasificación debe extraerse del art. 15 C.P., y que cualquier noción obtenida fuera de la ley es objetable e inútil si no coincide con lo prescrito por esa disposición.

Pero a mí me parece que este criterio es equivocado, porque en el art. 15 del C.P. se considera autores a algunos que en relación con ciertos efectos jurídicos no pueden ser tratados como tales en atención a la naturaleza misma de las cosas. Así ocurre, por ejemplo, con los inductores del N° 2º, segunda parte, y con aquellos cuya conducta se describe en el N° 3, respecto de la disposición según la cual, para que el hecho conjunto pueda castigarse, es indispensable que, a lo menos, se haya dado principio a su ejecución por hechos directos (art. 7º, inc. tercero). En efecto, si A forma en B la voluntad de matar a su enemigo, y C, concertado con B le facilita un arma para que realice el homicidio, pero el ejecutor se arrepiente en el último momento y no hace nada, A y C no pueden ser castigados, aunque la conducta del primero se adecua cabalmente a la descrita por el art. 15 N° 2, segunda parte (inducir directamente) y la del otro satisface íntegramente los presupuestos del N° 3º, primera parte, de dicha disposición (proporcionar el medio para que se lleve a efecto el hecho, previo concierto). A mi juicio, este caso demuestra que en el art. 15 se considera autores a quienes, si se limitan a hacer lo prescrito por el N° 2º, segunda parte, o por el 3º, primera parte, ocuparán siempre una posición accesoría respecto del auténtico autor y, por consiguiente, no pueden ser tratados como tales en lo que se refiere a ciertos efectos jurídicos. Lo cual prueba, a su vez, que el concepto de autor no puede ser determinado por la ley a su sabor, porque viene *dado* por la naturaleza de las cosas y es, en tal sentido, prejurídico²¹. Como consecuencia de ello resulta, en fin, que por lo menos desde ciertos puntos de vista prácticos es preciso distinguir entre los enumerados en el art. 15 C.P. quiénes son realmente autores y quiénes, en cambio, sólo se consideran tales, lo que sólo puede hacerse, precisamente, si el concepto de autor se obtiene en un plano distinto del de la pura exégesis de esa disposición.

b) Por otra parte, el argumento criticado debe rechazarse también porque, en verdad, los arts. 15 del C.P. chileno y 14 del español no contienen definición alguna de la autoría única propiamente tal. Esta es hoy la opinión de la mejor doctrina²² y su exactitud se deduce casi inmediatamente del texto legal.

²¹ Este es el punto de vista dominante en la doctrina contemporánea. Véase, por todos, CÓRDOBA RODA, notas de derecho español a MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, pp. 310 y 311; JESCHECK, *op. cit.*, tomo II, 61, pp. 888 y 889, con ejemplos ilustrativos; LATAGLIATA, *El concurso de personas en el delito*, pp. 258 y sigs.; MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 47, p. 301: "El concepto de autor no es, en caso alguno, un problema simplemente "técnico" y, por lo tanto, susceptible de ser resuelto por el legislador"; NOVOA, *op. cit.*, tomo II, 437, pp. 164 y 449 y 194; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, p. 807 y *El autor mediato en Derecho Penal español*, II, pp. 462 y sigs. y III, p. 468; WEBER, *Para la estructuración del sistema del Derecho Penal*, V, p. 587; ZAFFARONI, *op. cit.*, tomo IV, p. 291. En cuanto a la opinión de ROXIN, también se orienta en este sentido, como se deduce de lo expuesto en *Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal*, IV, p. 60.

²² GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, pp. 218 y 219; MIR PUIG, notas de derecho español a JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, 61, I, p. 910; NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo II, 455, pp. 207 y 208; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I,

En efecto, un análisis superficial de los números 1º, segunda parte, 2º y 3º del art. 15, pone de manifiesto que en todos ellos se describen conductas desplegadas conjuntamente con las de otro u otros intervinientes en el hecho. Esto es obvio para el último numeral, en donde se exige la concurrencia de alguien con quien *concertarse*. Asimismo, en el segundo, se presupone la intervención de otro al que se fuerza o induce. En la segunda parte del número primero, por fin, es claro que se alude también a un concurrente distinto del ejecutor, pues si el que impide o trata de impedir que el hecho se evite es este último, su conducta habrá sido ya captada por la primera parte del numeral y la subsunción en la segunda resultaría superflua.

Por consiguiente, el autor único sólo puede referirse aparentemente el art. 15 Nº 1º, primera parte²³. Sin embargo, el texto de ese precepto se opone a esta conclusión porque, efectivamente, como lo ha destacado RODRÍGUEZ MOURULLO²⁴, habla de *tomar parte en la ejecución del hecho*, y esa idea implica la de que en este caso también existen otros intervinientes a cuyo cargo se encuentran las *partes* restantes de la conducta típica; pues la idea del "tomar parte" envuelve la de una ejecución fraccionada (partida, dividida en partes, de las cuales se toma sólo una)²⁵.

La interpretación expuesta es controvertida en forma muy reciente por MARIO GARRIDO MONTT²⁶. Con arreglo a su punto de vista, el art. 15 Nº 1º en general se refiere al autor individual. La expresión "tomar parte" de la primera frase se explica, en su opinión, a causa de que el "hecho" es algo más que la acción, pues comprende también un "conjunto" de circunstancias objetivas concurrentes, entre las que menciona por vía ejemplar el sujeto pasivo, el bien lesionado y el resultado; el sujeto, por consiguiente, toma parte en el hecho ejecutando la acción, mientras que las restantes fracciones del acontecimiento fáctico están constituidas por los procesos causales desencadenados por dicha conducta en dirección al resultado, así como —aunque GARRIDO no las vuelve a mencionar— por los otros momentos objetivos que lo conforman²⁷. Respecto a la segunda hipótesis del Nº 1º, sostiene que quien impide o procura

p. 802 y *El autor mediato en derecho penal español*, I, p. 462; YAÑEZ, *op. cit.*, III, p. 56. MUÑOZ CONDE, *Teoría General del delito*, p. 199 y QUINTEROS OLIVARES, *Introducción al Derecho Penal*, pág. 248, están también de acuerdo con este punto de vista, aunque restan importancia a su verificación; eso, de acuerdo con lo que se expone en el texto, me parece errado, porque lo que se decida en esta materia es uno de los factores que determinarán el concepto de autor con que deben trabajar el derecho chileno y español. Contra el criterio del texto, CEREZO, *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del derecho penal español*, I, pág. 445; LABATUT, *op. cit.*, tomo I, 192, p. 227; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, I, p. 246. Sobre la opinión disidente también de GARRIDO, véase la referencia en nota 26).

²³ Así, precisamente, LABATUT y QUINTANO RIPOLLÉS en *ops. y locs cit.* en la nota anterior.

²⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, tomo I, p. 802, y *El autor mediato en derecho penal español*, I, p. 462.

²⁵ GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, pp. 218 y 219, argumenta, además, que tomar parte en la ejecución puede no significar realización alguna de la conducta típica, "porque no todos los actos ejecutivos son integrantes del tipo". Yo no comparto esta última afirmación y, por consiguiente, tampoco me parece válido el resto del razonamiento.

²⁶ GARRIDO, *op. cit.*, 47 a 49, pp. 256 y sigs.

²⁷ GARRIDO, *op. cit.*, 47, p. 257.

impedir que el hecho se evite no es, como tradicionalmente se piensa²⁸, aquel que paraliza la defensa de la víctima o se opone a que terceros la auxilien contra el ataque del autor, sino el que se interpone entre la víctima y los que pretenden interrumpir un proceso causal natural o provocado que conduce al resultado lesivo, al cual, de esta manera, hace suyo²⁹.

Aunque esta interpretación del art. 15 N° 1° es interesante y aguda, se encuentra en contradicción con el texto de la norma y es, por consiguiente, inaceptable. En efecto, esa disposición no considera autor al que toma parte en el hecho, sino a quien participa en su *ejecución*. Ahora bien, sólo los seres humanos pueden ejecutar algo, pues, en definitiva, ello presupone la realización de una acción. Los cursos causales ocurren, las catástrofes naturales suceden o acaecen y las circunstancias concomitantes concurren, pero de ninguno de ellos puede predicarse que se ejecutan. Por tal motivo, tomar parte en la *ejecución del hecho* implica hacerlo, *con otros hombres*, en la acción que le sirve de base; en consecuencia, el art. 15 N° 1° no puede referirse a hipótesis de autoría única sino, solamente, a casos de *coautoría*. Y esto es válido para sus dos partes, puesto que la exigencia de que se haya tomado parte en la ejecución está referida a ambas.

Si mis observaciones precedentes son exactas, entonces perseverar en la afirmación de que en la ley chilena el concepto de autor se encuentra regido completamente por el art. 15 del C.P., conduce a la conclusión absurda de que con arreglo a ella no es autor quien ejecuta íntegramente y "de propia mano" el hecho descrito por el tipo.

Lo que ocurre es, por cierto, algo distinto. El autor único no se menciona en el art. 15 del C.P. porque no es necesario hacerlo. Su concepto y punibilidad, en efecto, se deducen inmediatamente de los respectivos tipos de la parte especial³⁰. Autor único es "el que", "aquel que", "los que", "el funcionario público", "el empleado público", "la mujer casada" (art. 375)³¹ o "el marido" (art. 381) con que se encabeza la descripción de cada uno de ellos y, para castigarlo, no es preciso "dar el rodeo" por el art. 15 N° 1°³². Este último, en cambio, está destinado a aprehender los casos de coautoría y, en especial, aquellos en los cuales los concurrentes se han dividido el trabajo³³, de suerte que la conducta de ninguno realiza íntegramente la descrita por el tipo y, por ello, no podría ser penada si la ley no lo dispusiera expresamente.

Con lo dicho se prueba, me parece, que también el intérprete de la ley nacional debe obtener el concepto de autor en general más allá de lo preceptuado por el art. 15, ya que éste no le proporciona uno que abarque todas las situaciones de autoría imaginables, sino, por el contrario, excluye a la más sencilla y evidente, sin cuya apreciación todo el sistema constituiría un absurdo. Y, al verificarlo así, parece lógico concluir, además, que esa noción debe construirse a partir del "sentido natural y obvio" de la autoría como, por otra parte, lo exige en forma expresa el art. 19 inc. primero del C.C.

²⁸ Véase, sobre ello, ETCHEBERRY, *op. cit.*, tomo II, p. 92; NOVOA, *Curso de Derecho Penal*, tomo II, p. 209.

²⁹ GARRIDO, *op. cit.* 49, pp. 268 y sigts.

³⁰ Véase la opinión coincidente de los autores citados más arriba, en la nota 22.

³¹ En adelante, los arts. que se citan sin referencia a la ley de la cual forman parte, pertenecen al C.P. chileno.

³² GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, p. 219.

³³ Más arriba, I.

bb) Una segunda razón por la que la literatura chilena y una parte de la español rechaza la clasificación expuesta en el apartado I, se funda en una supuesta inutilidad, incorrección o artificialidad del concepto de autor mediato, al cual se considera el producto de una elaboración destinada a subsanar defectos del antiguo ordenamiento jurídico alemán que, afortunadamente, en el nuestro y el ibero no se presentan³⁴. Entonces, basta con distinguir, a lo sumo, entre autor único y coautores, o con acogerse a la clasificación contenida en el art. 15³⁵, y hay que desentenderse de todos los problemas originados por la autoría mediata.

La refutación de este criterio constituye el objetivo central de la presente contribución.

Para comprender cabalmente el punto de vista expuesto, conviene hacer una breve descripción del origen y la evolución experimentada por el concepto del autor mediato en la doctrina alemana.

Por espacio de mucho tiempo, el C.P. alemán consagró un sistema de *accessoriedad máxima*, en virtud del cual los partícipes en sentido estricto (inductores y cómplices) eran susceptibles de ser castigados sólo si el autor había ejecutado una "conducta punible". Por tal motivo, la conducta de esos concurrentes secundarios no podía sancionarse como inducción o complicidad si el interviniente principal no era culpable. Así, el que inducía a un niño, a un enfermo mental, a una persona coaccionada o en error de prohibición —para sólo mencionar los casos menos discutidos de exculpación— debía quedar en principio impune; y otro tanto ocurría con quien, plenamente consciente de la situación, auxiliaba a una de esas personas en la comisión del delito.

La doctrina y jurisprudencia alemanas no aceptan resignadamente consecuencias absurdas como éstas. Su enorme prestigio se debe, entre otras cosas, a que siempre están dispuestas a ensayar todas las soluciones disponibles, incluso las más intrincadas, para poner a salvo la coherencia del sistema y la justicia de las decisiones. En este caso echó mano para ello al concepto del autor mediato. Si el que formaba en un loco la voluntad de matar a otro no podía ser castigado como instigador, porque la ley en rigor lo impedía, era posible, en cambio, considerar que se había servido del enfermo como de un instrumento y atribuirle la calidad de autor; con esto se lo trasladaba a la posición principal, y su intervención en el hecho ya no era accesoria a la del enajenado, de manera que se la podía castigar por sí misma y no como participación en el hecho (inculpable) del otro.

En la práctica, sin embargo, esta construcción era defectuosa y podía ser objeto de numerosas críticas. Aquí no vale la pena referirse a todas, porque el problema es ajeno a nuestra dogmática y también se lo ha superado en la

³⁴ En este sentido, entre otros, ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, tomo II, p. 71; QUINTANO RIPOLLÉS, *Curso de Derecho Penal*, tomo I, p. 246. También NOVOA se pliega básicamente a este criterio en *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo II, 446, p. 182 y *Algunas consideraciones acerca del concurso de personas en el hecho punible*, IX, pp. 14 y sigts., pues declara que la noción de autor mediato no es necesario "para quienes conciben la autoría como la conducta del que queriendo el hecho típico como propio, pone una causa o condición indispensable que produzca su realización, pues el autor mediato queda incluido en el concepto de autor". El criterio de GARRIDO, *op. cit.*, 55, pp. 303 y sigts. es distinto, pues percibe que la autoría mediata es algo más que un recurso destinado a subsanar dificultades opuestas por una regulación positiva incorrecta del concurso.

³⁵ En el párrafo a) precedente, creo haber demostrado que esta última solución es insostenible.

alemana, pero para ilustrar mejor mi razonamiento posterior conviene mencionar una o dos, a título puramente ejemplar. Así, es evidente que la calificación como autor mediato es imposible si el inductor ignora que el instigado padece de una dolencia mental, pues en tal caso no puede haber pretendido emplearlo como a una simple "herramienta" al servicio de sus fines. Pero también cuando conoce su estado la solución conduce algunas veces a resultados insatisfactorios. Si Pedro, compadecido de un oligofrénico imbécil al cual Juan hostiliza de manera perversa con burlas y bromas crueles, lo insta, por misericordia mal entendida, a que se vengue de su verdugo dándole de golpes, no sólo será injusto sino técnicamente incorrecto y prácticamente absurdo considerarlo autor mediato de las lesiones corporales ocasionadas a Juan por el enfermo. En este caso, en efecto, es manifiesto que Pedro no se "vale" del retardado, no lo "hace actuar para sí", sino, al contrario, lo convence de obrar por él mismo. Pero, además, en las hipótesis de autoría mediata auténtica se entiende que la ejecución del delito principia cuando el hombre de atrás actúa sobre el mediador poniéndolo en marcha hacia la consumación. Eso es lógico, puesto que él se está sirviendo del otro como de un "instrumento" y, entonces, la tentativa se perfecciona cuando "lo activa", de la misma manera en que así ocurre cuando el homicida de propia mano gatilla su revólver. En el ejemplo, sin embargo, esta solución es insostenible, precisamente porque Pedro no instrumentaliza al oligofrénico, sino se limita a formar en él la voluntad propia de actuar en un determinado sentido. Piénsese tan sólo que si el enfermo no realiza de inmediato su resolución, sino que por temor, olvido o cualquier otra causa, deja pasar varios días antes de lesionar a Juan, sería ridículo pretender que Pedro ha estado ejecutando una tentativa durante todo ese tiempo.

La doctrina y jurisprudencia alemanas eran conscientes de estas dificultades y, por eso, consideraban que el recurso a la autoría mediata para evitar las lagunas abiertas por la accesoriadad máxima constituía una solución incorrecta y debía superarse mediante una reforma de la ley. Esto fue provocando una distorsión de las opiniones. Muchos autores alemanes antiguos llegaron a suponer que, si se consagraba en el Código Penal un sistema de accesoriadad media, esto es, si sólo se hacía depender la punibilidad de los partícipes en sentido estricto de que el hecho principal se hubiera ejecutado antijurídicamente, el concepto de autor mediato se volvería inútil, porque todos los casos en los cuales se lo empleaba podrían adscribirse a la inducción o a la complicidad. Por eso, a la autoría mediata la calificaron incluso como a un fenómeno "tapa agujeros"³⁶, del cual era posible deshacerse en el futuro.

Esta última concepción era errónea. Porque la autoría mediata no es un mero subproducto de la accesoriadad máxima y ni siquiera una creación de la ciencia y la jurisprudencia alemanas determinada por la regulación legal defectuosa de la participación en su Código. Estas sólo la bautizaron con un nombre que se popularizó y, al emplearla para superar las dificultades opuestas por el sistema de accesoriadad máxima, acrecentaron el conocimiento que se tenía de su estructura y problemática, pero también abusaron de ella, deformándola y dándole una apariencia de concepto artificial, complicado y generado en una equivocación de la ley positiva.

³⁶ Cfr. MAURACH, *op. cit.*, tomo II, 48, pp. 314 y 315. Pero MAURACH no comparte de ninguna manera este criterio, como pareciera desprenderse de lo expuesto por NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo II, p. 181. Por el contrario, lo denuncia como algo completamente "injustificado".

En efecto, aunque no la designaron con ese nombre, la idea de la autoría mediata era familiar a los clásicos italianos y españoles, para los cuales no podía constituir de ninguna manera un concepto "tapa agujeros", porque las leyes respectivas no lo requerían. Así CARRARA afirma que "cuando el hecho material no puede atribuirse a la voluntad libre e inteligente de quien lo ejecuta, como a su causa moral inmediata, el hecho no es de éste, pues que éste *es el instrumento*, la mano postiza de quien se valió de su brazo *como un puro instrumento* material. A éste, por tanto, se lo debe llamar con razón *autor*"³⁷. Y en otro lugar afirma de quien actuó con ignorancia, coaccionado o de alguna otra manera irresponsable, que en su conducta "no concurre el hombre interno" y, por ello, "será autor del *hecho*, pero no es autor del delito, ya que a su respecto ese hecho no es delito"; mientras del "forzado" sostiene que fue "*actuado*, no agente", pues por su parte no concurre al hecho ni el hombre interno ni el externo³⁸. De manera que CARRARA no sólo manejaba la noción del autor mediato, sino que incluso diferenciaba sus formas auténticas de los casos en los cuales no existe realmente intermediario, porque al que ocuparía esa situación se lo ha transformado, mediante el empleo de violencia, en un simple objeto en manos del agente³⁹. El gran clásico italiano, es cierto, no dedica mucho espacio al estudio de esa situación, porque, a diferencia de lo que ocurrirá con los alemanes, no percibe todas las dificultades que genera. Aún así, vio claramente la mayor parte de los casos en los cuales tenía que afirmarse una autoría mediata con prescindencia del nivel de accesoriadad exigido por la ley a la participación en sentido estricto; e, incluso, destacó que en algunos de ellos era posible tanto una calificación como autor o como partícipe, la que en definitiva dependía del grado de libertad con que obraba el ejecutor⁴⁰. PACHECO, por su parte, si bien con menos precisión y pormenores, alude también a la autoría mediata sin mentarla⁴¹.

Todo esto quedó de manifiesto cuando en el año 1943 se modificaron los párrafos 48, 49 y 50 del Código Penal alemán, consagrando en forma expresa un régimen de accesoriadad limitada (accesoriadad media).

En efecto, una parte importante de los juristas de esa nacionalidad, así como los fallos de los tribunales, tendieron en el primer momento a resolver como casos de participación en sentido estricto todos aquellos en que alguien se valía de un ejecutor inculpable para la realización del delito. De esta manera, el campo de la inducción creció considerablemente y, en algunas situaciones, también se amplió el de la complicidad, mientras, por el contrario, el de la autoría experimentó una contracción. El que aconsejó al oligofrénico idiota que golpeará a quien lo hacía objeto de burlas inmoderadas era inductor de las lesiones; pero también el que deliberadamente convenció al paranoico con delirio persecutorio de que cierta persona lo vigilaba con propósitos inconfesables, para determinarlo por ese medio a maltratar físicamente al supuesto sospechoso. El que proporcionaba a un joven de quince años el arma con la

³⁷ CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, tomo I, 428, nota 1, p. 288. Los dos primeros subrayados son míos; los dos últimos del autor.

³⁸ CARRARA, *Grado en la fuerza física del delito*, 191, p. 334.

³⁹ Sobre esto, véase más arriba, I, *in fine*.

⁴⁰ Así respecto del *coaccionado* en *Programa de Derecho Criminal*, tomo I, 428, nota 1, pp. 288 y 447; pp. 298 y 299; *Grado en la fuerza física del delito*, 246, pp. 363 y 364.

⁴¹ PACHECO, *Estudios de Derecho Penal*, p. 174; *El Código Penal concordado y comentado*, pp. 260 y 261.

cual perpetraba un homicidio era cómplice; pero también el enfermero del establecimiento psiquiátrico que, a sabiendas de que uno de los pacientes odiaba a otro y estaba dispuesto a matarlo, le hacía una seña para advertirlo de la presencia ocasional de la víctima en un rincón solitario del recinto hospitalario, provocando con ello la consumación del delito. Poco a poco, sin embargo, fue saltando a la vista la diferencia evidente que existe entre las situaciones comprendidas en cada pareja de casos y lo insatisfactorio que resulta tratarlas en la misma forma, no sólo desde el punto de vista conceptual, sino también —y en especial— desde el práctico.

Seguramente la dificultad más ostentosa se le presentó a la concepción tradicional del delito, para la cual el dolo era un elemento de la culpabilidad⁴². Según eso, el hombre de atrás era también inductor y no autor cuando para la obtención de su objetivo se servía de alguien que apreciaba erradamente las circunstancias del hecho y obraba, en consecuencia, sin dolo. Pero es completamente atrabiliario pretender que si el médico entrega a la enfermera una dosis letal de morfina, afirmándole que se trata de un medicamento inofensivo y ordenándole administrarlo al paciente, la autora del homicidio es la enfermera y el facultativo sólo un inductor; o que cuando alguien cambia subrepticamente el arma de utilería empleada en la representación por un auténtico revólver cargado, de suerte que el actor, sin saberlo, mata con este último a su pareja de escena, el autor es el comediante y quien ha sustituido la pistola únicamente un cómplice. La teoría finalista, en cambio, y todos los que, sin reconocerse sus partidarios, sitúan el dolo en el tipo, podían resolver correctamente estos casos porque, según su punto de vista, en ellos el ejecutor no obra de manera inculpable, sino atípica, de modo que la accesoriedad limitada no los obliga a considerarlo autor ni se dan tampoco los presupuestos para que, con arreglo a ella, el hombre de atrás sea tratado como participe en sentido estricto. Pero, por una parte, con eso reaparecía el concepto del autor mediato como insustituible para un gran número de situaciones y, por otra, el problema subsistía respecto de los casos presentados más arriba, en los cuales el ejecutor actúa dolosamente, pero de manera inculpable.

En un lapso muy breve tanto la literatura especializada como la jurisprudencia germanas volvieron sobre sus pasos, reconociendo, de manera prácticamente unánime, que el autor mediato es auténticamente autor y, por consiguiente, que su calidad de tal no depende del tipo de accesoriedad consagrado en la ley para los partícipes en sentido estricto⁴³. Por esto, el que se sirve de otro para la ejecución del hecho punible, abusando de su ignorancia o de su falta de libertad o de otras circunstancias que le permiten dominar su conducta, es autor mediato y no inductor o cómplice, aunque el ejecutor haya obrado sólo exculpado y, para algunos, incluso, aunque sea plenamente responsable. Así, en la doctrina y práctica alemanas la autoría mediata se reconoce actualmente como una especie del género autoría, la que, por lo mismo, presenta

⁴² Para formarse una idea de la magnitud de este problema y de los denodados intentos realizados a fin de superarlo sin renunciar a los presupuestos sistemáticos, es ilustrativo BOCKELMANN, *Relaciones entre autoría y participación*, *passim*.

⁴³ Véase, por todos, BAUMANN, *op. cit.*, 35, pp. 529 y 36, pp. 554, 555 y 560; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 62, p. 1920; MAUBACH, *op. cit.*, tomo II, 48, pp. 314 y 315; ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, antes de 21, pp. 141 y 142; SCHMIDHAUSER, *op. cit.*, 14/52, p. 418; WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, 15, pp. 146 y 147.

problemas peculiares y ocasiona también en ciertos casos efectos diferenciados; a causa de lo cual tiene que ser objeto de un examen particularizado.

Sin embargo, las vicisitudes del concepto en Alemania le habían atraído entretanto una desconfianza generalizada en el derecho comparado, y esto explica la hostilidad con que se la trata por la literatura nacional y española. Esta parecía especialmente justificada en el período en que se la presentó como un puro expediente para subsanar los vacíos de punibilidad provocados por la accesoriadad máxima. Puesto que de acuerdo con la opinión dominante los códigos chileno y peninsular consagran un régimen de accesoriadad limitada, era absurdo extrapolar a nuestros sistemas una noción que no les es indispensable y que suscita innumerables problemas.

Pero la opinión adversa a la autoría mediata no se ha modificado a pesar del curso que ha seguido la discusión en la doctrina alemana. Para una parte significativa de la literatura nacional el concepto de autor mediato sigue siendo hasta ahora desestimable, ora porque todas las situaciones a que se refiere se encuentran expresamente reguladas por la ley en el art. 15 y, a causa de ello, no generan problemas al intérprete nacional⁴⁴, ora porque se piensa que todas o casi todas deben ser tratadas como casos de inducción⁴⁵. Ahora bien, el primero de estos puntos de vista puede o no ser correcto, pero no contribuye gran cosa a la solución de los problemas planteados por el autor mediato; pues éstos no sólo se refieren a la posibilidad legal de tenerlo por autor —algo sobre lo cual, a la larga, casi todos estamos de acuerdo y dispuestos a afirmarlo de uno u otro modo—, sino también, y principalmente, a los casos en que debe reconocerse su presencia y a la forma en que debe ser tratada jurídicamente la peculiar estructura de relaciones conductuales a que da origen. En cuanto al segundo, es inadmisibile, como lo ha demostrado la experiencia alemana a que se aludía más arriba, precisamente porque las peculiaridades de la vinculación entre el autor mediato y el ejecutor no admiten someterse a las mismas reglas que rigen las de inductor e inducido.

Así, por ejemplo, se podría estar de acuerdo con GARRIDO⁴⁶, en que la actividad de quien ejecuta el delito sirviéndose de un "instrumento" no doloso es directamente subsumible en el art. 15 N° 1 y que para justificarlo no es preciso acudir a ninguna de las teorías tradicionales sobre el límite entre autoría y participación. Entonces habrá que convenir también con él en que, nos guste o no, en tales casos el ejecutor material se ha transformado, por obra de la maquinación del hombre de atrás, en un puro objeto del que éste se sirve como podría hacerlo con una pistola o una daga. Pero con todo esto aun no se solucionarán algunas de las dificultades más arduas que provoca la autoría mediata. Porque, ¿hasta dónde llegaremos con esa asimilación entre ser humano y objeto a la que el propio GARRIDO sólo se resigna con desagrado? Cuando Pedro ataca a Juan con una daga o un revólver, éste puede repeler la agresión destruyendo esos instrumentos, sin detenerse a considerar otros medios de evitarla —como la fuga o la persuasión—, porque de acuerdo con una opinión completamente dominante nadie está obligado a retroceder ante el injusto y

⁴⁴ En este sentido se orienta la amplia exposición de GARRIDO, *op. cit.*, 55, D. pp. 305 y sgts. Asimismo NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo II, 446, p. 182 y QUINTANO, RIPOLLES, *Curso de Derecho Penal*, tomo I, p. 246.

⁴⁵ Así ETCHEBERRY, *op. cit.*, tomo II, p. 71.

⁴⁶ GARRIDO, *op. cit.*, 55, p. 306.

por consiguiente, salvo raras excepciones⁴⁷, la legítima defensa *no es subsidiaria*. Pero ¿estará dispuesto GARRIDO a aceptar esta misma solución cuando el instrumento de que se sirve el atacante es alguien que obra sin dolo —por ejemplo, la enfermera a la cual se ordenó inyectar la dosis mortal de morfina, haciéndola creer que se trataba de un medicamento inofensivo— y el atacado lo sabe? Se me podrá objetar, quizás, que, como en este caso se encuentran en juego bienes jurídicos de un tercero inocente —la vida e integridad corporal de la enfermera— no debe resolverse con arreglo a las normas que regulan la legítima defensa, sino a las que rigen el estado de necesidad. ¡Pero entonces el resultado es aún más inconveniente! Porque en tal caso, si efectivamente para evitar que le administren la inyección letal, el agredido no tiene otra alternativa que matar a la enfermera, no podrá invocar la justificante del art. 10 N° 7, puesto que el bien jurídico sacrificado no es la propiedad ajena y tampoco de menos valor que el que se trata de salvar; de manera que sólo dispondrá para defenderse en el juicio de una causal de exculpación supra legal que la jurisprudencia nacional no siempre está dispuesta a aceptar, o tendrá que alegar miedo insuperable o fuerza moral irresistible del art. 10 N° 9, aunque es posible que en el caso concreto no se den los presupuestos ni del uno ni de la otra. Todo esto me parece insostenible.

Las soluciones de ETCHEBERRY tampoco salen airosas de este tipo de dificultades. Este escritor afirma que cuando el ejecutor material es inimputable, él es el autor y el hombre de atrás sólo un inductor⁴⁸. Imaginemos que un delincuente encuentra a un niño de pocos años jugando en la calle, y le propone comprarle unas golosinas si entra por la ventana abierta de una casa próxima y le trae una billetera que alguien ha dejado descuidadamente sobre una mesa. En tal caso, según ETCHEBERRY, la ejecución del robo no principia —y, por consiguiente, la tentativa aun no se perfecciona— cuando el pequeño emprende el camino hacia el lugar del robo, sino cuando comienza a escalar el muro bajo la ventana; de manera que si alguien detiene al niño antes de que empiece a trepar, el “inductor” debe quedar impune. Por otra parte, de acuerdo con ese criterio, en un caso como éste la legítima defensa tiene que dirigirse contra el chico y no contra el mandante, pues las agresiones proceden siempre de autores y no de simples instigadores. Ninguno de estos resultados es satisfactorio, por cierto^{49, 50}.

⁴⁷ Véase, sobre este punto, ROXIN, *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, VIII, p. 60.

⁴⁸ ETCHEBERRY, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁹ BETTJOL, que se pronuncia por una solución semejante a la de ETCHEBERRY respecto a la situación del ejecutor inimputable, declara airadamente en *Derecho Penal*, p. 520, que “en realidad, la teoría del autor mediato viene a envilecer la dignidad de la persona humana, que no desaparece aunque el hombre esté afectado y paralizado en su capacidad de comprender y de querer”. Sin embargo, como lo destaca también GARRIDO, *op. cit.*, 55, p. 309, nota 233, este “envilecimiento de la dignidad de la persona humana” no es imputable a la teoría del autor mediato, sino al hombre de atrás que, de hecho, y sin importársele un ardite de la del ejecutor, lo instrumentaliza, rebajándolo y poniéndolo a su servicio. Ante una situación verificable como ésta, el derecho tiene que encontrar fórmulas capaces de resolver con justicia precisamente lo que se hará con la “víctima” de esa manipulación. Es un contrasentido insistir en salvaguardar la respetabilidad moral del ejecutor inimputable mediante el sencillo expediente de ignorar la estructura especial de su relación con quien se vale de él para el logro de sus fines y atribuyéndole, sin más, la posición

Posiblemente a causa de que se intuye la subsistencia de estos problemas, en la doctrina chilena se ha desarrollado un fenómeno curioso. Casi toda la literatura reciente considera que el concepto del autor mediato es innecesario; pero cuando las circunstancias lo exigen se remite a él como si se tratara de una noción sobreentendida o a la que se encuentra suficientemente precisada en la doctrina extranjera⁵¹; lo cual provoca, como es natural, desconcierto en quien la consulta y contribuye poco a que la jurisprudencia consiga afinar y uniformar sus resoluciones cuando el caso práctico lo requiere.

A mi juicio, la opinión dominante está equivocada. El concepto mismo de autor es de carácter prejurídico, natural⁵², a causa de lo cual su esencia no puede ser alterada arbitrariamente por la ley positiva, sino que depende de la posición principal o accesoria ocupada por la actividad del sujeto en la estructura del hecho concreto. Por eso, las formas que puede adoptar la autoría están condicionadas también por esa relación y las variaciones que ella puede experimentar determinando sus distintas *formas*. Una de estas últimas es, precisamente, la del autor mediato. A causa de ello, su noción prevalece también a las pretensiones normativas del legislador. Este puede, si lo desea, castigar al cómplice como al autor, desvalorar aún más la conducta del inductor⁵³ y castigar al autor mediato de la misma manera que a éste; pero no puede, en cambio, alterar la ubicación estructural que la conducta de cada uno ocupa en el contexto fáctico ni, en consecuencia, los efectos jurídicos que dependen de ella, como, por ejemplo, intentar revertir el vínculo de accesoriadad o ignorar la circunstancia de que para la ejecución del hecho el autor mediato se sirve de un hombre cuya conducta instrumentaliza, pero al cual no por eso puede considerarse y tratarse de manera semejante a una pistola, un perro o una máquina infernal.

Por todo esto a mí me parece que las formas de la auténtica autoría no pueden ser para la ley nacional, sino las mismas que se reconocen generalmente en la doctrina comparada⁵⁴. La autoría mediata es una de éstas y, consiguien-

de autor en el concurso. Yo creo que eso se aprecia fácilmente en los problemas que, a título ejemplar, se han planteado en el texto.

⁵⁰ Las consecuencias son aún más defectuosas si, de acuerdo con lo sostenido por GARRIDO, *op. cit.*, 48, p. 286 y 54 p. 296, se quiere identificar en la práctica el tratamiento del ejecutor inimputable al del que obra sin dolo, asimilándolos al "uso de una máquina o un animal adiestrado".

⁵¹ Esto es especialmente notorio, por ejemplo, en NOVOA, *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo II, 448, p. 190, donde se reconoce expresamente como hipótesis de autoría mediata un caso clásico de empleo de ejecutor no doloso, y 456, p. 212, donde se declara que "las maquinaciones y artificios culpables sólo en raras ocasiones van a ser útiles como medios de inducción", pues "generalmente han de ser empleados para utilizar a otro como mero instrumento no voluntario del delito, caso en el que no habrá instigación, sino la autoría que la doctrina llama mediata" (el subrayado es mío). Algo semejante ocurre con GARRIDO, *op. cit.*, 63, pp. 363 y sigtes., donde la autoría mediata reaparece de pronto, en relación con la problemática de los delitos especiales y de propia mano, si bien tratando de preservar sus puntos de partida, pero poniendo en evidencia que no es posible desprenderse del concepto ni desmembrarlo.

⁵² Sobre el carácter predominante de esta opinión en el derecho comparado del presente, véase, más arriba, nota 21. Pero no todos los que la acogen extraen de ella las consecuencias correspondientes.

⁵³ Véase al respecto ROXIN, *Täterschaft und Tatherschaft*, 6, p. 30.

⁵⁴ GARRIDO, *op. cit.*, 45, pp. 243 y sgts., y 56, pp. 313 y sgts., disiente también de esta afirmación porque no considera a la coautoría como una forma especial de la autoría (individual), sino como algo radicalmente diferente de ella. En atención a la índole de este trabajo ese punto de vista aquí no puede ser discutido.

temente, tampoco es posible prescindir de ella para formular un sistema de la concurrencia criminal en el derecho penal chileno. Al contrario, por lo mismo que constituye un concepto límite, su determinación precisa es particularmente importante para la elaboración dogmática de una ley en la cual la calificación de autor se ha extendido considerablemente, con el objeto de asimilar la punibilidad de algunos partícipes en el sentido estricto, que despliegan actividades accesorias, a la de los verdaderos intervinientes principales. En una normativa de esta clase, en efecto, es indispensable aclarar quiénes, de entre los que "se consideran autores", lo son realmente, pues sólo así resulta posible esclarecer la forma en que operan respecto de ella los mecanismos de accesoriedad que regulan la punibilidad de los partícipes en sentido estricto, así como el tratamiento jurídico que se debe acordar a aquellos que sólo ocupan la posición de "instrumentos" ejecutores.

III

Para concluir con estas consideraciones me parece necesario aclarar algo más, lo que se quiere decir cuando en los párrafos precedentes afirmo que el concepto de autor —y, con ello, el del autor mediato— es prejurídico y, por ese motivo, se impone al derecho positivo. Esta es, en efecto, una afirmación equívoca que fácilmente provoca malos entendidos y, a causa de ello, reparos infundados. Por eso es preferible precisarla.

Lo primero que debe descartarse es la idea de que aquí nos encontramos frente a una declaración filosófica sin importancia práctica. Sin lugar a dudas es hasta cierto punto una declaración filosófica e implica una toma de posición en tal sentido, pero de ello no se sigue, como suele creerse, que carezca de consecuencias para la determinación del derecho aplicable a un asunto concreto. Por el contrario, todo lo que se ha dicho anteriormente demuestra que es en la solución del caso práctico en donde aparece legitimada, precisamente por la imposibilidad de dar a éste un tratamiento satisfactorio si se prescinde de ella.

Esto último nos conduce directamente a una segunda aclaración indispensable. Cuando aquí se dice que el concepto de autor es prejurídico, no se pretende afirmar que proceda de una vaga región ideal a la que se accede mediante una revelación, una intuición luminosa o, menos aun, una pura revisión de los contenidos de la conciencia, pues las dos primeras alternativas implican un realismo un poco ingenuo y la última reduciría la constatación a casi nada. Con ello, en cambio, se quiere destacar que la noción en cuestión —en este caso la del autor— viene determinada por las relaciones efectivas del quehacer humano en la existencia cotidiana, que dan origen a unas estructuras constantes, objetivamente verificables y que sólo pueden ser modificadas por una variación de aquéllas, mas no por un puro acto de voluntad humana individual o colectiva, es decir, por un simple mandato. De modo que ese concepto no sólo se demuestra indispensable *para* la solución del caso concreto, sino que se obtiene *en* la multiplicidad de los casos concretos y *desde* ella, como un producto inmediatamente aprehendido en la contemplación de sus manifestaciones y racionalmente elaborado mediante la ordenación de las regularidades que se aprecian en sus estructuras.

Este concepto es el que se impone al derecho, en la medida en que éste pretende regir los hechos a los cuales es inherente. Constituye, por así decirlo, una de las "circunstancias" con que *se encuentra* el derecho cuando realiza su tarea de ordenar la convivencia humana y a la que tiene que *atenerse* para poder cumplirla, precisamente porque *están dadas* en ella. La demostración

de eso, por otra parte, siempre se encuentra al interior de la propia ley positiva, justamente porque, como no se dejan condicionar por ella, sino que, al revés, la condicionan, los conceptos de esta clase terminan por obligarla a aceptarla las consecuencias derivadas de su estructura fundamental, incluso cuando la norma ha intentado expresamente hacer otra cosa —o parece hacerlo—. Así se verifica, por ejemplo, respecto de la autoría, cuando en uno de los casos presentados antes⁵⁵ queda de manifiesto que, si aquellos a los que la ley considera autores, pero no lo son realmente, sólo están dispuestos a hacer todo lo que determina su inclusión en el art. 15 del C.P., pero nada más que eso, no podrán ser castigados, aunque materialicen su propósito, cuando quien es verdaderamente autor no cumple con la exigencia establecida para ello en el art. 7° inciso tercero y que únicamente él está en condiciones de satisfacer, esto es, dar principio a la ejecución del crimen o simple delito⁵⁶.

Finalmente, es preciso subrayar que lo que se impone al ordenamiento jurídico es el *concepto de autor* y, correlativamente, el de *participe en sentido estricto*, en cuanto es accesorio a aquél, así como *la estructura de las posibles relaciones de hecho entre uno y otro*. En cambio, la ley goza de libertad para valorar la conducta de los distintos intervinientes en el hecho. Por eso, nada obsta a que el art. 15 disponga castigar a ciertos cómplices y al inductor, cuando proceda hacerlo, con la misma pena que al autor⁵⁷. Lo afirmado aquí es que el derecho está obligado a reconocer la *esencia* (quididad) de lo que regula, pero no que una vez hecho así tenga que valorarlo de una manera determinada. Así, el ordenamiento jurídico como el hombre —y por lo mismo que es obra del hombre— goza de una *libertad* limitada en la formulación de sus prohibiciones y mandatos: el marco lo establece la realidad a la que la norma intenta ordenar; lo que no sobrepasa sus fronteras constituye un espacio en el que la ordenación puede ser efectuada con arreglo a la voluntad del legislador.

IV

Todo lo dicho conduce, pues, a demostrar lo que, según se desprende de su título, ha constituido el objetivo de esta contribución. De conformidad con ello, *el concepto del autor mediato es una categoría de la que no se puede prescindir en la interpretación de la ley nacional*. Nada dice en contra de esta conclusión el hecho de que, como se sostiene por una parte de la doctrina, los casos de autoría mediata se encuentran expresamente contemplados en el art. 15 del C.P. Eso es algo que también debe ser objeto de una investigación prolija antes de aceptarlo, cosa que por ahora me encuentro obligado a poster-

⁵⁵ Más arriba, II, a), aa).

⁵⁶ Este punto de vista sólo será rechazado entre nosotros por GARRIDO, *op. cit.*, especialmente 26, pp. 122 y sgts. Dicho autor, en efecto, ha elaborado un concepto de "acción de sujeto plural", que sería sustancialmente distinta de la de sujeto único, y en la cual todo acto de materialización del concierto previo satisfaría las exigencias requeridas para la punibilidad de la tentativa. Discutir aquí ese criterio nos obligaría a una revisión de nociones fundamentales, como la de acción, que es imposible efectuar dentro de los límites impuestos a este trabajo. En todo caso me parece útil anticipar que, a mi juicio, la solución es incompatible con el concepto de acción finalista, defendido por el propio GARRIDO, *op. cit.*, 3, pp. 12 y sgts., y *El homicidio y sus figuras penales*, 6, pp. 21 y sgts.; pues éste, en atención a su estructura, sólo puede ser entendido como conducta personal.

⁵⁷ Véase también, más arriba, II, b).

gar, porque excede los límites de mi propósito actual. Sin embargo, aunque el examen detenido de tal afirmación confirme su exactitud, con ello, como ya se ha dicho⁵⁸, sólo se habrá superado en parte la cuestión relativa a si es admisible la incorporación del autor mediato al concepto de autor en general y, en todo caso, quedarán abiertas las referentes a la extensión de la figura, sus consecuencias para la estructura del hecho y su ejecución, y el tratamiento que debe acordarse al ejecutor instrumentalizado. Un amplio campo de problemas jurídicos que la doctrina y jurisprudencia chilenas se abstienen de explorar hasta el presente, queda en esta forma revelado para el análisis y la discusión.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, ENRIQUE: *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1974.
 BAUMANN, JURGEN: *Strafrecht. Allgemeinen Teil. Ein Lehrbuch*, Tubingen, 1968.
 BETTIOL, GIUSEPPE: *Derecho Penal. Parte General*, traducción de José Luis Pagano, Bogotá, 1965.
 BOCKELMANN, PABLO: *Relaciones entre autoría y participación*, traducción por Carlos Fontán Balestra, con la colaboración de Eduardo Friker, Buenos Aires, 1960.
 BUSTOS, JUAN y CRISOLÍA, FRANCISCO: *Comentario a Sentencia de la Corte Suprema, en Revista de Ciencias Penales*, tomo XXXI N° 1º. Santiago, Enero-Abril de 1972, pp. 68 y sgts.
 CARRARA, FRANCISCO: *Programa de Derecho Criminal*, traducción de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, 1956.
 CARRARA, FRANCISCO: *Grado en la fuerza física del delito*, en *Opúsculos de Derecho Criminal*, traducción por Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, Buenos Aires, 1955, tomo I, pp. 237 y sgts.
 CERZO MIR, JOSÉ: *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho Penal español*, separata del *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1975.
 CÓRDOBA RODA, JUAN y RODRÍGUEZ MOURULLO GONZALO: *Comentarios al Código Penal*, Barcelona-Caracas-México, 1976.
 CURY URZÚA, ENRIQUE: *Orientación para el estudio de la teoría del delito*, Santiago, 1973.
 DEL RÍO C., RAIMUNDO: *Derecho Penal*, Santiago, 1935.
 DEL RÍO C., RAIMUNDO: *Elementos de Derecho Penal*, Santiago, 1939.
 DOHNA, ALEXANDER GRAF ZU: *La estructura de la teoría del delito*, traducción de la 4ª edición alemana por Carlos Fontán Balestra con la colaboración de Eduardo Friker, Buenos Aires, 1960.
 ETCHEBERRY O., ALFREDO: *Derecho Penal*, 2ª edición, Santiago, 1976.
 GARRIDO MONTT, MARIO: *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago, 1984.
 GARRIDO MONTT, MARIO: *El homicidio y sus figuras penales*, Santiago, 1978.
 GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966.
 CRISOLÍA C., FRANCISCO: *La comunicabilidad en los delitos de malversación y fraude en Revista de Ciencias Penales*, tomo XXXIV N° 1, Santiago, Enero-junio de 1975, pp. 3 y sgts.
 JESCHECK, HANS-HEINRICH: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeinen Teil*, Berlín, 1969.
 JESCHECK, HANS-HEINRICH: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción y adiciones de derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1981.

⁵⁸ Más arriba, II, a).

- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *La ley y el delito. Principios de Derecho Penal*, 3ª edición, México, Buenos Aires, 1959.
- LABATUT GLENA, GUSTAVO: *Derecho Penal*, 8ª edición actualizada por Julio Zenteno V., Santiago, 1979.
- LATAGLIATA, ANGELO RAFFAELE: *El concurso de personas en el delito*, traducción y notas de Carlos A. Tozzini, Buenos Aires, 1967.
- LIZT, FRANZ VON: *Tratado de Derecho Penal*, traducido de la 18ª edición alemana y adicionado con la historia del Derecho Penal en España, por Quintiliano Saldaña, Madrid, 1929.
- MAURACH, REINHART: *Tratado de Derecho Penal*, traducción y notas de derecho español por Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962.
- MEZGER, EDMUNDO: *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 2ª edición alemana (1933) y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, adicionada y puesta al día por José Antonio Quintano Ripollés, Madrid, 1957.
- MEZGER, EDMUNDO: *Derecho Penal. Parte General. Libro de estudio*, traducción de la 6ª edición alemana (1955), por Conrado A. Fenzi, Buenos Aires, 1958.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: *Teoría general del delito*, Bogotá, 1984.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO: *Curso de Derecho Penal Chileno*, Santiago, 1960-1966.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO: *Algunas consideraciones acerca del concurso de personas en un hecho punible*, separata de la *Revista de Ciencias Penales*, tomo XXII, Nº 1, Santiago, 1964.
- ORTIZ, PEDRO: *Nociones generales de Derecho Penal*, Santiago, 1933.
- PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO: *El Código Penal concordado y comentado*, 4ª edición, Madrid, 1870.
- PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO: *Estudios de Derecho Penal. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840*, 3ª edición, Madrid, 1870.
- PEÑA WASAFF, SILVIA: *Autoría y participación en el delito*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 3, Valparaíso, Diciembre de 1972, pp. 85 y sgts.
- QUINTANO RIPOLLÉS, ANTONIO: *Curso de Derecho Penal*, Madrid, 1963.
- QUINTEROS OLIVARES, GONZALO: *Introducción al Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1981.
- RODRÍGUEZ DEVESEA, JOSÉ MARÍA: *Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, 1979.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *El autor mediato en Derecho Penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXII, Fascículo III, Madrid, 1969, pp. 461 y sgts.
- ROXIN, CLAUS: *Tätertschaft und Tatherrschaft*, 2ª edición, Hamburg, 1967.
- ROXIN, CLAUS: *Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal*, traducción por Enrique Bacigalupo, en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho. Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, pp. 55 y sgts.
- ROXIN, CLAUS: *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1972.
- SCHMIDHAUSER, EBERHARD: *Strafrecht. Allgemeinen Teil. Lehrbuch*, Tübingen, 1970.
- SCHÖNKE, ADOLF - SCHRÖDER, HORST: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 1972.
- SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho Penal Argentino*, 6ª reimpresión total, Buenos Aires, 1973.
- WEBER, HELLMUTH VON: *Para la estructuración del sistema de Derecho Penal*, traducción de Eugenio Raúl Zafaroni, en *Nuevo Foro Penal*, Nº 13, Bogotá, 1982, pp. 570 y sgts.
- WELZEL, HANS: *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª edición, traducción del alemán por Juan Bustos R. y Sergio Yáñez P., Santiago, 1970.
- YÁÑEZ PÉREZ, SERGIO: *Problemas básicos de la autoría y de la participación en el Código Penal Chileno*, en *Revista de Ciencias Penales*, tomo XXXIV, Nº 1, Santiago, Enero-junio de 1975, pp. 49 y sgts.
- ZAFARONI, EUGENIO RAÚL: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 1982.