

AUTORÍA MEDIATA Y TENTATIVA*

JAIME NÁQUIRA RIVEROS**
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

El “hombre de atrás” (autor mediato) realiza el tipo penal a través del “hombre de adelante” (instrumento ejecutor). La tentativa implica el “principio de ejecución” de un crimen o simple delito, conducta que debe ser imputable al autor; en consecuencia, ¿a partir de qué momento se configura el “principio de ejecución” del delito en el caso de la autoría mediata?

PALABRAS CLAVE: Autoría mediata – principio de ejecución – “hombre de atrás” – “hombre de adelante”.

ABSTRACT

The “man in the background” (mediate perpetrator) commits the offense through the “man in the foreground” (actual perpetrator). The attempt implies the “principle of perpetration” of a serious crime or minor offense – a conduct that should be imputed to the perpetrator; consequently, when is the “principle of perpetration” of the offense formed in the case of mediated perpetration?

KEY WORDS: Mediate perpetration – principle of perpetration – “man in the background” – “man in the foreground”.

* Trabajo presentado en las “Primeras Jornadas de Derecho Penal y Ciencias Penales” celebradas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, los días 18 a 20 de noviembre de 2004, en conmemoración del centésimo décimo aniversario de la fundación del Curso de Leyes de los Sagrados Corazones de Valparaíso, actual Escuela de Derecho de la mencionada Universidad.

** Catedrático de Derecho Penal, Criminología y Psicología Jurídica. Director del Departamento de Derecho Penal y del Programa de Criminología de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Alameda 340. Santiago. Correo electrónico: jnaquira@puc.cl

En la actualidad, hablar de autoría mediata supone hacer una referencia obligada a la doctrina del dominio del hecho, que ha sido la que de mejor manera ha fundamentado su punibilidad. No obstante, si bien la doctrina dominante admite, con mayor o menor extensión, la autoría mediata, no han faltado quienes creen que ella sólo puede reconocérsela en la medida que el legislador penal, de manera expresa, así lo haya establecido; de lo contrario, dicha modalidad de autoría carecería de sustento legal positivo (Olmedo Cardenete).

En términos generales, es autor mediato quien, cumpliendo todos los requisitos típicos, en forma libre y sobre la base de un error, coacción, situación de superioridad o de poder, domina la voluntad del sujeto que realiza de forma inmediata o de propia mano la acción típica prohibida (instrumento ejecutor) (Roxin).

El autor mediato no tiene un dominio basado en la ejecución inmediata (o de propia mano) de la acción delictiva, sino “en el poder de la voluntad conductora” lo que se puede configurar, según Roxin, en diversas situaciones v.gr. de coacción, error o de superioridad o poder.

Ejemplo. A (autor mediato) decide dar muerte a B, para lo cual y a través de una coacción seria y grave, determina a un tercero C (instrumento ejecutor) para que materialice el delito de homicidio.

1. *Del principio de ejecución en la autoría mediata*

La fórmula del “principio de ejecución” tiene su origen en el Código francés de 1810, y su fundamento fue la doctrina del liberalismo, fórmula acogida normalmente por diversos códigos penales (v. gr. Perú, art. 16; Argentina, art. 42; Brasil, art. 14; Bolivia, art. 8; Chile, art. 7; Colombia, art. 22; España, art. 16). Con dicha fórmula, se pretende excluir absolutamente del ámbito de lo jurídico-penalmente relevante la fase interna del *iter criminis: cogitationes poenam nemo patitur*. Además, no cualquier exteriorización de una resolución delictiva puede, por ese sólo hecho, ser objeto de sanción penal. La primacía axiológica de la libertad individual frente a los intereses estatales o sociales, determina que aquella sólo puede coartarse si su ejercicio implica un atentado contra un tercero, lo cual puede ser considerado el fundamento material del “principio de lesividad”: sólo una conducta peligrosa, que lesiona o pone en peligro un bien jurídico protegido puede ser sancionada penalmente.

Desde otra perspectiva, y complementaria de la anterior, no cabe duda ninguna que aquella fórmula constituye una garantía para la “seguridad jurídica” toda vez que impide que el legislador penal pueda anticipar la punibilidad a momentos o actos distantes de la consumación. El indudable carácter liberal de la fórmula que postula la exclusiva punición de los actos ejecutivos llevó a Jiménez de Asúa a sostener que la punición o impunidad de los actos preparatorios constituye “el termómetro que mide el calor de las convicciones liberales”.

2. *El problema*

La particular estructura que asume, en los hechos, la realización del delito a través de la autoría mediata permite explicarse la discusión doctrinaria. En efecto, el autor mediato no ejecuta personalmente o de propia mano el hecho típico; su

ejecución material se lleva a cabo, por regla general, por el instrumento ejecutor. Ahora bien, como dicho instrumento, sobre la base del error o la coacción, se encuentra en un contexto de falta de libertad, no es –o no es sólo– a quien se hace responsable del delito, sino que éste se imputa al autor mediato como una obra propia por su especial dominio sobre la voluntad y el actuar típico del instrumento ejecutor. Si se examina, desde una perspectiva valorativa, el proceso causal del que forman parte las actuaciones del autor mediato y del instrumento ejecutor, llegamos a la conclusión que, por regla general, los actos desarrollados por el autor mediato sólo pueden ser calificados de “preparatorios”; en cambio, los realizados por el instrumento ejecutor pueden ser “preparatorios” o “ejecutivos” del delito de que se trate. En efecto, en la realidad, objetiva y materialmente, quien “mata”, “lesiona” o “se apropia de un bien” es el instrumento ejecutor (no el autor mediato).

Por otro lado, la tentativa existe para la ley penal chilena cuando “el culpable de principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos...” En la estructura de la autoría mediata “el culpable” es el autor mediato, razón por la que podríamos inclinarnos a considerar que el comienzo de ejecución debería vincularse a su conducta (solución del autor mediato). Sin embargo, el autor mediato no ejecuta de propia mano el hecho típico, su comportamiento se limita a generar y determinar la instrumentalización de un tercero (acto preparatorio) quien, de hecho, ejecutará la acción típica prohibida, la cual se encuentra vinculada con la actuación del autor mediato; en consecuencia, podríamos suponer que el principio de ejecución debe estar referido a la conducta del instrumento ejecutor (solución del instrumento ejecutor). En síntesis, el dilema se puede formular en los siguientes términos: ¿quién debe protagonizar el principio de ejecución? ¿el instrumento ejecutor a pesar que no es el autor del hecho delictivo? ¿el autor mediato a pesar que no ejecuta el hecho típico prohibido?

3. Criterios doctrinales de solución

3.1. Solución del autor mediato o solución individual

En términos generales, los partidarios de esta solución sostienen que el comienzo de la tentativa vendría dado con el inicio de la incidencia directa o la determinación del autor mediato sobre el instrumento ejecutor (Bockelmann, Baumann, Rodríguez Mourullo, Feijoo Sánchez). En el medio nacional, penalistas destacados han señalado: “...para los efectos de la *tentativa*, *el autor mediato* da comienzo a la ejecución del delito cuando logra el control del instrumento a utilizar, poniendo de este modo en peligro el bien jurídico protegido, aunque el instrumento no haya realizado por sí mismo ningún hecho que, aisladamente, pueda considerarse como de *ejecución del delito*” (Politoff)¹. “...el hecho se principia a ejecutar –y hay, por consiguiente, tentativa punible– cuando el autor mediato comienza a influir sobre el instrumento...” (Cury)². De manera indi-

¹ POLITOFF, Sergio, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, Parte General (Ed. Jurídica de Chile, 2003), p. 399

² CURY, Enrique, *El concurso de delincuente en general*, en *Problemas Actuales de Derecho Penal* (Ed. Universidad Católica de Temuco, 2003), p. 21.

recta, al comentar de manera crítica la distinción que haría Cury entre acción individual o colectiva, afirma: “[...] si Primus entrega la caja de chocolates a Secundus, ignorando este último su finalidad, o sea, cuando cumple el encargo (de llevar los chocolates envenenados a un tercero) en forma inocente, hay tentativa, lo que es indiscutible [...]” (Garrido)³. En los casos en que el autor mediato no incide sobre el instrumento y se limita a crear un foco de peligro en el contexto donde éste actúa, de aceptarse que ellos pueden configurar autoría mediata, la tentativa comenzaría con la última actuación del autor mediato encaminada hacia la producción del resultado (Schilling, Herzberg, Puppe, Maurach/Gössel/Zipf).

La fundamentación de esta solución se basa:

a) En el plano político-criminal, esta solución persigue maximizar la función preventiva del *ius puniendi*, anticipando la punición a conductas que, por regla general, están alejadas de un peligro inmediato y relevante para el bien jurídico (actos preparatorios), y porque, frente al autor mediato, sólo respecto de ello podría jugar la función motivadora de la norma penal y no cuando éste ha dejado de obrar.

b) En el plano de la autoría, el instrumento ejecutor se puede asimilar a un mecanismo o eslabón “ciego o automático” que forma parte de la actuación del autor mediato, razón por la que sólo esta última puede ser jurídico-penalmente relevante toda vez que es el autor quien ha dirigido dolosamente el acontecimiento (Baumann, Schilling).

c) En el plano de la tentativa, la razón de su castigo sería la manifestación de una voluntad hostil hacia el Derecho, la cual ya existiría en la actuación del autor mediato (Schilling, Puppe), o bien, que dicha actuación, habría creado un riesgo o peligro para el bien jurídico (Herzberg, Farre Trepát). Por otro lado, los partidarios de esta concepción sostienen que, de conformidad a la regulación de la tentativa, es el “autor” y no un tercero quien debe iniciarla (Roxin). Además, si la tentativa implica dar principio a la ejecución del hecho injusto típico, de adherir a la solución del instrumento ejecutor, se podría dar el absurdo en aquellas situaciones en las que, en aquel preciso momento el autor mediato no tuviere conciencia de ello por encontrarse v.gr. ausente del lugar o inconsciente, lo que se opondría a la exigencia de que la tentativa debe estar guiada por un dolo de realización del resultado, el cual debe ser actual y acompañar a la acción ejecutiva (Roxin).

3.2. Solución del instrumento ejecutor o solución global

La tentativa, por regla general, sólo puede comenzar con la actuación del instrumento ejecutor porque es éste quien, en los hechos, daría principio a la ejecución de la conducta típica prohibida.

La fundamentación de esta solución doctrinaria se basa:

a) En el plano político-criminal, este criterio de solución busca respetar de

³ GARRIDO, Mario, *Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación* (Ed. Jurídica de Chile, 1984), p. 126.

manera estricta ciertos principios estimados fundamentales por toda la doctrina, v.gr. principio de legalidad-tipicidad, de intervención mínima y de ofensividad. Por ello, esta concepción cree que el *ius puniendi* del Estado debe tener como límite infranqueable la existencia de una conducta relevante para el Derecho penal, es decir, una conducta típica y peligrosa (fundamento objetivo) la que sólo puede configurarse en el proceso ejecutivo de un delito y no en el meramente preparatorio (salvo, las excepciones de la proposición, conspiración o de los llamados delitos preparatorios).

b) En el plano de la autoría, la solución objeto de examen, concibe a la autoría mediata como una especie de “unidad normativa” de una “actuación global”, integrada por la incidencia y determinación del autor mediato sobre el instrumento ejecutor y la acción desarrollada por éste e imputable normativamente al autor mediato como un hecho propio por su especial situación de hegemonía (Küper, Stratenwerth, Kadel, Köhl, Krack). Para estos autores, la utilización de un ser humano como instrumento ejecutor no debe entenderse como equiparable a un “mecanismo causal ciego o automático”; su actividad es un hacer guiado por una voluntad humana y, en modo alguno, se asemeja a una simple máquina. De no entenderse así, la autoría mediata no tendría sentido ninguno ya que no existiría diferencias con el autor inmediato, quien no pierde dicho calificativo, si perpetra el delito valiéndose de instrumentos mecánicos o animales y, respecto de lo cual no es preciso de una especial imputación al autor por aquello logrado por dicha vía (Vogler, Krüger). “El autor mediato ejecuta a través de la persona intermedia, es decir, no antes que ésta” (Frank). Por otra parte, si bien la tentativa requiere de un dolo orientado a la consumación, o aceptación de la posibilidad de un delito determinado, ello no implica que el autor (mediato) tenga una representación constante y actual del lugar, día, hora, minuto a minuto del desarrollo del curso causal que él ha desencadenado, con conocimiento y voluntad, en determinada dirección. En otras palabras, el dolo no exige de su titular que éste sea un “testigo presencial” *in situ* de cada momento del proceso causal desencadenado en dirección a un hecho delictivo determinado. Supongamos que María hornea una torta envenenada para dar muerte a Magali, una rival de amores, a quien va hipócritamente a visitar y le deja el pastel de su preferencia que ha preparado “especialmente” para ella. Si la víctima come la torta que le ha sido obsequiada a las 23,00 hs., y al poco rato muere por efecto del veneno, cuando a esa misma hora María, en su casa, duerme profundamente, o bien, se encuentra viendo una película en la TV e ignora lo que ocurre en la residencia de su enemiga, ¿alguien podría sostener que María no tiene responsabilidad por homicidio doloso porque, al momento de producirse el fallecimiento de la víctima, la autora no tenía conciencia de lo que ocurría en el departamento de aquélla? De no aceptarse la reflexión anterior, habría que concluir que todo “delito a distancia” sólo se puede perpetrar de manera imprudente y no dolosa, afirmación que nadie se atreve a postular por ser absurda.

c) En el plano de la tentativa, esta solución doctrinaria, a diferencia de la anterior, se ajusta, por un lado, a las exigencias de inmediatez y proximidad a la

consumación impuestas por el legislador penal al regular la tentativa, y por otro, vincula la tentativa a la peligrosidad de una acción o a la existencia de un peligro real, actual o inminente para el bien jurídico protegido, todo lo cual, por regla general, sólo puede tener lugar con motivo de la actuación del instrumento y no con la del “hombre de atrás” (Kadel, Vogler, Küper). Según los partidarios de esta doctrina, lo esencial no es la actividad del instrumento en sí misma, sino la “actividad global” en cuanto constituye una “unidad normativa” y es a ella a la que es preciso aplicar la regla general del “principio de ejecución” de la tentativa. En consecuencia, es perfectamente factible que, por vía excepcional, la tentativa comience con la actuación del “hombre de atrás”, y antes que lo haga el “instrumento ejecutor”, si aquella constituye un “principio de ejecución” de la realización del tipo.

4. *Posición personal*

a) La doctrina penal contemporánea reconoce ciertos principios como fundamentales en el sistema penal: principio de legalidad-tipicidad, intervención mínima y ofensividad. Consecuente con dichos principios, la institución de la tentativa sólo puede concebirse como de naturaleza normativa, expresamente tipificada y de carácter único para cualquier modalidad que asuma la autoría; es decir, no es posible postular dos conceptos distintos de tentativa según la clase de autoría de que se trate; de forma tal que toda tentativa requiere, necesaria e inevitablemente, “principio o comienzo de ejecución de un delito” (no de cualquier acto).

Para claridad de nuestra postura, acudamos al ejemplo propuesto al iniciar este trabajo y a lo mejor vemos con más claridad el defecto de la solución que criticamos. El hombre de atrás logró determinar al hombre de adelante en Santiago y éste debe viajar, al día o semana siguiente, en auto, tren o avión para cubrir la distancia de 1.000 kms. y llegar a la ciudad donde vive la víctima. Según la solución del autor mediato, para algunos desde el momento en que el hombre de atrás empieza a incidir en el de adelante (sin saber aún del resultado de su gestión), habría tentativa; para otros, una vez que el hombre de adelante está resuelto y determinado a actuar conforme lo ha requerido el autor mediato, todo lo cual ha tenido lugar en la ciudad de Santiago. Pues bien, ¿se puede sostener en forma razonable y con fundamento objetivo, que desde cualquiera de los momentos antes señalados, el hombre de atrás ha “princiado a matar” a su víctima? Si la respuesta es afirmativa, acreditado el hecho de la determinación del instrumento ejecutor por parte del hombre de atrás, éste puede y debe ser procesado y condenado por homicidio doloso en grado de tentativa, aunque, el hombre de adelante aún no haya abandonado Santiago, no haya viajado a la ciudad donde se encuentra la víctima, no la haya ubicado, ni adquirido aún el arma para perpetrar el homicidio. Por otro lado, toda la doctrina nacional considera que, tratándose de autoría directa, sólo existe tentativa desde el momento en que el autor apunta con dolo de homicidio a su víctima (y no antes); porque, sólo a partir de ese instante se puede sostener que existe una acción peligrosa para el bien jurídico vida, lo cual es algo razonable y objetivamente fundado. Por

ello, todas las actuaciones protagonizadas por el autor y previas a aquel momento (apuntar con el arma a la víctima) tales como la adquisición del arma una hora antes, su desplazamiento hasta el lugar donde se encontrará la víctima, el ubicarse diez minutos en el lugar por donde pasará ella y el cargar el arma cinco minutos antes de apuntar son, indiscutiblemente para la doctrina dominante, actos preparatorios y no ejecutivos porque, aún con ellos, todavía no se ha principiado a matar.

b) De cara a una legislación penal que, por regla general, no sanciona los actos preparatorios, no es factible adoptar la solución del “autor mediato” porque implicaría una violación a aquella decisión político-criminal y jurídico-penal antes indicada, y con ello, al principio constitucional de reserva o legalidad. En efecto, para el legislador penal, los actos preparatorios por regla general son impunes, salvo aquellos que excepcionalmente ha tipificado v. gr. la proposición o conspiración y respecto de ciertos delitos. Lo anterior explica por qué en el sistema penal chileno no es punible v. gr. la proposición o conspiración para cometer homicidio, lesiones, violación o un atentado contra la libertad o la propiedad. Ahora bien, si adoptamos la solución del “autor mediato” para establecer la tentativa en un delito de homicidio en que el “sujeto de atrás”, v. gr. mediante coacción, ha logrado determinar al “sujeto de delante” a dicho delito y éste aún no ha comenzado a actuar, en los hechos lo único que hasta ese momento existe es una proposición aceptada la que, en el código penal chileno, es impune. No obstante, por la aplicación de la doctrina objeto de examen, se estaría extendiendo “*contra legem*” la punibilidad desde la ejecución al ámbito de la simple preparación. En otras palabras, la autoría mediata sería considerada más peligrosa que la autoría directa, lo que fundamentaría, respecto sólo de aquella y como regla general, la punibilidad de una proposición aceptada o conspiración para cometer v.gr. un delito contra las personas, lo que es absolutamente impensable, por atipicidad, en la autoría inmediata o directa para el caso en que el proponente esté comprometido a desempeñar el rol de coautor en el delito propuesto.

c) Fácticamente una proposición aceptada, y antes que el aceptante actúe, lo único que implica en este último es la formación de una resolución delictiva que espera llevar a cabo por determinación del proponente. Pues bien, empíricamente, una instigación consumada, y antes que el inducido actúe, al igual que en la proposición aceptada, lo único que ella implica en él es la formación de una resolución delictiva que espera llevar a cabo por inducción del instigador. En pocas palabras, en el plano de los hechos, ambas son semejantes en cuanto al nacimiento de una decisión delictiva en la persona de quien aceptó la proposición o la inducción y, además, hasta ese momento, en ambas situaciones, dicha resolución delictiva no ha comenzado a materializarse. Toda vez que la persona inducida (eventual autor directo) aún no “principia la ejecución” del delito inducido, el legislador penal deja en suspenso la responsabilidad del hombre de atrás hasta que aquella tenga lugar, única forma de respetar los principios de accesoriidad, tipicidad y lesividad. Pues bien, si en la autoría mediata, el instrumento ejecutor todavía no ha actuado ni con actos preparatorios ni ejecutivos

respecto del delito que espera concretar, ¿no parece razonablemente justo, sobre la base del respeto de los principios de tipicidad y lesividad, dejar la responsabilidad del autor mediato en suspenso al igual que respecto del inductor? No hay que olvidar que el autor mediato asume la responsabilidad, como algo propio, de la ejecución típica realizada por el instrumento ejecutor. Si éste nada ejecuta ¿qué se le imputa al autor mediato? ¿su propia resolución delictiva y la del instrumento ejecutor (una inducción o proposición aceptada)? Si el autor mediato no realiza ninguna acción típica, es posible afirmar que su conducta “objetivamente” ha comenzado a ejecutar el delito de que se trate? ¿dónde queda el fundamento objetivo que se supone tiene toda tentativa: el peligro? Somos de opinión que político-criminalmente y jurídico-penalmente no hay fundamento objetivo que permita discriminar entre ambas hipótesis.

Por otro lado, la doctrina nacional dominante suele postular una concepción estricta (o restringida) sobre la autoría y una interpretación de igual carácter sobre la ley penal. En el caso de la tentativa, ¿es posible postular, respecto de ella, indistintamente, una interpretación estricta o extensiva? Pues bien, una doctrina partidaria de un garantismo-penal y como una forma de ser consecuente con los postulados indicados, ¿no debería alejarse de la solución del autor mediato toda vez que ella compromete seriamente principios fundamentales tales como legalidad-tipicidad, intervención mínima u ofensividad y, en cambio, suscribir la solución del instrumento ejecutor que los respeta plenamente? A nuestro entender, la respuesta no puede ser sino una, y ya la hemos desarrollado en este trabajo.

[Recibido el 10 de marzo y aceptado el 30 de abril de 2005].