

REVISTA DE DERECHO
DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE VALPARAÍSO
(fundada en 1977)

XXXIV

2010

1^{er} SEMESTRE

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Facultad de Derecho

Revista de Derecho
 de la

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE VALPARAÍSO (= *RDPUCV*)
 XXXIV (Valparaíso, Chile, 1º semestre de 2010)

Registro: inscripción N° 766.207 y N° 766.210

ISSN (versión impresa): 0716-1883

ISSN (versión en línea): 0718-6851

Correspondencia académica	Correspondencia comercial
al Consejo de Edición: <i>Escuela de</i>	a: <i>Ediciones Universitarias de Val-</i>
<i>Derecho de la Pontificia Universidad</i>	<i>paraíso</i> , Casilla 1415, Valparaíso
<i>Católica de Valparaíso</i> , Casilla 4059,	2374634, Chile.- Fax: (56-32) 2
Valparaíso, Chile.- Fax (56-32) 2	273429.- Teléfono: (56-32) 2 273
273 430.- Teléfono: (56-32) 2 273	087.- Correo electrónico: <i>euvsa@</i>
304.- Correo electrónico: <i>dirder@</i>	<i>ucv.cl</i>

Artículos ofrecidos a publicación en este volumen: 32

Artículos aceptados para su publicación en este volumen: 21

El "Índice de autores y artículos" de todos los números de la *Revista* se
 ve en: www.derecho.ucv.cl ["Publicaciones/ Índice"]

ÍNDICE

del volumen XXXIV, del 1º semestre de 2010

PRESENTACIÓN [7 - 10]
PRESENTATION [11 - 13]
DATOS DE CATALOGACIÓN INTERNACIONAL [15]
CONSEJO CIENTÍFICO INTERNACIONAL [17]
CONSEJO DE EDICIÓN [18]
NORMAS DE REDACCIÓN [19 - 23]
GUIDELINES FOR WRITERS [25 - 29]
SIGLAS Y ABREVIATURAS [31]

ESTUDIOS

1. *Derecho privado*

BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *Jurisprudencia por daños en estacionamiento de vehículos regido por la "Ley del consumidor"* ["Jurisprudence Based on the "Consumer Law" Regarding Damages in Parking Lots"] [39 - 74]

DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, *Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información* ["Typical and Atypical Precontractual Duties of Information"] [75 - 99]

GUZMÁN BRITO, Alejandro, *El derecho real de prenda sin desplazamiento* ["In rem Right on Pledge without Displacement"] [101 - 159]

PIZARRO WILSON, Carlos, *Daños en la construcción, fuerza mayor y terremotos* ["Damage to Construction, Force Majeure and Earthquakes"] [161 - 176]

2. *Derecho del trabajo*

CAAMAÑO ROJO, Eduardo, *Mujer y trabajo: origen y ocaso del modelo del padre proveedor y la madre cuidadora* ["Woman and Work: Source and Decline of the Provider Father and the Care-giving Mother Model"] [179 - 209]

3. *Derecho penal*

ALFLEN DA SILVA, Pablo Rodrigo, *El delito de desaparición forzada de personas y el Derecho penal brasileño* ["The Crime of Enforced Disappearance of Persons and the Brazilian Criminal Law"] [213 - 226]

CABEZAS CABEZAS, Carlos, *Los delitos de conducción bajo la ingesta de alcohol o sustancias estupefacientes como delitos de peligro* ["Driving Offences under Alcohol Influence or Mood Altering Substances as Crimes of Endangerment"] [227 - 280]

CÁRDENAS ARAVENA, Claudia, *La cooperación de los Estados con la Corte Penal Internacional a la luz del principio de complementariedad* ["States' Cooperation with the International Criminal Court in the Light of the Principle of Complementarity"] [281 - 304]

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica* ["Criminal-Legal and Criminal-Political Issues Regarding Gender and Domestic Violence Regulation"] [305 - 347]

DEL RÍO FERRETTI, Carlos, *Das formas discutibles de poner en duda el*

carácter cognoscitivo de la aplicación judicial del Derecho penal: el principio del consenso y la garantía de la no agravación punitiva ["Two Arguable Ways to Question the Cognitive Character of the Legal Implementation of Criminal Law: the Principle of Consensus and the Guarantee of Punitive Non-Agravation"] [349 - 383]

MAÑALICH, Juan Pablo, *La estructura de la autoría mediata* ["The Structure of Indirect Perpetration"] [385 - 414]

OSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La faz subjetiva del tipo de parricidio* ["The Subjective Aspect of the Legal Classification of Parricide"] [415 - 457]

PRAMBS, Claudio, *¿Es posible sancionar las lesiones y el homicidio en concurso ideal?* ["Can Damages and Manslaughter be Punished in an Ideal Agreement?"] [459 - 474]

VARGAS PINTO, Tatiana, *La determinación judicial de la sanción penal juvenil* ["Judicial Determination of Criminal Sanctions for Juvenile Offenders"] [475 - 501]

4. *Derecho procesal*

SALETTI, Achille, *L'esecuzione processuale indiretta nella riforma del "Codice di procedura civile" italiano dal 2009* ["The Indirect Execution of Judgment in the Reform of the Italian Code of Civil Procedure of 2009"] [505 - 520]

5. *Derecho constitucional*

NÚÑEZ POBLETE, Manuel A., *El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno* ["Neoconstitutionalism and Appeal to Values in the Jurisprudence of the Chilean Constitutional Court"] [523 - 541]

6. *Derecho administrativo*

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel, *Régimen jurídico del intercambio de animales y sus productos en la Unión Europea y en España* ["Legal System Regarding Trade of Animals and their Products in the European Union and Spain"] [545 - 568]

7. *Derecho ambiental*

BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *El acceso a la información pública y la justicia ambiental* ["Access to Public Information and to Environmental Justice"]

[571 - 596]

URRUTIA SILVA, Osvaldo, *El régimen jurídico internacional del cambio climático después del "Acuerdo de Copenhague"* ["The International Climate Change Legal Regime Subsequent to the "Copenhagen Accord""] [597 - 633]

8. Derecho canónico

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Victoria, *Los principios generales de oralidad y escritura en el proceso canónico según la instrucción "Dignitas connubii"* ["Oral and Written General Principles in the Canonical Process According to the Instruction 'Dignitas connubii'"] [637 - 663]

9. Teoría del Derecho

BUENO, Roberto, *John Rawls e a teoria da justiça revisitada* ["John Rawls and the Theory of the Revisited Justice"] [667 - 697]

Revista de Derecho
de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
XXXIV (Valparaíso, Chile, 1º Semestre de 2010)
[pp. 385 - 414]

LA ESTRUCTURA DE LA AUTORÍA MEDIATA* ["The Structure of Indirect Perpetration"]

JUAN PABLO MAÑALICH**
Universidad Adolfo Ibáñez, Viña del Mar - Santiago, Chile

RESUMEN

El artículo ofrece una reconstrucción de la estructura de la imputación de una autoría mediata, sobre la base de una determinada aproximación a la teoría de las normas, de orientación analítica, y en referencia directa a la doctrina alemana. El primer paso está constituido por una clarificación de la posición de la autoría mediata como modalidad específica de infracción de deber a título principal, cuya particularidad se encuentra en la exigencia de que el hombre de adelante, a través de cuyo comportamiento tiene lugar la realización del tipo delictivo, obre bajo un déficit de responsabilidad,

ABSTRACT

This article sets forth a reconstruction of the structure of the accusation of indirect perpetration based on a certain approach to the theory of rules, of analytical orientation, and in direct reference to the German doctrine. The first step consists in clarifying the indirect perpetration position as a specific modality of offense mainly, related to breach of duty, characteristic of which is that the direct perpetrator, through whose behavior the offense is carried out, acts under lack of liability, without having this engage his action capability from all points of view. This gives us

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentado como conferencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, en octubre de 2009. Agradezco nuevamente al Prof. Dr. Guillermo Oliver por su muy generosa hospitalidad.

** Doctor en Derecho, Universidad de Bonn (2008); licenciado en Ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile (2004); profesor de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez; profesor invitado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Dirección postal: Santa María 076, 4º piso, Providencia, Santiago. Correo electrónico: jpmanalich@derecho.uchile.cl

sin que esto comprometa su capacidad de acción desde todo punto de vista. Ello ofrece la clave para, en un paso siguiente, determinar exactamente el alcance del así llamado principio de responsabilidad, que se traduce en la exigencia de que el hombre de atrás resulte competente por el déficit de responsabilidad del hombre de adelante. En la última parte se examina detalladamente en qué puede consistir, más precisamente, este defecto de responsabilidad, de la mano de lo cual se analizan, diferenciadamente, diversas constelaciones de autoría mediata. El trabajo concluye con una crítica a la así llamada teoría de los delitos de infracción de deber a propósito de los casos de autoría mediata por actuación de un instrumento doloso no cualificado.

PALABRAS CLAVE: Autoría Mediata – Principio de Responsabilidad; Defectos de Imputación; Defectos de Antinormalidad; Delitos Especiales; Infracción de Deber.

the clue to exactly determine, next, the reach of the so called principle of liability that means that the indirect perpetrator becomes qualified due to lack of liability of the direct perpetrator. The last part of this work examines, in detail, what this defect of liability is. Together with this we analyze, separately, several clusters of indirect perpetration. This work concludes with a criticism to the so called theory of crimes related to breach of duty in terms of the indirect perpetration cases committed by a non qualified fraudulent instrument.

KEYWORDS: Indirect Perpetration – Principle of Liability; Defects in the Accusation; Antinormative defects; Special Offenses; Breach of Duty.

I. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN COMO MODALIDADES DE INFRACCIÓN DE DEBER

El autor mediato no realiza acción ejecutiva alguna, de lo contrario cada separación conceptual llevaría *ad absurdum*. El autor mediato es, sin embargo, autor. La condición de ser autor no descansa en un hallazgo descriptivo, sino en una valoración. El responsable es determinado, él no ha ejecutado el hecho, pero éste le es imputado. Cuando se habla de su "hecho", esto ha de entenderse en sentido normativo, esto es, el hecho por el cual él es responsable¹.

¹ WEIDENKOPF, Andreas, *Anstiftung oder Urheberchaft?* (tesis doctoral, Freiburg, 1930), p. 47, quien a continuación, no obstante, propone una concepción unitaria de la autoría de *lege ferenda*, según la cual sería autor aquel "a quien el hecho es imputable inmediatamente", lo cual comprendería tanto la autoría directa como la mediata (pp. 57 ss., 66 ss.). Esto no altera el hecho, sin embargo, de que Weidenkopf todavía reconociera como irrenunciable la distinción entre comisión de propia mano y comisión mediante la ejecución por un instrumento (cf. p. 60).

En esta temprana toma de posición de Andreas Weidenkopf se expresa una cierta concepción de la estructura de la así llamada autoría mediata, que es fundamentalmente divergente de los criterios postulados por la todavía dominante teoría del dominio del hecho, y cuyos lineamientos básicos habrán de ser desarrollados en lo que sigue. Para esto, sin embargo, es necesario partir tematizando la posición específica que corresponde a la autoría como modalidad de intervención delictiva en un hecho punible, así como la posición específica que corresponde a la autoría mediata como forma de autoría jurídico-penalmente relevante.

Las distintas formas de intervención delictiva en el hecho punible representan modos a través de los cuales puede imputarse una realización típica en el marco de la intervención de varias personas en el mismo hecho. "Intervención" constituye, por ello, una categoría de imputación, de manera tal que las diferentes formas de intervención delictiva pueden ser entendidas como modalidades de imputación personal de la realización de un tipo delictivo². La distinción dogmática entre autoría y participación se sigue de una diferenciación de dos formas de infracción de deber, las cuales fundamentan el respectivo "injusto de la acción": "autoría" es el resultado de la imputación de una realización típica como hecho propio en virtud de la infracción de un deber primario; "participación", en cambio, el resultado de la imputación de una realización típica como hecho ajeno en virtud de la infracción de un deber secundario, esto es, de un deber no posibilitar o favorecer la infracción de deber primario por parte del autor.

La pregunta por la demarcación dogmática entre autoría y participación, entonces, es una pregunta acerca de la demarcación de una competencia primaria y una competencia secundaria por la evitación de la realización del tipo delictivo, en circunstancias que la realización del tipo delictivo, que es el supuesto de hecho de la respectiva norma de sanción, tiene lugar a través de un comportamiento que contraviene la correspondiente norma de prohibición o de mandato cuyo quebrantamiento resulta delictivo. Es

² Fundamental Blox, René, *Die Beteiligungform als Zurechnungstypus im Strafrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1985), pp. 293 ss.; KUNDHAUSER, Urs, *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.4.1996 – I StR 14/96 (LG Stuttgart)*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1997), pp. 273 ss.; Vogel, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten* (Berlin, Duncker & Humblot, 1993), pp. 80 ss. Véase también: MARWALD, Manfred, *Aspekte der Einheitslösung*, en KAUFMANN, Arthur y otros (coordinadores), *Festschrift für Paul Bockelmann* (München, C.H. Beck, 1979), pp. 353 ss. Lamentablemente al respecto, desde la perspectiva de la teoría de las normas: MARALICH, Juan Pablo, *Nötigung und Verantwortung* (Baden-Baden, Nomos, 2009), pp. 125 ss.

decir: el comportamiento antinormativo sólo resulta atribuible como hecho propio al autor (o bien a los coautores).

Ahora bien, los elementos de la antinormatividad del comportamiento no determinan la modalidad de imputación correspondiente, con la salvedad de aquellas normas que sólo tienen como destinatarios a personas que ostentan una determinada cualificación personal—esto es, aquellas normas cuyo quebrantamiento imputable constituye un delito especial (propio)—³, así como también aquellas normas cuyo quebrantamiento supone una actuación de propia mano—esto es, cuyo quebrantamiento imputable constituye, precisamente, un delito de propia mano⁴—. Aquí se trata de descripciones de acciones que no son “subjetivamente fungibles”, lo cual excluye, en palabras de Binding, la posibilidad de una “representación en la acción”⁵.

Que la antinormatividad del comportamiento constituya, en principio al menos, una categoría neutral para la imputación no significa, empero, que las cuestiones de imputación del hecho como propio o ajeno carezcan de relevancia pragmática (aunque no lógica) para el establecimiento de la antinormatividad del hecho. Esto, porque—pragmáticamente consideradas—las normas de comportamiento jurídico-penalmente reforzadas han de ser entendidas como razones para la omisión (tratándose de prohibiciones) o ejecución (tratándose de mandatos) de acciones principales⁶. Por ello, la relevancia de la pregunta por la antinormatividad de un comportamiento siempre depende de que éste pueda resultar imputable como hecho propio a alguien. Esta proposición cuenta como una reformulación pragmática de la tesis según la *applicatio legis ad factum*—esto es, la subsunción de un hecho bajo una norma de comportamiento determinada—presupone ya la *imputatio facti*—esto es, la imputación del suceso (eventualmente)

típico como acción u omisión a alguien—⁷. Como autor sólo puede venir en consideración quien está situacionalmente en posición de evitar la respectiva realización del tipo de modo conforme a deber, para lo cual un “dominio” fáctico del suceso tiene que resultar estrictamente irrelevante, en tanto aquí se trata siempre de una pregunta por la imputación del respectivo comportamiento⁸.

Frente a esto, la contribución de un partícipe sólo puede ser entendida, como lo expresa el principio de la accesoriidad de la participación, como una infracción de deber secundaria, constituida por la ejecución u omisión de una acción auxiliar, que posibilita o facilita la realización del tipo delictivo a través de la correspondiente ejecución u omisión de una acción principal del autor (o los coautores). Por esto, la pregunta de si todo comportamiento constitutivo de una determinada modalidad de intervención delictiva ha de ser inmediatamente subsumida bajo el contenido de la norma, por su sola relevancia causal para la realización del tipo, constituye un error categorial⁹. Pues la mera contribución causal a la producción del suceso típico no constituye un criterio de imputación relevante¹⁰. Esto quiere decir, en el ámbito de los así llamados delitos de resultado, que la autoría no depende de que alguien haya puesto una condición causalmente relevante para la explicación del resultado, sino de a quién puede imputarse la producción causal del resultado, interpretada como acción principal, a título de hecho propio. Lo cual significa, entonces, que la mera contribución causal de un comportamiento no representa un criterio de autoría jurídico-penal¹¹.

⁷ Véase sólo: HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Zurechnung* (Berlin, Walter de Gruyter, 1976), pp. 30 ss. Al respecto: MANALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 49 ss., 131 ss.

⁸ HAAS, Volker, *Kritik der Tatherrschaftslehre*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 119 (2007), pp. 523 ss.

⁹ YA ENGELICH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1931), pp. 74 ss.

¹⁰ Fundamental: KINDHAUSER, Urs, *Intentionale Handlung* (Berlin, Duncker & Humblot, 1980), pp. 93 ss. Véase también EL MISMO, *Gefährdung als Straftat* (Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1989), pp. 83 s. Desde una perspectiva diferente en cuanto a la teoría de la acción, asimismo DAVIDSON, Donald, *Handlung und Ereignis* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985), pp. 73 ss.: las relaciones causales pueden sin más conducir a que una determinada acción reciba una nueva descripción—en el sentido del así llamado “efecto acordeón”—por referencia a alguna de sus consecuencias causales; pero respecto de la pregunta de si a alguien puede atribuirse un determinado evento atómico como acción “elemental”, la noción de causalidad no aporta respuesta alguna.

¹¹ YA BINDING, Karl, *Abhandlungen* cit. (n. 4), I, pp. 270 ss.

³ KINDHAUSER, Urs, *Anmerkung*, cit. (n. 2), p. 274; EL MISMO, *Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft*, en BOHNERT, Joachim y otros (coords.), *Verfassung - Philosophie - Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach* (Berlin, Duncker & Humblot, 2001), pp. 650 s.

⁴ JOERDEN, Jan, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (Berlin, Duncker & Humblot, 1988), pp. 82 ss. Véase también: KENZIKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1997), pp. 33 s. YA BINDING, Karl, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen* (München - Leipzig, Duncker & Humblot, 1915), I, pp. 265 ss.

⁵ BINDING, Karl, *Abhandlungen*, cit. (n. 4), p. 270.

⁶ KINDHAUSER, Urs, *Anmerkung*, cit. (n. 2), p. 274; también EL MISMO, *Mittäterschaft* cit. (n. 3), pp. 638 ss.; VOGEL, Joachim, cit. (n. 2), p. 74; MANALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 129 ss. Acerca de la distinción analítica entre acciones principales y acciones auxiliares, VON WRIGHT, Georg Henrik, *Handlung. Norm und Intention* (Berlin, Walter de Gruyter, 1977), pp. 56 ss.

II. LA FUNCIÓN CONSTITUTIVA DE LA AUTORÍA MEDIATA

La así llamada autoría directa es la forma más evidente de autoría. Aquí se encuentra, precisamente, la base para el "derecho primogenito" de la comisión delictiva de propia mano¹². Pues la afirmación de una autoría directa depende exclusivamente de que la realización del tipo delictivo correspondiente sea plenamente imputable a la persona cuyo comportamiento inmediato lo realiza "de propia mano". Esto no quiere decir, ciertamente, que la fundamentación de una autoría directa no constituya una pregunta de imputación. Más bien, de lo que se trata es que la atribución de autoría directa no descansa en criterios de imputación distintos de aquellos criterios generales de los cuales depende el reconocimiento de un injusto culpable predicable del comportamiento de una determinada persona.

El aspecto de la fundamentación y distribución de competencia por la evitación de una misma realización de un tipo delictivo, que es constitutivo para la estructuración de las diferentes formas de intervención delictiva, se vuelve especialmente reconocible en la autoría mediata y en la coautoría. Pues ambas formas de autoría posibilitan la imputación de un comportamiento *prima facie* ajeno como propio actuar contrario a deber¹³, de modo tal que los criterios correspondientes adquieren una función propiamente constitutiva, y no meramente declarativa¹⁴. Sin tales criterios (explícitos o implícitos) sería imposible la imputación unidireccional –como en la autoría mediata– o bidireccional –como en la coautoría– de un comportamiento *prima facie* ajeno como hecho propio¹⁵.

Que la regulación de la coautoría desempeña una función genuinamente constitutiva resulta manifiesto, de entrada, en atención a que ninguna de las contribuciones individuales de los coautores necesita ser suficiente para realizar, por sí misma, el tipo delictivo correspondiente. Si A amenaza

con un arma a la víctima mientras B sustrae su billetera, ninguna de las dos contribuciones al hecho, aisladamente considerada, es suficiente para la realización del tipo delictivo del robo. La imputación de la realización del tipo como hecho propio a ambos intervinientes, entonces, depende de que a cada uno resulte imputable tanto la propia contribución de propia mano como la contribución del otro, y esto quiere decir: a título de actuar propio.

Lo que aquí interesa, empero, es mostrar que los criterios de imputación de la autoría mediata asumen una función igualmente constitutiva. Esta proposición encuentra resistencia de parte de aquel sector doctrinal que sostiene que la diferencia entre autoría directa y autoría mediata sería puramente fenoménica y, por ende, normativamente irrelevante¹⁶. A modo de ejemplo: A engaña a B diciéndole que pruebe una escopeta, disparando sobre un espantapájaros, que no es tal sino C, un ser humano vivo, lo cual no es advertido por B. De mantenerse aquí la tesis de la plena equivalencia estructural entre la autoría mediata y la autoría directa, la imputación a A de la causación de la muerte de C como hecho propio tendría que sujetarse a la misma fundamentación que una eventual imputación a título de autoría (directa) en caso de que A hubiese efectuado el disparo por sí mismo, es decir, de propia mano. El argumento consiste en que, en ambos casos, "A mata a C". Sin embargo, esta simplificación de las estructuras de agencia subyacentes sólo puede interpretarse como el resultado de un desconocimiento de la fineza analítica de las categorías dogmáticas pertinentes.

La estructura de imputación de la autoría mediata se deja explicar en términos de una revisión de una hipótesis materialista o "naturalista", a saber: que un comportamiento ha de ser atribuido como acción propia a la persona a cuyo movimiento corporal corresponde el comportamiento a ser interpretado como acción¹⁷. Pues la auto-identificación con aquello que es ocasionado a través del propio cuerpo constituye la disposición "por defecto" de cualquier esquema de adscripción de acciones¹⁸. La hipótesis

¹⁶ Véase sólo: HERZBERG, Rolf, *Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen*, en SCHÖNEMANN, Bernd y otros (coordinadores), *Festschrift für Claus Roxin* (Berlin, Walter de Gruyter, 2001), pp. 751 s.

¹⁷ La introducción de la cláusula referida a la posible interpretación del movimiento corporal como acción –bajo alguna descripción verdadera– se explica por el hecho de que lo contrario la adscripción a la persona en cuestión resultaría absolutamente excluida.

¹⁸ Véase: FRANKFURT, Harry, *The Importance of What We Care About* (New York, Cambridge University Press, 1988), pp. 58 s.; EL MISMO, *Taking Ourselves Seriously & Getting It Right* (Stanford, Stanford University Press, 2006), pp. 8 s. En referencia directa a la imputación jurídico-penal: HAUSCHKA, Joachim, *Strukturen*, cit. (n. 7), pp. 15 s.

¹² Así SCHUMANN, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1986), p. 73. En este sentido ya BINDING, Karl, *Abhandlungen*, cit. (n. 4), I, pp. 261 ss.

¹³ BUOY, René, *Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung*, en *Goldschammer Archiv* (1996), pp. 437 s.

¹⁴ Véase sin embargo: SCHILD, Wolfgang, en KINDHAUSER, Urs - NEUMANN, Ulf - PAFFGEN, Hans-Ulrich (coordinadores), *Nomos Kommentar zum StGB* (2ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2005), § 25, n.m. 12, 63, 84.

¹⁵ RENZIKOWSKI, Joachim, cit. (n. 4), pp. 71 s., 101 s.; HOYER, Andreas, en RUDOLPH, Hans-Joachim - HORN, Eckhard - GÜNTHER, Hans-Ludwig - SAMSON, Erich (coordinadores), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (München, Luchterhand, 2004), ante § 25, n.m. 14 s. Véase también KOHL, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5ª edición, München, Vahlen, 2005), § 20/42, 100. Latamente al respecto: MANALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 137 ss.

provisional a favor de la responsabilidad personal en virtud del actuar de propia mano descansa así en lo que cabría llamar la dimensión espacial de tal responsabilidad personal, que consiste en que el propio cuerpo aparece como el "locus de responsabilidad" más inmediato de una persona¹⁹.

Para la autoría mediata resulta decisivo, por esto, que precisamente desde la perspectiva de la descripción del comportamiento que es relevante para la realización del tipo delictivo imputable al autor mediato, ese comportamiento tiene que no resultar plenamente imputable —de conformidad con los mismos criterios de imputación— como infracción de deber culpable a aquel que interviene como agente inmediato, esto es, al "hombre de adelante"²⁰. Pero al mismo tiempo resulta irrenunciable, para que la imputación al hombre de atrás pueda caracterizarse en términos de una autoría mediata, que el "instrumento" sea en todo caso un instrumento actuante. En contra de lo que constituye un lugar común, el elemento esencial de la autoría mediata no se encuentra simplemente en que la realización del hecho típico esté mediada por la intervención de un instrumento humano, sino más bien en que ella esté mediada por la intervención de un instrumento actuante o agente²¹, y precisamente en el sentido de que al hombre de adelante habría resultado plenamente imputable la realización del tipo de no haber actuado bajo el defecto de responsabilidad en cuestión.

La diferencia entre la autoría directa y la autoría mediata no puede ser entendida fenomenológicamente²², sino que ella se sigue, antes bien, de

¹⁹ DAN-COHEN, Meir, *Responsibility and the Boundaries of the Self*, en *Harvard Law Review*, 105 (1992), pp. 977 ss.

²⁰ Al respecto véase: KUNDHAUSER, Urs, *Betrag als verurteilte mittelbare Täterschaft*, en SCHULZ, Joachim - VORMBAUM, Thomas (coordinadores), *Festschrift für Günter Bemmman* (Baden-Baden, Nomos, 1997), pp. 341 ss.

²¹ Véase: BLOY, René, *Grenzen*, cit. (n. 13), pp. 437 s.; KÖPER, Wilfried, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft* (Heidelberg - Hamburgo, R. v. Decker, 1978), pp. 54 s.; EL MISMO, *Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft*, en *JZ*, (1983), pp. 368 s.; KUPFER, Georg, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, en *Goldammer Archiv* (1998), pp. 519 s.; SPENDEL, Günter, *Der "Täter hinter dem Täter": eine notwendige Rechtsfigur?* en WARD, Günter y otros (coordinadores), *Festschrift für Richard Lange* (Berlin, Walter de Gruyter, 1976), pp. 149 s. Lamentablemente respecto de las constataciones de identidad entre víctima e instrumento: FUHRMANN, Heinz-Helmuth, *Das Begehen der Straftat gem. § 25 Abs. 1 StGB* (Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004), pp. 50 ss. Véase sin embargo: WOLF, Gerhard, *Gestufte Täterschaft. Zur Lehre vom "Täter hinter dem Täter"*, en HOFER, Andreas y otros (coordinadores), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder* (Heidelberg, C.F. Müller, 2006), pp. 427 s.: "Un actuar 'a través de otro' (autoría mediata) no existe", quien pretende reducir toda la doctrina de la autoría a un problema de causalidad (p. 421 ss.).

²² Así empero SCHILD, Wolfgang, cit. (n. 14), § 25, n.m. 30.

lo que cabe llamar la lógica de las adscripciones de acciones. Esto tendría que tener consecuencias para el difícil problema de la determinación del inicio de la tentativa en la autoría mediata. Aquí compiten, en lo fundamental—al igual que en el ámbito de la coautoría— dos propuestas teóricas básicas: la así llamada solución global y la así llamada solución individual, conociendo esta última una versión "estricta" y una versión "modificada". De conformidad con la solución global, el inicio de la tentativa ha de identificarse con el disponerse inmediato a la realización del hecho por parte del hombre de adelante²³. Para la solución individual "estricta", en cambio, el inicio de la tentativa ha de encontrarse en el disponerse inmediato del hombre de atrás a incidir, a modo de instrumentalización, sobre el hombre de adelante²⁴, mientras que según la solución individual "modificada" el momento de decisivo tendría que ser aquel en que el hombre de atrás, a consecuencia de su incidencia sobre el hombre de adelante, "suelta de las riendas" del suceso²⁵.

En lo fundamental, la solución individual se corresponde, más allá de la divergencia de sus dos variantes, con el intento de reducir la autoría mediata a la autoría directa. De cara al caso del ejemplo ya mencionado: a través del engaño de A, por el cual B se forma su representación errónea de la situación fáctica, el inicio de la tentativa de homicidio ya estaría dado, con total independencia de si B efectivamente llegó a disponerse a efectuar el disparo. Si en oposición a ello se favorece la tesis de la estructura de agencia diferenciada de la autoría mediata frente a la autoría directa, entonces sólo puede tenerse por correcta la solución global. Pues como ya apuntaba Weidenkopf, el autor mediato no realiza acción ejecutiva alguna. Por eso cabe decir, en relación con el caso del ejemplo, que sólo podrá reconocerse un inicio de la tentativa de homicidio si B, como instrumento, llega a disponerse inmediatamente a efectuar el disparo. Y esto, porque de conformidad con la estructura de imputación de la autoría mediata, es justamente el disparo con el arma de fuego efectuado por el hombre de adelante lo que resulta imputable al hombre de atrás como actuar propio.

²³ Véase: KÖPER, Wilfried, *Der Versuchbeginn*, cit. (n. 21), pp. 361 ss.; ya BINDING, Karl *Abhandlungen*, cit. (n. 4), I, p. 275. Al respecto: MANAUCH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 150 ss.

²⁴ Véase sólo: PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung* (Baden-Baden, Nomos, 2005), II, § 35/44 ss.

²⁵ Véase sólo: ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München, C.H. Beck, 2003), II, § 29/244 ss.

III. LA RELATIVIDAD DE LAS ADSCRIPCIONES DE ACCIONES

De lo anterior se sigue una posible explicación de la insatisfacción con la terminología de una "autoría mediata" que acusaba ya Binding, quien entendía que "esta manera de expresarse es desafortunada, porque el autor mediato exige lógicamente al autor inmediato, pero el instrumento humano inculparable no es apto para la autoría delictiva"²⁶. La clave para disolver el carácter problemático de la noción de un autor mediato se halla, como quisiera mostrar en lo que sigue, en una cierta relatividad de las atribuciones de agencia²⁷.

La autoría mediata del hombre de atrás presupone la adscripción provisional del comportamiento en cuestión, como acción propia, al hombre de adelante. Todas las constelaciones de autoría mediata presuponen que hay a lo menos una descripción (verdadera) del comportamiento en cuestión bajo la cual el mismo es interpretable como acción del hombre de adelante, esto es, una descripción bajo la cual se trata de un comportamiento intencionalmente evitable para él²⁸. Así, en nuestro ejemplo, la falta de capacidad de evitación intencional de la realización del tipo delictivo por parte del instrumento que dispara con la escopeta, creyendo erróneamente que su objetivo es un espantapájaros, es relativa a la descripción (objetiva) de su comportamiento como el disparo de un arma de fuego que causa la muerte de otro ser humano. Pero existe una descripción alternativa, también verdadera, bajo la cual su comportamiento sí resultaba intencionalmente evitable para él, a saber: como el disparo de un arma de fuego.

Ahora bien, la autoría mediata también exige que esa adscripción provisional de agencia no se traduzca en la plena imputabilidad de la realización del tipo como infracción de deber culpable al hombre de adelante, pues

²⁶ BINDING, Karl, *Abhandlungen*, cit. (n. 4), I, p. 264; EL MISMO, *Grundriss des deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil* (7ª edición, Leipzig, Felix Meiner, 1913), p. 146. Análogamente WEIDENKOPF, Andreas, cit. (n. 1), p. 68: "Lingüísticamente, la autoría mediata es equívoca, pues la expresión 'ser autor mediato', según su uso correcto, tendría que significar lo mismo que 'ser autor por medio de un hecho ajeno'".

²⁷ Véase KOHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Heidelberg, Springer, 1997), p. 505, quien postula, en todo caso, una concepción bastante más restrictiva de la autoría mediata. Véase también: LAMPE, Ernst-Joachim, *Tätersysteme: Spuren und Strukturen*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 119 (2007), p. 471, quien enfatiza la necesidad de la capacidad de acción del instrumento. Al respecto: MANALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 144 ss.

²⁸ Acerca de la estructura intencional del actuar véase: KINDHAUSER, Urs, *Handlung*, cit. (n. 10), pp. 156 ss.; EL MISMO, *Gefährdung*, cit. (n. 10), p. 52. Latamente al respecto: MANALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 279 ss.

de lo contrario éste se constituiría en autor directo plenamente responsable. La autoría mediata del hombre de atrás depende, así, de que éste sea primariamente competente por el comportamiento, interpretable como acción, pero al mismo tiempo deficitario en términos de plena responsabilidad jurídico-penal, del hombre de adelante.

Esto explica, a su vez, que cuando ya de entrada se encuentra excluida cualquier posible adscripción del suceso como acción --esto es, como comportamiento intencionalmente evitable-- al "hombre de adelante", entonces también resulte excluida la afirmación de una posible autoría mediata del "hombre de atrás". Éste es el caso, por ejemplo, si A aturde a B de un golpe, quien entonces, en su respectiva posición de garante, no es capaz de acción para salvar a su hijo que se ahoga al nadar en un lago. En tal caso, la causación de la muerte del niño es imputable a A en autoría directa, pues, en virtud de la *vis absoluta*²⁹, B resultaba absolutamente incapaz de salvar a su hijo³⁰.

Recién mediante la refutación de una adscripción *prima facie* plausible de agencia al hombre de adelante, que posibilita que éste pueda ser visto como instrumento actuante no responsable, cabe designar la correspondiente imputación al hombre de atrás como imputación del hecho *qua* autoría mediata. La autoría mediata es, sin más, una autoría individual, pero una que al mismo tiempo descansa en la competencia por una agencia ajena deficitaria³¹.

²⁹ Al respecto: MANALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 309 ss. Ello no significa, ciertamente, que la incapacidad física de acción tenga que afectar ulteriores formas de comportamiento que pudieran tener lugar conjunta y simultáneamente con el comportamiento de cuya imputación se trata. Más bien, lo decisivo es que, ante las características del comportamiento que son relevantes para su eventual antinormalidad, no haya descripción verdadera alguna del comportamiento bajo la cual éste hubiese sido intencionalmente evitable para el hombre de adelante.

³⁰ Con ello no quiere sugerirse, sin embargo, que la relativa incapacidad de acción del instrumento fuese condición necesaria para la autoría mediata. Ella constituye, antes bien, una condición (contextualmente) suficiente, que en ningún caso excluye, empero, que en otros casos el déficit relevante de responsabilidad jurídico-penal pudiese ser de otra clase.

³¹ KINDHAUSER, Urs, *Bertrag*, cit. (n. 20), p. 341: "El autor mediato es autor individual y no, en un sentido jurídico-penalmente relevante, interviniente en el hecho del hombre de adelante. El comportamiento del hombre de adelante es la realización típica (al menos tentada) del hombre de atrás mismo". Ya SPENDEL, Günter, cit. (n. 21), p. 150. Véase sin embargo: KÖRER, Wilfried, *Der Versuchsbegriff*, cit. (n. 21), p. 369, quien califica la realización típica en autoría mediata como "hecho conjunto de varios intervinientes, y no una variante fáctica de autoría individual", lo cual puede ser equívoco. Pues la autoría mediata es, en la misma medida que la autoría directa, autoría individual. La diferencia se encuentra, en cambio, en que ella es una forma mediata de autoría individual.

IV. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD Y LA CONTRA-FACTICIDAD DE LA IMPUTACIÓN

Con arreglo al modelo de la autoría mediata aquí esbozado, la imputación del comportamiento del instrumento al autor mediato ha de fundarse en la competencia de éste por el defecto de responsabilidad de aquel. Esta competencia, a su vez, tiene que basarse en un comportamiento activo u omisivo del hombre de atrás, que explique la producción de la situación bajo la cual el hombre de adelante realiza el hecho bajo el defecto de responsabilidad correspondiente.

Se trata, por esto, de una reconducción del comportamiento del hombre de adelante al ámbito de responsabilidad del hombre de atrás, lo cual se deja construir como una pregunta de imputación "objetiva", en el sentido ya enunciado: recién después de la fundamentación de su competencia por la evitación del comportamiento del hombre de adelante cabe plantear la pregunta de si este comportamiento era, además, subjetivamente evitable para el hombre de atrás³⁷. Este criterio objetivo para la imputación del hecho al hombre de atrás como autor mediato exige, entonces, *i)* que, a través de una acción previa, él haya posibilitado o facilitado el comportamiento del instrumento bajo el defecto de responsabilidad relevante; o bien *ii)* que él haya dispuesto una conexión situacional entre la realización típica mediada por el actuar del hombre de adelante y un defecto de responsabilidad ya existente de éste; o bien *iii)* que él haya omitido, de modo contrario a deber, la ejecución de una acción a través de la cual tendría que haber impedido el actuar del instrumento bajo el defecto de responsabilidad relevante³⁸.

La exigencia de ausencia de (plena) responsabilidad jurídico-penal del hombre de adelante como condición necesaria de la autoría mediata del hombre de atrás puede fundamentarse en lo que cabe llamar la gramática profunda de la atribución de autoría jurídico-penal. Pues aquí se trata siempre de una atribución de responsabilidad primaria por (a lo menos la tentativa de) un hecho antinormativo. Y esta responsabilidad sólo recae sobre aquél que, como destinatario de la norma de comportamiento respectiva, se encuentra en posición de evitar intencionalmente la realización del tipo delictivo por mor del seguimiento de la norma. Por ello, no es la motivación efectiva de la persona en cuestión lo que responde la pregunta de si la realización típica puede imputársele como hecho propio, sino la

³⁷ Acerca de esto: KINDHAUSER, Urs, *Bertrag*, cit. (n. 20), pp. 346 ss.

³⁸ Véase: JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2ª edición, Berlin, Walter de Gruyter, 1991), 21/68 ss.

expectativa de una motivación normativamente adecuada puesta en el destinatario de la norma, en quien se da por supuesto, contra-fácticamente, un cierto grado de fidelidad al derecho.

Lo crucial es que esta expectativa de seguimiento de la norma sólo se halla inmediatamente referida a aquella persona que se encuentra actualmente —esto es, en el momento relevante para la evitación de la realización del tipo— en posición de seguir la norma a través de su propio actuar. Tratándose de un comportamiento que realiza un tipo delictivo y que resulta plenamente imputable a quien actúa inmediatamente no es pertinente preguntar, entonces, si otra persona —a menos que se dé una forma de acción coordinada, en el sentido de una representación recíproca fundante de coautoría— pudiese ser primariamente competente por la evitación de esa realización del tipo.

De esto se sigue que está excluida la posibilidad de una autoría mediata a través del actuar de una persona plenamente responsable, posibilidad que fuera enérgicamente defendida por Binding³⁴. Según éste, lo decisivo aquí sólo sería el hecho de que es posible sin más que la intención de una persona sea asumida por otra como intención propia, de modo tal que esta segunda persona pueda realizar esa intención, que es también intención de la primera, a través de su propio actuar. Es decir, para Binding sólo parece ser relevante que el hombre de atrás logre, aunque sea a través de un comportamiento ajeno —y plenamente responsable—, realizar su propia voluntad³⁵. Por ello hablaba aquí Binding de una auténtica "autoría doble"³⁶.

Un punto de vista análogo se encuentra en el reciente intento, acometido por Haas en el marco de su crítica a la teoría del dominio del hecho, de restablecer el "mandato" como forma prototípica de autoría mediata³⁷. El punto de partida se encuentra en su caracterización de la coautoría como una "autoría mediata recíproca", es decir, la tesis de que los coautores no serían sino autores mediatos recíprocamente, en el sentido de que cada uno sería a la vez autor e instrumento de cada contribución individual, tanto en representación propia como ajena³⁸. Siendo correcta esta caracterización de la coautoría, entonces no podría eludirse la conclusión de que un mandato, esto es, una relación de representación unilateral, tendría que ser suficiente para una imputación a título de autoría mediata³⁹.

³⁴ BINDING, Karl, *Abhandlungen*, cit. (n. 4), I, pp. 270 ss., 281 ss.

³⁵ BINDING, Karl, *Abhandlungen*, cit. (n. 4), I, p. 283.

³⁶ Así BINDING, Karl, *Abhandlungen*, cit. (n. 4), I, p. 281; véase EL MISMO, *Grundris*, cit. (n. 26), pp. 154 s.

³⁷ HAAS, Volker, cit. (n. 8), pp. 536 ss.

³⁸ HAAS, Volker, cit. (n. 8), pp. 534 s.

³⁹ HAAS, Volker, cit. (n. 8), p. 537.

El problema de esta tesis no se encuentra, ciertamente, en su explicación de la estructura de imputación de la coautoría por medio del criterio de una representación recíproca, sino en la afirmación de que la coautoría no sería más que una autoría mediata recíproca. Pues con ello ya está introducida la premisa para la caracterización de la autoría mediata como representación unilateral, que es, sin embargo, lo que la argumentación tendría ya que demostrar. Luego, la designación de la coautoría como autoría mediata recíproca presupone ya la comprensión de la autoría mediata como representación unilateral, con lo cual el argumento de Haas resulta estrictamente circular.

Lo que se necesita, más bien, es una respuesta no circular a la pregunta de si la relación entre autor mediato e instrumento admite ser clarificada en el sentido de una relación de representación. Que la coautoría tiene que ser vista como una representación recíproca descansa en el hecho de que, tratándose del actuar coordinado de varios intervinientes en el hecho, el principio de responsabilidad no puede fundamentar una separación de los correspondientes ámbitos de responsabilidad, sino más bien su vinculación autónoma⁴⁰. Mas en la autoría mediata, el principio de responsabilidad exige precisamente lo contrario, dado que en el sujeto inmediatamente actuante ha de darse un defecto de responsabilidad jurídico-penalmente relevante, por el cual el hombre de atrás ha de haberse hecho competente.

La circunstancia de que el hombre de adelante pueda actuar en congruencia con la voluntad del hombre de atrás no cuenta como razón suficiente para interpretar el comportamiento del primero como actuar del segundo. Pues en el marco de la imputación jurídico-penal precisamente no se trata de lo que la persona actuante efectivamente haya querido, sino de lo que ella, en tanto destinatario de la norma en quien se presupone una cierta medida de fidelidad al derecho, tendría que haber querido, en atención a sus capacidades individual de acción y motivación. En la fundamentación de una autoría, entonces, sólo importa quién ha de ser visto como el agente de un hecho por el cual se expresa una falta de reconocimiento de una norma de comportamiento como razón eficaz para la acción. Siendo el hecho plenamente imputable al sujeto que actúa inmediatamente, sin que éste se halle en una relación de representación recíproca con otro(s), entonces este sujeto tiene que ser considerado autor único, independientemente de que detrás de él pueda encontrarse otra persona que pudiera querer la realización típica como propia.

Aquí yace el núcleo de significado de la así llamada "prohibición de regreso", que a lo sumo puede entenderse, empero, como una especifica-

⁴⁰ Véase: KINDHAUSER, Urs, *Minüterschaft*, cit. (n. 3), p. 644.

ción del principio general de auto-responsabilidad: la reconducción del comportamiento del sujeto inmediatamente actuante a un ámbito ajeno de responsabilidad primaria se ve excluida en virtud de la plena responsabilidad del primero⁴¹.

V. DEFECTOS DE RESPONSABILIDAD: DEFECTOS DE IMPUTACIÓN

Hasta aquí no se ha examinado aún la cuestión relativa a la configuración específica que puede asumir el defecto de responsabilidad jurídico-penal del hombre de adelante. Preliminarmente, y para demarcar con precisión qué puede entenderse aquí por un déficit de responsabilidad jurídico-penalmente relevante, cabe recurrir a la distinción, que en lo fundamental se remonta a Binding, entre las categorías "delito" y "hecho punible"⁴².

Por "delito" es posible entender todo comportamiento interpretable como quebrantamiento imputable de una norma jurídico-penalmente relevante, más allá de si el mismo resulta punible de conformidad con reglas que establecen posteriores condiciones (sustantivas o procesales) de las cuales depende la eventual imposición de una pena —por ejemplo, aquellas reglas que establecen causas de extinción de la pena o de la acción penal—. Los presupuestos del delito, diferenciados así de los presupuestos posteriores de su punibilidad *stricto sensu*, pueden ser entendidos, entonces, como los presupuestos que son necesarios para reconocer un injusto culpable. Y es un presupuesto del carácter delictivo del comportamiento del hombre de adelante, así entendido, lo que debe fallar para que se satisfaga el primer requisito de la autoría mediata, exigido por el principio de responsabilidad.

La falta de carácter delictivo del comportamiento del hombre de adelante puede deberse a razones que admiten ser agrupadas en dos clases fundamentales⁴³. Un primer grupo de razones se refiere a casos en que en la persona del hombre de adelante se presenta un déficit, relevante para la exclusión de la imputación, en algún presupuesto de su capacidad de seguimiento de la norma. Un segundo grupo de razones concierne casos

⁴¹ Véase: RENZIOWSKI, Joachim, cit. (n. 4), pp. 72 s.; ya SPENDEL, Günter, cit. (n. 21), pp. 166 ss.

⁴² Véase: BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung* (4ª edición, Leipzig: Felix Meiner, 1922), I, pp. 194 ss., quien designaba el hecho punible como "crimen" (*Verbrechen*).

⁴³ Al respecto: STEIN, Ulrich, *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre* (Berlin, Duncker & Humblot, 1988), pp. 283 ss.

en que la norma de cuyo quebrantamiento se trata no resulta aplicable como estándar de comportamiento para el hombre de adelante.

Dentro de las razones del primer grupo, esto es, aquellas que concierne algún déficit en los presupuestos de la capacidad de seguimiento de la norma, cabe reconocer cualquier razón que excluya la imputabilidad de la realización del tipo como infracción de deber culpable al hombre de adelante. En el nivel del injusto de la acción —esto es, de la constitución de la infracción de debe— lo que viene en consideración, en consecuencia, es una falta de dolo. Un déficit en la capacidad física de acción del instrumento, en cambio, no viene en consideración, puesto que en tal caso la incapacidad de evitación intencional es absoluta, de modo tal que la eventual responsabilidad del hombre de atrás sólo puede asumir la forma de una autoría directa, y no mediata.

En el nivel de la culpabilidad, lo que viene en consideración es toda razón que excluya, de conformidad con las reglas de imputación correspondientes, la capacidad de motivación con arreglo a la norma, o bien la exigibilidad de una motivación con arreglo a la norma. Lo primero se da en los casos de incapacidad de culpabilidad por demencia o minoridad, o bien en casos de error de prohibición, mientras que lo segundo —en términos del Derecho penal chileno— se da en los casos de fuerza (psíquica) irresistible o miedo insuperable, o en general en los casos del así llamado estado de necesidad exculpante.

Cuestión completamente diferente es si acaso, de conformidad con el principio de responsabilidad, para la autoría mediata del hombre de atrás también resultaría necesaria la exclusión de una imputación extraordinaria al hombre de adelante. Por “imputación extraordinaria” cabe entender aquí, siguiendo a Hruschka, toda imputación que se funda en la responsabilidad de una persona por su propio defecto de responsabilidad⁴⁴. Esta pregunta resulta particularmente controversial a propósito de los casos de error de prohibición vencible⁴⁵. Mientras que la posibilidad de una autoría mediata tiende a ser aceptada sin más tratándose de un error de

tipo vencible —y con ello de imprudencia— del hombre de adelante⁴⁶, la posibilidad de una autoría mediata tratándose de un error de prohibición vencible del hombre de adelante se rechaza a veces, por un sector doctrinal, con el argumento de que bajo la mera exigencia de una conciencia potencial de la antijuridicidad el derecho penal equipararía el conocimiento y el desconocimiento evitable de la antinormatividad del hecho, lo cual contrastaría manifestamente con la rotunda demarcación legal entre dolo e imprudencia⁴⁷.

Esto último desconoce, sin embargo, que existe un estricto paralelismo, en términos de la estructura de imputación subyacente, entre los casos de error de tipo vencible y los casos de error de prohibición vencible. Pues en ambas constelaciones se trata de una imputación extraordinaria, dado que el carácter “vencible” del error significa que quien lo padece puede ser hecho responsable, en virtud de la infracción de una incumbencia⁴⁸, del propio déficit cognitivo en cuestión —de ahí que a veces se llegue a hablar de una “imprudencia de derecho” para caracterizar la situación de un error de prohibición vencible—. La diferencia en cuanto al nivel de la imputación en que el déficit cognitivo es relevante —en el injusto y en la culpabilidad, respectivamente— no modifica que se trata de la misma estructura de imputación en ambos casos⁴⁹.

A este respecto, es irrelevante que para el caso de un error de prohibición vencible no rija una regla de punibilidad de *numerus clausus*, así como que tampoco resulte aplicable un marco penal diferenciado y esencialmente menos severo, como en el caso de la imprudencia⁵⁰. Pues lo que se expresa en la idea de que para la culpabilidad siempre bastaría una conciencia

⁴⁶ Acerca de esto véase: RENZIKOWSKI, Joachim, cit. (n. 4), pp. 266 ss. Para una toma de posición relativizada: JAKOBS, Günther, *Regreßverbot beim Erfolgsdelikt*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 89 (1977), pp. 26 ss.

⁴⁷ Entre otros: BLOY, René, *Beteiligungssform*, cit. (n. 2), pp. 347 ss.; JAKOBS, Günther, *Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug*, en *Goldsammer Archiv* (1997), pp. 556 ss.

⁴⁸ Acerca de esta noción de incumbencia jurídico-penalmente relevante: HÄUSCHKA, Joachim, *Strafrecht*, cit. (n. 44), pp. 314 ss., 415 ss.; KINDHAUSER, Urs, *Gefährdung*, cit. (n. 10), pp. 65 ss., con ulteriores referencias. Al respecto: MANALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 68 ss.

⁴⁹ Fundamental KINDHAUSER, Urs, *Betrug*, cit. (n. 20), pp. 343 ss. Véase también: HERZBERG, Rolf, *Täterschaft und Teilnahme* (München, C.H. Beck, 1977), pp. 22 s.; KÜPER, Wilfried, *Mittelbare Täterschaft, Verbotssirium des Täters und Verantwortungsprinzip*, en *JZ* (1989), pp. 935 ss., 942 ss. Recientemente también: ZIESCHANG, Frank, *Gibt es den Täter hinter dem Täter?* en DANNECKER, Gerhard y otros (coordinadores), *Festschrift für Harro Otto* (Köln, Carl Heymann, 2007), pp. 520 s.

⁵⁰ Acerradamente Puppe, Ingeborg, cit. (n. 24), II, § 40/30.

⁴⁴ Véase: HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode* (2^a edición, Berlin, Walter de Gruyter, 1988), pp. 274 ss., 311 ss., 326 ss., 337 ss., 686 ss. Latamente al respecto: MANALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 67 ss.

⁴⁵ Para esto: MURMANN, Uwe, *Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotssirium des Vordermannes*, en *Goldsammer Archiv* (1998), pp. 78 ss.; OTTO, Harro, *Mittelbare Täterschaft und Verbotssirium*, en SCHÜNNEMANN, Bernd y otros (coordinadores), cit. (n. 16), pp. 483 ss. Ciertamente, también hay quienes rechazan toda autoría mediata en caso de error de prohibición del hombre de adelante, independientemente de que éste sea vencible o invencible. Así KOHLER, Michael, cit. (n. 27), p. 509; NOTENIUS, Bettina, *Kriterien der Abgrenzung von Ausübung und mittelbarer Täterschaft* (Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003), pp. 297 ss.

potencial de la antijuridicidad del hecho, en otras palabras, no es más que la aceptación de que aquí se ha establecido una forma de imputación extraordinaria como criterio general de responsabilidad⁵¹.

Lo que resta por responder, en consecuencia, es la pregunta de si una imputación extraordinaria al hombre de adelante, sea en el nivel del injusto de la acción, sea en el nivel de la culpabilidad, puede considerarse compatible con una imputación primaria *qua* autoría mediata al hombre de atrás. La exclusión de una imputación ordinaria al hombre de adelante indica, en los casos de error de tipo o de prohibición vencible, que él no estuvo en posición de seguir la norma en el momento relevante para la decisión, ya sea (tratándose de un error de tipo) por falta de conocimiento de las circunstancias fácticas bajo las cuales la norma había de ser seguida, ya sea (tratándose de un error de prohibición) por falta de conocimiento de la concreta antinormatividad de su comportamiento. En virtud de su competencia por el actuar del hombre de adelante bajo el error respectivo, el comportamiento de éste puede resultar imputable al hombre de atrás, en tanto se satisfagan los criterios generales de la imputación a su respecto. Y esto, independientemente de que el déficit de responsabilidad del hombre de adelante pueda ser subrogado, en su propia persona, a través un correspondiente criterio de imputación extraordinaria.

Así, que el hombre de adelante pueda tener que cargar responsabilidad por su propio déficit de responsabilidad, en tanto él, a través de un actuar precedente cuidadoso, hubiese podido asegurar el conocimiento necesario para el seguimiento de la norma, no implica que esta imputación extraordinaria al hombre de adelante tenga que excluir la competencia concurrente del hombre de atrás⁵². Pues la responsabilidad por el respectivo déficit de responsabilidad del hombre de adelante adquiere un significado distinto para cada uno. Desde el punto de vista de la imputación al hombre de atrás, el actuar del hombre de adelante no pierde su cualidad de instrumento por el hecho de que el propio hombre de adelante tenga que responder de su propio déficit de responsabilidad, pues desde ese punto de vista, referido a la posición del hombre de atrás, el hombre de adelante no aparece como responsable⁵³.

Por ello, no es necesario recurrir a un concepto extensivo de autor para explicar la conservación de la cualidad de instrumento del actuar del hom-

bre de adelante no obstante su eventual responsabilidad por imprudencia⁵⁴. Es más bien la divergencia de las formas de imputación correspondientes lo que ofrece la clave para ello⁵⁵. Desde el punto de vista de la imputación ordinaria, por lo mismo, el autor mediato no es un "autor detrás del autor", más allá de que todavía sea posible una imputación extraordinaria al hombre de adelante, sea a nivel de injusto, sea a nivel de culpabilidad⁵⁶.

Por esto, yerran manifestamente los intentos de equiparar las estructuras de responsabilidad de la autoría mediata y de la *actio libera in causa*. Esta propuesta supone que en la *actio libera in causa* el autor aparecería como "su" propio instrumento para la realización del tipo delictivo⁵⁷. Pero esta equiparación es errónea. Pues el déficit de responsabilidad jurídico-penal del hombre de adelante no se transmite en modo alguno al hombre de atrás⁵⁸. En otras palabras: el déficit de responsabilidad jurídico-penal del hombre de adelante nada dice aún acerca de la forma de responsabilidad del hombre de atrás, mientras que en la *actio libera in causa* —en tanto forma de imputación extraordinaria— se trata precisamente de la responsabilidad del autor por su propio déficit de responsabilidad.

⁵⁴ Así empero SPENDEL, Günter, cit. (n. 21), p. 152.

⁵⁵ Al respecto véase PUPPE, Ingeborg, cit. (n. 24), II, § 40/9 ss., 30 ss., quien correctamente llama la atención acerca de la equivalencia estructural entre los casos de error de prohibición vencible y los casos de la así llamada *actio libera in causa*.

⁵⁶ Esto es incluso reconocido por JAKOBS, Günther, *Akzesorientiert: Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, en *Goldsammer Archiv* (1996), pp. 267 s., en tanto el parte de la base que la imprudencia, esto es, un error de tipo evitable del hombre de adelante, no excluye la imputación *qua* autoría mediata al hombre de atrás. Considerado estructuralmente, sin embargo, no puede ser de otra manera tratándose de un error de prohibición evitable. Así justamente KINDHAUSER, Urs, *Berug*, cit. (n. 20), pp. 343 s.

⁵⁷ Véase: HIRSCH, Hans Joachim, *Zur "actio libera in causa"*, en ESER, Albin (coordinadores), *Festschrift für Haruo Nishihara* (Baden-Baden, Nomos, 1998), pp. 95 ss.; JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, cit. (n. 33) AT, 17/64 ss.; EL MISMO, *Die sogenannte actio libera in causa*, en ESER, Albin (coordinadores), cit. (n. 57), pp. 105 ss.

⁵⁸ Así HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht*, cit. (n. 44), pp. 42 s., nota al pie n. 61a; EL MISMO, "Actio libera in causa" und mittelbare Täterschaft, en DOLLING, Dieter - ERB, Volker (coordinadores), *Festschrift für Karl Heinz Gössel* (Heidelberg, C. F. Müller, 2002), pp. 145 ss.; JOERDEN, Jan, cit. (n. 4), pp. 65 ss.; JERUSCHIEK, Günther, *Tatenschild, Konizenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft*, en WEIGEND, Thomas - KÜPPER, Georg (coordinadores), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch* (Berlin, Walter de Gruyter, 1999), pp. 245 ss. Véase también: OTTO, Harro, "Actio libera in causa", en JURA (1986), pp. 428 s.; MITSCH, Wolfgang, "Actio libera in causa" und mittelbare Täterschaft, en HETTINGER, Michael y otros (coordinadores), *Festschrift für Wilfried Küper* (Heidelberg, C.F. Müller, 2007), pp. 347 ss.

⁵¹ Véase: JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, cit. (n. 33), 19/1, 35.

⁵² Al respecto, RENZIOWSKI, Joachim, cit. (n. 4) pp. 268 ss.

⁵³ Véase: HERZBERG, Rolf, *Täterschaft*, cit. (n. 49), p. 20. De modo circunscrito al nivel del injusto argumenta DIEL, Kaija, *Das Regressverbot als allgemeine Tabustandsgrenze im Strafrecht* (Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997), pp. 334 s.

VI. DEFECTOS DE RESPONSABILIDAD: DEFECTOS DE ANTINORMATIVIDAD

El segundo grupo de razones para la falta de responsabilidad jurídico-penal del hombre de adelante se encuentra referido a aquellos casos en que la falta de carácter delictivo del comportamiento del hombre de adelante, en tanto comportamiento del hombre de adelante, concierne la falta de cualidad de injusto objetivo de su actuar en atención a la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento imputable constituye el delito correspondiente⁵⁹. Se trata, en otros términos, de casos en que la norma de comportamiento, como base para un eventual deber por cuya infracción pudiera ser hecho responsable el hombre de adelante, no resulta aplicable a su respecto. Por ello, la imputación al hombre de atrás descansa aquí en la inexistencia de la base objetiva para un deber del hombre de adelante⁶⁰. Lo que se impone, por lo mismo, es la necesidad de identificar, con mayor precisión a la que es usual, la circunstancia específica que vuelve inaplicable la norma en cuestión como razón para la acción del hombre de adelante, que es aquello de lo cual el hombre de atrás ha de ser competente para que quepa plantear, entonces, una imputación del hecho a título de autoría mediata.

1. *Autoría mediata por actuación justificada del instrumento*

Una primera razón por la cual la norma de comportamiento puede no resultar aplicable como fundamento de un deber para el hombre de adelante puede consistir en el desplazamiento de esa norma en virtud de una regla permisiva preferente, esto es, en virtud de una causa de justificación. Éste es precisamente el caso en las constelaciones de actuación justificada del instrumento⁶¹.

A modo de ejemplo: A amenaza a B con matar al hijo de éste en

⁵⁹ Fundamental HERZBERG, Rolf, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverbotten handelndem Werkzeug* (Berlin, Walter de Gruyter, 1967), pp. 46 ss. En relación con la doctrina más antigua véase: KÖPF, Rolf, *Das Problem der mittelbaren Täterschaft durch ein rechtmäßig handelndes Werkzeug* (tesis doctoral, Göttingen, 1949), pp. 25 ss.

⁶⁰ Así STEIN, Ulrich, cit. (n. 43), pp. 283 ss.

⁶¹ Véase sólo: JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, cit. (n. 33), 21/81 ss. En contra, sin embargo: PUPPE, Ingeborg, cit. (n. 24), II, § 40/5, quien argumenta a favor de una autoría directa a través de la construcción de la así llamada *actio illicita in causa*, lo cual presupone, empero, que el principio de responsabilidad sólo podría encontrar aplicación tratándose de la falta de capacidad de seguimiento de la norma en el hombre de adelante. En especial relación con los casos de actuación en estado de necesidad (coactivo) justificante por parte del hombre de adelante, MANALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 321 ss.

caso que B no agrede mortalmente a C, en circunstancias que C, ante la agresión inminente de B, repele ésta a través de una acción defensiva que lesiona gravemente al agresor B. Dado que a pesar de la situación de necesidad, el actuar de B no está justificado frente a C, su agresión contra éste resulta antijurídica, en virtud de lo cual la acción defensiva de C, a su vez, queda cubierta por la autorización de una legítima defensa. Mas siendo A, en virtud de la amenaza, competente por la circunstancias bajo las cuales el comportamiento de C, lesivo para B, quedaba justificado, este comportamiento resulta imputable a A, a título de acción propia en autoría mediata, sin que a su respecto venga en consideración la causa de justificación de la legítima defensa, que en este preciso sentido es relativa a la posición de C. En tanto hecho de A en su calidad de autor mediato, la causación de lesiones corporales a B constituye un hecho antinormativo y, por ende, plenamente delictivo.

En un caso como éste, el hombre de atrás es competente por una situación en que, desde el punto de vista de las normas de comportamiento aplicables, el hombre de adelante, en la concreta situación de su acción, no aparece como destinatario de la norma prohibitiva correspondiente, pues ésta se halla desplazada por una regla permisiva que funciona, a su respecto, como causa de justificación. En otros términos, el hombre de atrás es competente por la inaplicabilidad de la norma como razón eficaz para la acción del hombre de adelante, al haber generado la situación en que éste pudo actuar justificadamente.

2. *Autoría mediata por autolesión del instrumento*

Una segunda constelación en que cabe reconocer una competencia del hombre de atrás por la falta de aplicabilidad de la norma relevante como razón para la acción del hombre de adelante la constituyen los casos de la así llamada autoría mediata por autolesión del instrumento. Que la falta de responsabilidad jurídico-penal del hombre de adelante descansa aquí en la inexistencia de un injusto objetivo predicable de su comportamiento en tanto comportamiento suyo, se sigue del hecho (contingente) de que el menoscabo de los propios bienes jurídicos no se encuentra sometido, en tanto tal, a prohibición penal alguna.

Mas esto no basta, ciertamente, para que quepa plantear, entonces, una eventual imputación de la autolesión, efectuada de propia mano por el titular del bien jurídico menoscabo, a otra persona—y esto significa: a título de una heteroautolesión en autoría mediata—. Pues existe una interpretación disponible del comportamiento constitutivo de autolesión bajo la cual el mismo puede resultar sin más imputable al propio titular del bien jurídico como hecho auto-responsable. A saber: a modo de un ejercicio de libertad de disposición sobre el propio bien jurídico menoscabo.

Por esto, la posibilidad de una imputación del suceso lesivo como heterolesión en autoría mediata dependerá decisivamente de que pueda afirmarse la competencia del hombre de atrás por un déficit de responsabilidad del hombre de adelante que se autolesiona, de modo que el hecho ya no pueda interpretarse como un ejercicio autónomo de libertad de disposición sobre el bien jurídico menoscabado.

Como es sabido, para la determinación de qué puede contar como un defecto de responsabilidad en la autolesión del hombre de adelante, compiten básicamente dos propuestas teóricas: la así llamada solución de la exculpación y la así llamada solución del consentimiento. Mientras que la solución de la exculpación defiende una aplicación analógica de las reglas generales de imputación jurídico-penal –esto es, las reglas sobre dolo, capacidad de culpabilidad, etcétera– para afirmar o negar la responsabilidad del propio sujeto lesionado⁶². La solución del consentimiento postula una aplicación de los criterios de los cuales depende la eficacia de un consentimiento frente a posibles “vicios de la voluntad” –esto es, los criterios relativos a los conocimientos y la motivación del titular del bien jurídico de los cuales depende la eficacia del consentimiento como razón de exclusión de un injusto ajeno⁶³–. La opción por una u otra solución tiene importantes consecuencias prácticas, por ejemplo, de cara a la relevancia de un error acerca del motivo de la disposición, o bien frente a instancias de coacción que no alcanzan a excluir una responsabilidad jurídico-penal, pero que sí pueden ser suficientes para privar de eficacia a un consentimiento.

La solución de la exculpación, al recurrir por analogía a los criterios generales de imputación jurídico-penal, intenta determinar las condiciones del carácter auto-responsable de una autolesión acudiendo a reglas que

⁶² Véase sólo: ROXIN, Claus, *Täterschaff und Täterschaft* (7ª edición, Berlin, Walter de Gruyter, 2000), pp. 161 ss., 225 ss., 240 ss., 688 ss.; EL MISMO, *Strafrecht*, cit. (n. 25), II, § 25/54 ss., 70 ss., 144 ss. Véase también: ZACZYK, Rainer, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverletzung des Verletzten* (Heidelberg, C.F. Müller, 1993), pp. 36 ss., 44 ss. De modo parcialmente coincidente: JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, cit. (n. 33), 21/98. Críticamente al respecto MARALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 169 ss.

⁶³ Véase sólo: HERZBERG, Rolf, *Täterschaft*, cit. (n. 49), pp. 35 ss.; EL MISMO, *Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikte*, en JA (1985), pp. 336 ss.; véase también: NEUMANN, Ulfried, en EL MISMO - KINDHAUSER, Urs - PAEFFGEN, Hans-Ulrich (coordinadores), cit. (n. 14), ante § 211, n.m. 61.; OTTO, Harro, *Kausalität und Zurechnung*, en ZACZYK, Rainer - KÖHLER, Michael - KAHLO, Michael (coordinadores), *Festschrift für E.A. Wolff* (Berlin, Springer, 1998), pp. 401 ss., quien introduce, sin embargo, una diferenciación para los casos de error. Latamente al respecto: MARALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 171 ss.

identifican los presupuestos de la capacidad de seguimiento de una norma de comportamiento, jurídico-penalmente reforzada, que se orienta a la protección de bienes jurídicos ajenos. Postular una aplicación analógica de las reglas generales de imputación jurídico-penal significa desconocer, de este modo, la especificidad del objeto de imputación que constituye una autolesión.

En tanto modalidad de disposición sobre propios bienes jurídicos, la autolesión ha de resultar imputable a su titular de acuerdo con los mismos criterios de los cuales depende la imputabilidad de una declaración de voluntad como disposición sobre propios bienes jurídicos a través de un consentimiento⁶⁴. La diferencia entre la autolesión y el consentimiento, entendidos como modalidades alternativas de ejercicio de libertad de disposición sobre los propios bienes jurídicos, sólo concierne la estructura de acción correspondiente. En el consentimiento, la disposición tiene lugar declarativamente, cancelando la prohibición de menoscabar el bien jurídico comprometido generalmente dirigida a terceros⁶⁵; en la autolesión, en cambio, la disposición tiene lugar “de propia mano” por parte del titular del bien jurídico. Esta diferencia en nada modifica el hecho, empero, de que la función de ambas categorías es la misma: ellas designan modalidades alternativas de ejercicio de libertad de disposición sobre los propios bienes jurídicos.

3. Autoría mediata por actuación de un instrumento doloso no cualificado

Una tercera constelación en la cual es inexistente un injusto objetivo predicable del comportamiento del hombre de adelante se corresponde con los casos en que la doctrina tradicionalmente habla de la actuación de un “instrumento doloso no cualificado”. Aquí puede ser pertinente, de entrada, una precisión terminológica: cuando se alude al carácter “doloso” del actuar del hombre de adelante, el concepto de dolo es entendido como designando la totalidad de los presupuestos subjetivos de la responsabilidad jurídico-penal, esto es, en términos de la noción de culpabilidad propia del modelo causalista. Por ende, el problema se plantea en casos en que un sujeto, que es *extraneus* frente al círculo de autores idóneos de un delito especial, realiza de propia mano y sin defecto de imputación alguno un hecho que conllevaría una realización del tipo delictivo en caso de ser imputable a un sujeto sí cualificado, esto es, a un *intraneus*.

A modo de ejemplo: la cónyuge de un funcionario público, a instan-

⁶⁴ En detalle al respecto: MARALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 88 ss., 174 ss.

⁶⁵ Véase: MARALICH, Juan Pablo, cit. (n. 2), pp. 80 ss.

cias y con conocimiento de éste, solicita un beneficio económico a un particular a modo de "agradecimiento" por un acto, propio de su cargo, que el marido está dispuesto a hacer a su favor. En tanto la cónyuge, que realiza directamente el ofrecimiento, no es funcionario público —es decir, en tanto interviene como *extraneus*—, la tipicidad del hecho como delito de cohecho dependerá de que el hecho sea imputable al marido, que sí es *intraneus* y por ende autor idóneo.

Para dar solución a estos casos, en términos de poder afirmar la autoría del sujeto (de atrás) cualificado, un sector doctrinal cada vez más representativo recurre a la categoría de los así llamados "delitos de infracción de deber"⁶⁶. Aquí, *grosso modo*, la autoría del hombre de atrás, cualificado como autor idóneo, resultaría de la infracción de un deber extra-penal, la cual podría consistir, en principio al menos, en cualquier forma de contribución (activa o pasiva) a la realización del hecho típico, con total independencia de que quién sea el sujeto a través de cuyo actuar inmediato en efecto se realice el tipo delictivo. Por ello, además, en este ámbito se llega a sostener que carecería de todo sentido diferenciar una autoría mediata de una autoría directa del sujeto cualificado⁶⁷.

Pero ésta no es una solución aceptable. Pues por esa vía, la doctrina de los así llamados delitos de infracción de deber difumina todos los contornos de la exigencia de tipicidad del hecho constitutivo de un delito especial: "En estos casos, la relación del interviniente para con el bien jurídico es siempre inmediata [...], y ya sin considerar siquiera un hacer determinado"⁶⁸. Esto también vale ante la circunstancia de que determinados delitos especiales puedan estar tipificados en términos tales que ya la omisión de impedir que un tercero, cualificado o no, efectúe una determinada acción —por ejemplo, de sustracción de caudales públicos— pueda resultar delictiva —por ejemplo, a título de malversación—. Lo determinante, en todo caso, es que el hecho por el cual el *intraneus* ha de responder jurídico-penalmente tiene que ser un hecho que —tratándose de un delito consumado— satisfaga la correspondiente descripción típica. Si sólo a través del actuar de un tercero no cualificado tiene lugar un suceso relevante de conformidad con la respectiva descripción típica, entonces ha de ser decisivo si al sujeto cualificado puede imputarse el comportamiento

⁶⁶ Fundamental ROXIN, Claus, *Täterschaff*, cit. (n. 62), pp. 352 ss., 699 ss. Véase también EL MISMO, *Strafrecht*, cit. (n. 25), II, § 25/267 ss., 275 ss.; JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, cit. (n. 33), 21/115 ss.

⁶⁷ Esto es al menos implícitamente mantenido por JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, cit. (n. 33), 21/3 ss., 16, quien restringe la diferenciación tradicional de las formas de autoría a los así llamados "delitos de dominio".

⁶⁸ JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, cit. (n. 33), 21/116.

del sujeto no cualificado como actuar propio, de modo tal que recién así el hecho adquiera carácter delictivo.

El delito del *intraneus* no puede estar constituido por la infracción de algún deber extra-penal, pues el injusto penalmente relevante siempre consiste en la infracción de un deber impuesto por la respectiva norma de comportamiento penalmente reforzada. Esto es implícitamente concedido por Jakobs, quien frente al contexto aquí examinado introduce la siguiente observación:

Si el tipo de un delito de infracción de deber hace referencia a un determinado comportamiento, que el obligado mismo ha de ejecutar, entonces la autoría está excluida de faltar este comportamiento [...]⁶⁹.

Pero esto significa, por de pronto, que en los así llamados delitos de infracción de deber la lesión de un determinado deber institucional no puede contar como condición suficiente para la existencia de responsabilidad a título de autoría. En tal medida, al concepto de un así llamado delito de infracción de deber subyace una confusión. Pues todo delito constituye, trivialmente, una infracción de deber, lo cual es reconocido por Roxin mismo:

No se hace referencia aquí al deber que emana de la norma jurídico-penal como aquel cuya infracción acarrea la sanción prevista en el tipo. Este deber aparece en todo delito. [...] En el elemento para nosotros decisivo acerca de la autoría se trata, antes bien, de la infracción de un deber extra-penal, que no necesariamente recae sobre cada interviniente en el delito, pero que es imprescindible para la realización del tipo. Aquí se trata en todo caso de deberes, que son lógicamente anteriores a la norma jurídico-penal y que surgen en otros sectores jurídicos generales⁷⁰.

Si bajo la expresión "el deber que emana de la norma jurídico-penal" se entiende, más precisamente, el deber que fundamenta la norma de comportamiento jurídico-penalmente reforzada, entonces la idea es clara: en los así llamados delitos de infracción de deber, al igual que en cualquier otro ámbito delictivo, es la infracción del deber jurídico-penalmente relevante aquello sobre lo cual descansa la responsabilidad jurídico-penal. Ahora, en los así llamados delitos de infracción de deber, es recién en virtud de la correspondiente posición extra-penal, que normalmente tiene naturaleza institucional, que el sujeto resulta cualificado como destinatario de la norma, en tanto aquí se trata del quebrantamiento de una norma especial, esto es, de una norma cuyos destinatarios pertenecen a un círculo cualifi-

⁶⁹ JAKOBS, Günther, *Strafrecht*, cit. (n. 33), 21/117.

⁷⁰ ROXIN, Claus, *Täterschaff*, cit. (n. 62), p. 354.

como de personas⁷¹. Esto es lo distintivo de todo delito especial (propio): como destinatario de la norma correspondiente sólo viene en consideración una persona que exhibe una determinada cualificación personal, por ejemplo, la de funcionario público. Y es sólo tal persona, portadora de una determinada vinculación institucional, quien puede infringir el deber jurídico-penalmente relevante a título de autor.

Pero esto no significa en modo alguno que una vulneración de aquella obligación institucional simultáneamente tenga que traer consigo la infracción del deber jurídico-penalmente relevante. Que sólo el portador de una vinculación institucional pueda venir en consideración como autor del correspondiente delito especial nada dice todavía acerca de las ulteriores condiciones de las cuales haya de depender su eventual autoría⁷². Y como en cualquier otro ámbito delictivo, estas condiciones han de estar referidas, en lo que aquí interesa, a la pregunta de por qué puede resultar imputable al hombre de atrás, que cuenta como sujeto especialmente cualificado, el comportamiento del hombre de adelante como propio actuar contrario a deber. Pues sostener que el *intranseus* resulta jurídico-penalmente responsable por el suceso delictivo en cuestión en virtud de la sola infracción de algún deber extra-penal equivale a validar una estructura de responsabilidad cuasi-objetiva, al modo de un *versari in re illicita*.

El problema fundamental de los casos de actuación de un instrumento no cualificado consiste en que el hombre de adelante no es destinatario de la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento constituye el delito especial correspondiente. Y esto conlleva sin más la imposibilidad de que el hombre de adelante pueda responder del hecho a título de infracción de un deber primario –esto es, a título de autor–, más allá de que si pueda resultar responsable accesoriamente, esto es, a título de partícipe.

La pregunta, entonces, consiste en si cabe afirmar la competencia del hombre de atrás, que sí es *intranseus*, por la falta de responsabilidad del hombre de adelante a título de autor. Y la respuesta puede ser afirmativa, sin que sea necesario recurrir a una categoría especial de “delitos de infracción de deber”, siempre que el hombre de atrás haya configurado, mediante

⁷¹ En otras palabras: la posición o “deber” extra-penal provee una respuesta a la pregunta de quién es destinatario de la norma de comportamiento jurídico-penalmente protegida, esto es, quién es potencial portador del deber jurídico-penalmente relevante. En términos enteramente equivalentes, la así llamada posición de garante determina, en el ámbito de los delitos de omisión impropia, quién puede contar como destinatario del correspondiente mandato de impedir la producción del resultado. Así VOGEL, Joachim, cit. (n. 2), pp. 128 ss., 133 s.

⁷² Véase: STEIN, Ulrich, cit. (n. 43), pp. 214 s.

acción u omisión, la situación en que el hombre de adelante pudo ejecutar el hecho sin infringir deber primario alguno.

Es aquí que se vuelve decisiva la posición institucionalmente cualificada del *intranseus*. Su competencia primaria por la evitación de la realización del tipo delictiva a través del actuar del *extraneus* tiene que depender de que el *intranseus* haya abierto el espacio de juego para la acción (cerrado para terceros no cualificados), de modo tal que el *extraneus* haya llegado a disponer de una posibilidad de acción que, en virtud de la propia configuración de la respectiva institución, tendría que haber estado exclusivamente reservada a un sujeto especialmente vinculado a la institución. La autoría mediata del hombre de atrás cualificado se funda así, al igual que en todas las restantes constelaciones, en la competencia por un defecto de responsabilidad jurídico-penalmente relevante del hombre de adelante, que aquí consiste en la adecuación normativa, aun cuando institucionalmente anómala, de su actuar.

[Recibido el 3 de marzo y aceptado el 15 de mayo de 2010]

BIBLIOGRAFÍA

- BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung* (4ª edición, Leipzig, Felix Meiner, 1922), I.
- BINDING, Karl, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil* (7ª edición, Leipzig, Felix Meiner, 1913).
- BINDING, Karl, *Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen* (München - Leipzig, Duncker & Humblot, 1915), I.
- BLOY, René, *Die Beteiligung als Zurechnungstypus im Strafrecht* (Berlin, Duncker & Humblot, 1985).
- BLOY, René, *Grenzen der Täterschaft bei fremdbändiger Tausführung*, en *Goldammer Archiv* (1996).
- DAN-COHEN, Meir, *Responsibility and the Boundaries of the Self*, en *Harvard Law Review*, 105 (1992).
- DAVIDSON, Donald, *Handlung und Ereignis* (Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985).
- DIEL, Katja, *Das Regressverbot als allgemeine Tatbestandsgrenze im Strafrecht* (Frankfurt am Main, Peter Lang, 1997).
- ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1931).
- FRANKFURT, Harry, *Taking Ourselves Seriously & Getting It Right* (Stanford, Stanford University Press, 2006).
- FRANKFURT, Harry, *The Importance of What We Care About* (New York, Cambridge University Press, 1988).

- FUHRMANN, Heinz-Helmut, *Das Bogen der Straftat* gem. § 25 Abs. 1 StGB (Frankfurt am Main, Peter Lang, 2004).
- HAAS, Volker, *Kritik der Tabernakeltheorie, en Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 119 (2007).
- HERZBERG, Rolf, *Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt*, en JA. (1985).
- HERZBERG, Rolf, *Der Versuch, die Straftat durch einen anderen zu begehen*, en SCHÖNE-MANN, Bernd y otros (coordinadores), *Festschrift für Claus Roxin* (Berlin, Walter de Gruyter, 2001).
- HERZBERG, Rolf, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboten handelndem Werkzeug* (Berlin, Walter de Gruyter, 1967).
- HERZBERG, Rolf, *Täterschaft und Teilnahme* (München, C.H. Beck, 1977).
- HIRSCH, Hans Joachim, *Zur "actio libera in causa"*, en ESER, Albin (coordinador), *Festschrift für Harro Nibbeling* (Baden-Baden, Nomos, 1998).
- HRUSCHKA, Joachim, *"Actio libera in causa" und mittelbare Täterschaft*, en DOLLING, Dieter - ERB, Volker (coordinadores), *Festschrift für Karl Heinz Gössel* (Heidelberg, C.F. Müller, 2002).
- HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode* (2^a edición, Berlin, Walter de Gruyter, 1988).
- HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Zurechnung* (Berlin, Walter de Gruyter, 1976).
- JAKOBS, Günther, *Akzessorität: Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, en *Goldammer Archiv* (1996).
- JAKOBS, Günther, *Die sogenannte "actio libera in causa"*, en ESER, Albin (coordinador), *Festschrift für Harro Nibbeling* (Baden-Baden, Nomos, 1998).
- JAKOBS, Günther, *Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorzuleses Werkzeug*, en *Goldammer Archiv* (1997).
- JAKOBS, Günther, *Regelverbot beim Erfolgsdelikt*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 89 (1977).
- JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2^a edición, Berlin, Walter de Gruyter, 1991).
- JEROUSCHKE, Günther, *Tatschuld, Koinzidenzprinzip und mittelbar-unmittelbare Täterschaft*, en WEIGEND, Thomas - KÜPPER, Georg (coordinadores), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch* (Berlin, Walter de Gruyter, 1999).
- JOERDEN, Jan, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs* (Berlin, Duncker & Humblot, 1988).
- KINDHAUSER, Urs - NEUMANN, Ulfrid - PAERGEN, Hans-Ulrich (coordinadores), *Nomos Kommentar zum StGB* (2^a edición, Baden-Baden, Nomos, 2005).
- KINDHAUSER, Urs, *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.4.1996 - 1 StR 14/96 (LG Stuttgart)*, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1997).
- KINDHAUSER, Urs, *Bering als verippte mittelbare Täterschaft*, en SCHULZ, Joachim - VORBAUM, Thomas (coordinadores), *Festschrift für Günter Benmann* (Baden-Baden, Nomos, 1997).
- KINDHAUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat* (Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1989).
- KINDHAUSER, Urs, *Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft*, en BOHNERT, Joachim y otros (coordinadores), *Verfassung - Philosophie - Kirche. Festschrift für Alexander Hollerbach* (Berlin, Duncker & Humblot, 2001).
- KINDHAUSER, Urs, *Intentionale Handlung* (Berlin, Duncker & Humblot, 1980).

- KÖHLER, Michael, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Heidelberg, Springer, 1997).
- KOPF, Rolf, *Das Problem der mittelbaren Täterschaft durch ein rechtmäßig handelndes Werkzeug* (tesis doctoral, Göttingen, 1949).
- KÖHL, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (5^a edición, München, Vahlen, 2005).
- KÜPPER, Wilfried, *Der Versuchsbegriff bei mittelbarer Täterschaft*, en JZ. (1983).
- KÜPPER, Wilfried, *Mittelbare Täterschaft, Verbotismus des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip*, en JZ. (1989).
- KÜPPER, Wilfried, *Versuchsbeginn und Mittäterschaft* (Heidelberg - Hamburgo, R.v. Decker, 1978).
- KÜPPER, Georg, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, en *Goldammer Archiv* (1998).
- LAMPE, Ernst-Joachim, *Tätersysteme: Spuren und Strukturen*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 119 (2007).
- MAIWALD, Manfred, *Aspekte der Einheitslösung*, en KAUFMANN, Arthur y otros (coordinadores), *Festschrift für Paul Bockelmann* (München, C.H. Beck, 1979).
- MANALICH, Juan Pablo, *Nötigung und Verantwortung* (Baden-Baden, Nomos, 2009).
- MITSCH, Wolfgang, *"Actio libera in causa" und mittelbare Täterschaft*, en HETTINGER, Michael y otros (coordinadores), *Festschrift für Wilfried Küper* (Heidelberg, C.F. Müller, 2007).
- MURMANN, Uwe, *Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotismus des Vordermannes*, en *Goldammer Archiv* (1998).
- NOLTE, Bettina, *Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft* (Frankfurt am Main, Peter Lang, 2003).
- OTTO, Harro, *"Actio libera in causa"*, en Jura (1986).
- OTTO, Harro, *Kausalität und Zurechnung*, en ZACZYK, Rainer - KOHLER, Michael - KAHLO, Michael (coordinadores), *Festschrift für E.A. Wolff* (Berlin, Springer, 1998).
- OTTO, Harro, *Mittelbare Täterschaft und Verbotismus*, en SCHÖNE-MANN, Bernd y otros (coordinadores), *Festschrift für Claus Roxin* (Berlin, Walter de Gruyter, 2001).
- PUPPE, Ingeborg, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung* (Baden-Baden, Nomos, 2005), II.
- RENZKOWSKI, Joachim, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1997).
- ROXIN, Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil II*, (München, C.H. Beck, 2003), II.
- ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft* (7^a edición, Berlin, Walter de Gruyter, 2000).
- RUDOLPH, Hans-Joachim - HORN, Eckhard - GÜNTHER, Hans-Ludwig - SAMSON, Erich (coordinadores), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (München, Luchterhand, 2004).
- SCHUMANN, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen* (Tübingen, Mohr Siebeck, 1986).
- SPENDEL, Günter, *Der "Täter hinter den Täter": eine notwendige Rechtsfigur?* en WARD, Günter y otros (coordinadores), *Festschrift für Richard Lange* (Berlin, Walter de Gruyter, 1976).
- STEIN, Ulrich, *Die strafrechtliche Beteiligungsfornenlehre* (Berlin, Duncker & Humblot, 1988).

- VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten* (Berlin, Duncker & Humblot, 1993).
- VON WRIGIT, Georg Henrik, *Handlung, Norm und Intention* (Berlin, Walter de Gruyter, 1977).
- WEIDENKOPF, Andreas, *Anstiftung oder Urheberchaft?* (tesis doctoral, Freiburg, 1930).
- WOLF, Gerhard, *Gestufte Täterschaft. Zur Lehre vom "Täter hinter dem Täter"*, en HOFER, Andreas y otros (coordinadores), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder* (Heidelberg, C.F. Müller, 2006).
- ZACZYK, Rainer, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverletzung des Verletzten* (Heidelberg, C.F. Müller, 1993).
- ZIESCHANG, Frank, *Gibt es den "Täter hinter dem Täter"?*, en DANNECKER, Gerhard y otros (coordinadores), *Festschrift für Harro Otto* (Köln, Carl Heymann, 2007).