

EL AUTOR MEDIATO

Álvaro BUNSTER

1. El principio de que el autor del delito es quien realiza el hecho que lo constituye, posee en la teoría del *concursum delinquentium* la doble virtud de la evidencia lógica y de la certeza política. Si el delito es un hecho, parece intuitivo que se tenga por autor de él a quien “lo realice por sí”, como reza el Código Penal mexicano, y si el delito es un acto externo y no una mera idea, parece adecuada garantía política la de que se tenga por autor de él, no a quien lo ha concebido en su imaginación, sino a quien lo ha realizado. Es pues explicable que, frente a esos claros y simples postulados, la posibilidad de erigir también a la condición de autor con el nombre de *autor mediato* a quien —sin ejecutar el hecho con sus manos ni intervenir materialmente en su realización, se ha valido para ello de otra persona como intermediario, mediador o instrumento— haya suscitado desde antiguo vivo debate respecto de su fundamento racional y de los criterios de certeza que deben acompañarla.

La denominación de autor mediato es de procedencia alemana, mas no así las cuestiones jurídicas que lleva implícitas. Se atribuye inexactamente a la doctrina germana el haberlas planteado y se imputa su dificultad a aquel prurito de bizantinismo tan frecuentemente censurado a los juristas alemanes. En el caso del autor mediato se trataría de ahondar en un falso problema que, por añadidura, no podría exhibir aspiraciones de universalidad, desde que las peculiaridades del derecho penal alemán lo confinarían de antemano al exclusivo ámbito del *jus positum* de aquel país.

2. El concepto del autor mediato parece haberse hallado latente, si no en el derecho romano, del cual la ciencia moderna suele invocar para estos fines el aserto de que también quiere el que ha cometido el hecho por coacción, *coactus volui*,¹ en la elaboración jurídica de

¹ *Quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui, Paulus, Digesto. (4, 2, 21, 5).*

los comentaristas italianos que, como se sabe, construyeron un verdadero sistema del *concursum delinquentium*.

Los llamados posglosadores distinguieron claramente al autor de los partícipes. Para ellos, era autor del delito aquel cuya acción aparecía como consecuencia de una libre y culpable resolución de voluntad, y partícipes —en las formas de mandato, consejo y auxilio— quienes intervenían en grado menor que el autor en el hecho delictivo. Reconocían en quien se valía de un inimputable, en quien compelia al que se hallaba en el trance de obedecer una orden, en quien constreñía a otro por amenaza y en quien utilizaba a quien era víctima de error exculpante, a un “verdadero autor”.²

Estos principios inspiraron por largo tiempo al derecho común europeo, en cuyo desenvolvimiento, como se explanará adelante, la figura del autor mediato cobró sucesivo realce a pesar de pasajeras vicisitudes, hasta adquirir contornos definitivamente acusados en los comienzos del siglo XIX. Desde entonces, la ciencia alemana empieza a acordarle la designación que lo acompaña hasta hoy.³

3. El testimonio histórico divisa, pues, el origen del concepto en un momento muy anterior a la época en que se inicia el desenvolvimiento científico del derecho penal alemán. La tendencia a recluirlo dentro de las fronteras del derecho positivo y, una vez en él, dentro del derecho positivo germano, carece igualmente de fundamento.

Las aspiraciones de universalidad del concepto de autor mediato se ven rotundamente legitimadas en un sistema como el de Carrara, que no es de derecho penal positivo, sino de derecho natural. Y es particularmente digno de nota que eso acontezca en el pensamiento de un jurista tan fiel a la teoría de las fuerzas del delito y guardián tan celoso del principio conforme al cual la ciencia penal sólo tiene por objeto actos externos y no se ocupa de los pensamientos sino para indagar las causas de aquéllos.⁴ Para la ciencia —dice el gran maestro— el delito es un ente jurídico, que resultando de la contradicción entre un hecho y la ley, no tiene vida si la ley no es ofendida materialmente con un hecho, y autor de este hecho es sólo quien materialmente lo con-

² Dahm, G., *Das Strafrecht Italiens in ausgehenden Mittelalters*, Berlin und Leipzig, 1931, Walter de Gruyter & Co., p. 207; Schröder, F.-Ch., *Der Täter hinter dem Täter*, Berlin, 1965, p. 19.

³ Schaffstein, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Aalen, Scientia Verlag, 1973, pp. 174 y ss.; Jescheck, H.-H., *Tratado de derecho penal, Parte general*, Barcelona, Bosch, 1971, t. II, p. 919; Schöeder, *ob. cit.*, pp. 18 y ss.

⁴ Carrara, F., *Programa del curso de derecho criminal*, Buenos Aires, Depalma, 1944, § 428.

sumó.⁵ Esta premisa, sostenida sin desmayo a través de las muchas páginas magistrales que consagra el concurso eventual de sujetos al hecho punible, no lo hace retroceder, sin embargo, ante la necesidad de hacer sitio en la teoría de la complicidad a quien se vale, no ya de un agente, sino de un instrumento ciego y puramente pasivo de la voluntad prava que lo puso en movimiento.⁶ Con propiedad de lenguaje, no puede llamarse *autor* del delito —dirá— a quien es sólo autor del *pensamiento* delictuoso, salvo el especialísimo caso en que el autor físico no haya obrado con voluntad libre e inteligente. En este caso, el *autor físico* del hecho se equipara a la materia bruta y debe considerarse como mero instrumento de quien le dio impulso, el cual es autor como si se hubiese valido de un leño, de una piedra o de una materia cualquiera, desde que no hay *acción* delictiva de aquel en quien no concurre ni el *hombre externo* ni el *hombre interno*. Y si fue ignorante y completamente coacto o irresponsable de cualquier otra manera —continuará diciendo—, allí no concurre el hombre interno; será él autor del *hecho*, pero no del delito, pues a su respecto aquel hecho no es delito. El *agente* del delito es, pues, sólo el que se valió de su brazo como de un instrumento.⁷ De esta forma, está bien que se le llame *autor* del delito.⁸

Obsérvese que la excepción al principio de tener por autor sólo a quien materialmente consumó el hecho con el propio acto, no se contrae sólo al que se sirve de otro como de una “materia cualquiera”, sino que se extiende expresamente también al *ignorante*, al *completamente coacto* y, en definitiva, al irresponsable por cualquier causa de que derive la ausencia del hombre *interno*. Que ese sujeto situado tras el autor físico no puede ser confundido, en el pensamiento de Carrara, con el instigador que en su sistema conforma un concurso de voluntad sin concurso de acción y que es un delincuente accesorio, lo muestran las últimas líneas del núm. 191 de su monografía sobre el grado en la fuerza del delito, que estamos citando:

Con gran exactitud, por tanto, habían distinguido siempre los criminalistas en el delito a los *motores* de los *autores*. Sólo entre los modernos prevaleció la vaguedad de unificar a los *motores*

⁵ *Ibidem*.

⁶ Carrara, F., “Grado nella forza fisica del delitto”, en *Opuscoli di Diritto Criminale*. Firenze, 1909, vol. I, § 191.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Carrara, F., *Programa...*, *op. cit.*, § 428.

y los autores, y de comprender también a aquéllos bajo esta denominación. Pero la ciencia no ganó con ello en exactitud.⁹

4. Lo que en el siglo XIX pensaba el jusnaturalismo penal italiano sobre el autor mediato, se halla en sustancial conformidad con el modo como lo concebían los cultores del derecho positivo. Salvo puntos de disensión en cuanto al cómplice de quien obra sin voluntad libre e inteligente, el célebre ensayo de Impallomeni sobre el concurso de varias personas en un mismo delito de 1887,¹⁰ las *Lezioni* de Civoli aparecidas en 1895¹¹ y la edición del *Trattato* de Manzini que vió la luz pública ocho años después de cerrado el siglo,¹² erigen a la condición de autor del hecho a quien, sin ejecutarlo con sus manos, se ha servido de otro como un puro medio o instrumento inconsciente, o se ha limitado puramente a auxiliarlo. El mismo pensamiento prevalece en un texto particularmente significativo, donde se vierte de modo admirable la ciencia penal finisecular italiana. La relación de Zanardelli al Proyecto de Código Penal de 1889, que al año siguiente recibiera sanción legislativa, dice en el pasaje pertinente: "...es un instigador sólo en apariencia... en realidad es él el verdadero y solo autor, puesto que quien ignora o se halla ebrio no puede ser considerado sino como instrumento de que el malhechor se sirve para la ejecución del maleficio."¹³ Ya antes, en la relación al Proyecto de 1887, como hace recordar Grispigni, se había dicho a propósito de las circunstancias personales: "Si el hecho fuese cometido por un menor de nueve años o por un loco, aquellos que lo hubieran instigado, o incitado a cometer el maleficio no serían partícipes en el delito, sino autores de él."¹⁴

El concepto de autor mediato, lejos de ser ajeno, pues, a la ciencia jurídica italiana, ha adquirido en ella carta de naturaleza desde muy antiguo y continúa siendo objeto de animado debate científico aun en la vigencia del Código penal promulgado en 1930, que no distingue formas de intervención en el hecho punible. Juristas hay que recla-

⁹ Carrara, F., "Grado nella forza fisica del delitto", *op. cit.*, § 191.

¹⁰ Impallomeni, G. B., "Del concorso di più persone in un reato", en *Rivista Penale*, agosto de 1887, p. 112.

¹¹ Civoli, *Lezioni di diritto penale*, Torino, 1895, p. 249.

¹² Manzini, V., *Trattato di diritto penale*, Torino, 1908, vol. I, pp. 420 y 438.

¹³ Citado por Grispigni, F., "Il delitto del non imputabile nel concorso di più persone in uno stesso reato", en *La Scuola Positiva*, anno XXI, vol. II, 1911, p. 5, nota 7.

¹⁴ *Ibidem*.

man con vigor la necesidad de esa noción como —por ejemplo— Riccio, autor de una monografía consagrada al tema que lleva precisamente el nombre de *L'autore mediato*, y los hay también quienes la desconocen, como Grispigni en 1911,¹⁵ Bettiol y, al parecer, Pedrazzi¹⁶ Ranieri, quien admitió la figura del autor mediato en la primera edición de su monografía sobre el concurso de varias personas al hecho punible, la extrañó de la segunda, mas no sin un confesado desasosiego.¹⁷

5. El concepto del autor mediato no ha sido nunca objeto de la preocupación científica francesa,¹⁸ pero sí lo ha sido desde hace muchos años de la doctrina y jurisprudencia suizas,¹⁹ y de la tradición inglesa del *common law*. Con apoyo en una serie innumerable de precedentes, que con holgura se remontan más o menos a 1840, la moderna doctrina inglesa trata del autor mediato denominándolo *innocent agent* y caracterizándolo como alguien que se halla libre de responsabilidad en razón de infancia, enfermedad mental, carencia de la *mens rea* u otras causas análogas.²⁰ Ante el derecho, afirma Glanville Williams, es una mera máquina cuyos movimientos se hallan regulados por el delincuente.²¹ Sin el más leve influjo de la ciencia jurídica alemana, la doctrina inglesa va mucho más allá del reconocimiento y simple caracterización del *innocent agent*, pues se ocupa en justificar la existencia del concepto en relación al principio de accesoriedad, en reconocerla aun para el caso de que el mal del delito recaiga sobre persona o cosa distinta de la que se entendía ofender, en resolver la cuestión que suscitan los delitos especiales cometidos a través de un *innocent agent* y, en fin, en analizar el problema de si cabe admitir la posibilidad de delitos imprudentes o negligentes por medio del expresado *innocent agent*.²² Algo análogo cabe señalar de la doctrina penal de los Estados Unidos.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Pedrazzi, C., *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, Priulla, 1952, *passim*.

¹⁷ Ranieri, S., *Il concorso di più persone in un reato*, 2a. ed., Milano, Giuffrè, 1949 (en el prefacio).

¹⁸ No se ocupan, en efecto, del concepto los tratados clásicos de Roux, Ortolan, Chauveau-Hélie, Garraud, Vidal-Magnol, etcétera, ni los de Merle-Vitu y otros recientes.

¹⁹ Schultz, H., "Täterschaft und Teilnahme in modernen schweizerischen Strafrecht", en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 71 Jahrgang (71e. année), 1956, pp. 256 y ss.

²⁰ Williams, Glanville, *A Treatise on Criminal Law, The General Part*, London, 1964, p. 350.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

6. Después de lo dicho no parece, pues, prudente interceptar la marcha a la teoría del autor mediato afirmando que sus dificultades sólo pueden resonar en el puro ámbito del derecho positivo alemán.

Motivo de perplejidad es, empero, el aserto de que esa legislación ofrece en este punto peculiaridades que le son privativas. El Código Penal alemán vigente desde 1871, sometido desde entonces a varias modificaciones, y sustituido en 1969, regulaba de manera por demás completa el concurso eventual de sujetos a un hecho punible. En la sección 3a. de la 1a. parte, consagrada a la *participación (Teilnahme)*, se contenían en total seis párrafos, a algunos de los cuales se alude a seguido. El Código no brindaba una definición de autor y consagraba a los coautores el núm. 47, donde se disponía que: "Si varios han ejecutado conjuntamente una acción punible, cada cual será castigado como autor." El núm. 48 estaba consagrado al instigador y el núm. 49 al cómplice o auxiliador. La caracterización del instigador (*Anstifter*) era amplia, ya que por tal era tenido "el que por dádiva, promesa, amenaza, abuso de prestigio o poder, intencionada provocación o estímulo de un error o por cualquier otro medio determina dolosamente a otro a la acción conminada con pena, cometida por éste". Su castigo se establecía conforme a las mismas reglas que hallaban aplicación para punir la acción a que conscientemente había instigado. La caracterización del cómplice o auxiliador (*Gehilfe*) era, asimismo, amplia, pues se tenía por tal "al que a sabiendas sa prestado ayuda al autor, por obra o consejo, para la comisión de una acción conminada con pena como crimen o delito". Su castigo se determinaba de acuerdo a las mismas normas que hallaban aplicación para punir la acción a que a sabiendas había prestado ayuda; pero podía graduarse conforme a los preceptos establecidos para la represión de la tentativa. Seguían dos normas que no interesan por ahora a esta exposición: el núm. 49 *a*, agregado el 26 de febrero de 1876 y conocido como "párrafo Duchesne" (tentativa de instigación, acuerdo para delinquir, desistimiento tempestivo), y el núm. 49 *b*, transferido de una ley complementaria al cuerpo del Código Penal el 19 de diciembre de 1932 (asociación para cometer homicidio). Por último, el núm. 50 disponía:

Si varios han intervenido en un hecho, cada cual será punible conforme a su propia culpabilidad y sin consideración a la de los demás. Si la ley dispone que especiales propiedades o relaciones personales agravan, atenúan o excluye la pena, ello valdrá sólo para el autor o partícipe en que concurren.

Los textos transcritos son básicamente los que el Código traía en este punto desde su origen, salvo el reemplazo —en lo que aquí interesa— de la expresión “acción punible” por “acción conminada con pena” en los párrafos 48, 49 (y también 49 a) y 50, y la introducción en este último de una regla que pasaba a constituir su primer inciso y por la cual la punibilidad de cada concurrente reposaba en la culpabilidad propia y no en la ajena. Estas alteraciones al Código se hicieron el 29 de mayo de 1943.

7. Sobre esta trama legislativa han tejido ciencia y jurisprudencia la teoría del autor mediato en Alemania. La doctrina penal de ese país divisa causas de diverso orden en el origen de esa concepción: legislativas unas, dogmáticas otras.²³ Las razones legislativas han sido ampliamente difundidas en el mundo de habla hispana, de manera especial por la versión castellana del importante trabajo de Bockelmann sobre las relaciones entre la condición de autor y la de partícipe.²⁴ Antes de la reforma operada en 1943 en el Código Penal alemán, la expresión “acción punible” (*strafbare Handlung*) movía a la mayor parte de la doctrina y también a la jurisprudencia a entender que el derecho penal positivo alemán daba acogida a la llamada accesoriedad extrema, es decir, hacía depender la punibilidad del partícipe de que el hecho del autor principal satisficiera a la vez la triple exigencia de ser típico, antijurídico y culpable.²⁵ La premisa conducía necesariamente a conclusiones inadmisibles, esto es, a la absolución del partícipe en el acto de un enfermo mental, de un menor inimputable, de quien obró por coacción o error excluyente del dolo. El concepto del autor mediato acudía a reparar el absurdo, pues si la imputabilidad, el estado de coacción o el error del ejecutor físico lo convertían en mero instrumento inconsciente de quien lo utilizaba, era éste el que dejaba de ser mero partícipe para devenir autor, y precisamente autor *mediato*.²⁶

A las razones legislativas se sumaban luego las dogmáticas. Más allá de los casos indicados, que bien pueden estimarse formas ya clásicas de la condición de autor mediato, la ciencia y la práctica de-

²³ Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht*, 11 Aufl., Berlin, Walter de Gruyter & Co., 1969, p. 101; Roxin, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 2. Aufl., Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1967, p. 141.

²⁴ Bockelmann, P., *Relaciones entre autoría y participación*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1960, *passim*.

²⁵ Mayer, M. E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915, p. 391.

²⁶ Bockelmann, Welzel y Roxin, en obras y lugares citados.

bían enfrentarse a otros que difícilmente podían regularse por las normas expresas acerca de la participación y, sobre todo, por el empleo coherente de los principios que informan la teoría del delito: el servir-se, en ciertas circunstancias, de un agente que obra conforme a derecho o conforme a deber y perpetrar, no obstante, un delito. Un ejemplo del primer caso es el homicidio cometido por *A* como autor mediato en la persona del enfermo mental *B*, a quien quiere eliminar, instándolo a dar muerte a *C*, que mata a su atacante en legítima defensa.²⁷ Un ejemplo del segundo, es, en el derecho penal alemán, el de quien como autor mediato comete un delito en contra de la administración de justicia logrando por engaño o falsas pruebas que el juez, que obra de buena fe y en el cumplimiento de su deber ministerial, pronuncie en contra de otro sentencia injusta.²⁸ Sólo la teoría del autor mediato —sostiene un amplio círculo de juristas germanos— puede conducir al recto castigo de un hecho que es para el intermediario un hecho lícito.

Pero a estas consecuencias no se llega, según podrá percibirse, por peculiaridades de los respectivos preceptos alemanes. Antes al contrario, a la sazón, ellos parecían, mejor que otros cuerpos legislativos, favorecer la caducidad de toda teoría atinente al llamado autor mediato. Variadas consideraciones, en efecto, aparentaban confluir hacia esa disolución. La ley alemana, en primer lugar, no definía el concepto de autor y, sobre todo, situaba en el marco de la instigación, que es una forma de ser partícipe y no de ser autor, el proceso por el cual un hombre influye en la mente de otro para impelerlo al delito. En segundo lugar, por lo que hace a aquel proceso, era tan amplia la formulación legal —amenaza, abuso de poder, provocación de un error, para no citar sino los modos más significativos de inducir a otro, contenidos en ella— que ese vasto enunciado habría convenido a la par a las situaciones que conforman la instigación y a las que dan origen a la condición de autor mediato, y habría tornado, en consecuencia, innecesaria esta última noción. En tercer lugar, previniendo el núm. 48 del Código Penal alemán que la determinación de la pena del instigador estaba sujeta a las mismas reglas aplicables para la determinación de la del autor, se habría castigado igualmente al autor mediato que al autor inmediato, impidiendo el ilogismo y la injusticia notoria de imponer sanciones diversas a dos especies de un mismo género.

Esas y otras consideraciones deben de haber ejercido su influjo para que la figura del autor mediato se tuviese tímidamente en un

²⁷ Welzel, H., *cit.*, p. 105.

²⁸ *Ibidem*.

tiempo como la de un autor fingido,²⁹ para que se le acordara la pura función de colmar el hiato que pudiera eventualmente surgir entre las nociones de autor propiamente dicho e instigador y para que se esperase con impaciencia el advenimiento de la reforma que sustituyera en el Código la accesoriadad extrema por la accesoriadad limitada.³⁰ La reforma llegó, por fin, el 29 de mayo de 1943, y en su virtud la expresión "acción punible" se reemplazó por la de "acción conminada con pena" en los párrafos 48, 49, 49 a y 50, y se dotó a este último, como ha quedado dicho, de una nueva regla, que pasó a constituir un inciso 1* y por la cual en la intervención delictiva de varios se estaba, para el castigo de cada cual, a su culpabilidad y no a la ajena. Hay acuerdo en que esas reformas tuvieron el claro designio de sustituir la accesoriadad extrema por la accesoriadad limitada. La consecuencia no fue, sin embargo, que ciencia y judicatura germanas extendieran certificado de defunción a la figura del autor mediato, absorbiéndola en la de instigación. Antes al contrario, la teoría del autor mediato ha surgido de las cenizas y se asiste hoy en Alemania a una vigorosa tendencia a fundamentarla, desarrollarla, afianzarla y enriquecerla.³¹

8. ¿Hay en ello una expresión de tozudez científica o un afín insoportable de tornar complejas las cosas simples?

La respuesta negativa a esta pregunta reposa, en primer término, en una consideración de elevada alcurnia, que trasciende, por cierto, el limitado campo en que ella aparece planteada.

Un legislador —dice Carrara— puede hallar justo que alguno de los *cómplices* se equipare al *autor principal* en la imputación y en la pena; y así resuelta tal inspección, expresará su voluntad equiparadora con dar a todos ellos el nombre de *autores* del delito, y esta nomenclatura responderá suficientemente a las necesidades del derecho constituido. Pero la ciencia no puede suponer *a priori* resuelta cuestión alguna. Ella debe ante todo definir los entes sobre los cuales van a recaer sus estudios. Y cuando en estos objetos de sus búsquedas halle condiciones naturalmente disformes, será menester que a cada cual asigne un nombre distinto. Si sus estudios conducen luego a deber equiparar para ciertos efectos a estos entes ya segregados, subsistirá la segregación de los vocablos, por ser inherente a la primitiva naturale-

²⁹ Crispigni, *cit.*, p. 4, nota 1.

³⁰ Roxin, *cit.*, p. 141.

³¹ Bockelmann y Roxin, en obras y lugares citados.

za de aquellos objetos, y un nombre diverso no será obstáculo para la parificación.³²

Y continúa en el párrafo siguiente: “Así pudo un legislador decir que también era culpable de *parricidio* el matador del padre *adoptivo*. Pero la ciencia no podrá jamás expresar esta paternidad civil con el mismo nombre de la paternidad natural, porque son dos cosas intrínsecamente diversas. . .”³³

Este pensamiento admirable, que pone en guardia al intérprete ante la posible y peligrosa confusión de su tarea científica con la técnica conceptual usada por la ley para servir su propia voluntad de vigencia, excede, claro está, el campo especial del derecho en que el jurista trabaja y la materia específica a que, en un dado momento, contrae sus esfuerzos de clarificación. No importa que la ley no llame cómplice al autor inmediato, y tampoco importa que la ley ni siquiera lo mencione. El deber del jurista subsiste como una superior necesidad de descubrir ciertas esencias ocultas en la vasta y complicada materia del derecho. Si el cómplice no puede ser autor aunque se le llame tal, el autor tampoco puede ser cómplice aunque la ley lo haya equiparado a éste, si no en el nombre, al menos en la pena. Una revista de la legislación penal contemporánea señalará un número interminable de códigos en los que la pena del instigador es la misma pena del autor del hecho; pero eso no autorizará —como expresa luminosamente Carrara— a que la ciencia equipare el autor mediato al instigador y a confundir las esencias sólo porque aparecen confundidos los nombres y algunas de las consecuencias jurídicas.

El instigador induce y también puede inducir el autor mediato; pero las esencias permanecen distintas. Estos dos objetos, para usar el lenguaje de Carrara, poseen “condiciones naturalmente disformes”. Por pocos se ha sostenido modernamente este aserto con mayor energía que por Maurach, para quien el firme contorno de la calidad de autor mediato es uno de los “sectores esenciales” (*Kernbererliche*) del derecho penal, que no puede ser reducido por un acto arbitrario de la ley.³⁴ La diferencia esencial entre autor mediato e instigador es perceptible tanto si se recurre a los casos que hemos llamado tradicionales de esta noción como si se mira a los que la dogmática más

³² Carrara, “Grado nella forza fisica del delitto”, *cit.*, p. 188.

³³ *Idem.*, p. 1689.

³⁴ Maurach, R., *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2, Aufl., Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1958, Bd. I, p. 494.

moderna quiere hacer derivar de ella. Así, en las situaciones de imputabilidad, error o estado de coacción del ejecutor físico del hecho, sólo una consideración imbuida del más crudo positivismo puede pretender incluir en la idea pura de instigación el empleo que el inductor haga de un hombre que, a causa de sus facultades permanentemente perturbadas, no puede advertir el significado de su acto; que por una circunstancial percepción equivocada de la realidad tampoco se halla en la posibilidad de captar ese significado, o que, por ausencia de libertad moral no se siente "persuadido" a delinquir, sino sólo obligado por las circunstancias. Con razón expresa Maurach que la consideración más generosa (*weitherzig*) no podría cubrir estos casos bajo el manto de la instigación.³⁵ El inductor, en verdad, ha obrado menos en el sentido del proceso psíquico de "convencer" que en el de supeditar la voluntad del agente físico a la suya. Tampoco otras situaciones que las tendencias científicas más recientes agrupan bajo el rótulo de "autor tras el autor" y que son muestra, al menos, de la interna aptitud de desenvolvimiento orgánico que parece ostentar la idea de autor mediato, franquean el camino a la parificación esencial de éste al instigador. Quien divisa a una persona apuntando un arma de fuego al sitio preciso por donde pronto ha de pasar su jurado enemigo y le grita "¡ahí va!, sabedor de que quien pasa es otra persona, comete homicidio como autor mediato sin haber contribuido a formar en otro la determinación de delinquir, rasgo característico e infaltable de la instigación. Ese hombre, sin arrastrar a un inocente al delito, ha desviado el golpe como si su mano lo hubiese hecho y, aunque no ha supeditado la voluntad del acechante, se ha valido de él como un verdadero instrumento para privar de la vida a persona distinta. Identificar tal conducta con la propia del instigador comportaría una distorsión flagrante de los conceptos con que el derecho debe operar.

Sea, pues, que el autor mediato obre como la "larga mano" del agente físico del hecho, según la acertada expresión de Carrara, sea que permanezca en la sombra como un factor sin el cual el autor material no habría cometido el delito, es siempre un autor y, por tanto, el protagonista del acontecer delictivo, su "figura central conformadora".³⁶ En torno suyo hállase el centro de gravitación del hecho y a él se subordina la participación accesoria, si la hay. Confundirlo con el instigador o asimilarlo a él importa una adhesión demasiado

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Roxin, *cit.*, pp. 25 y ss.

servil a los enunciados legislativos estrictos e intentar construcciones puramente exteriores, “jurídicas”, como las ha calificado Welzel concediendo a tal expresión sentido peyorativo. Ello queda muy de manifiesto en el consabido ejemplo de la enfermera que por inducción dolosa del médico causa la muerte de un paciente en la ignorancia del contenido deletéreo de la inyección que le aplica. Si conforme al criterio censurado se quiere reconocer en la enfermera al autor del hecho y en el médico a su instigador, se prescinde —como anota Welzel— de las relaciones reales de la vida³⁷ y se incurre en el paralogismo de trocar lo accesorio por principal y lo principal por accesorio. El médico, no la enfermera, es el protagonista del hecho y aquélla no es más que su ciego instrumento.

Aparte las precedentes razones de fondo, que fuerzan a concebir al autor mediato como una figura de diferente esencia a la del autor inmediato y a la del instigador, abundan las razones que diremos prácticas para entenderla de ese modo. El concepto de instigación no serviría, como se ha recordado, para castigar al pérfido y oculto responsable de un delito que se vale de un ejecutor físico que obra conforme a derecho o conforme a deber, pues la figura de instigación es punible como figura accesorias a un hecho que no es lícito. Por otra parte, las consecuencias de la punibilidad de la tentativa son diversas, según se entienda absorbida la figura del autor mediato en la instigación o se la estime como un ente jurídico existente por sí mismo. Puesto que la instigación es una forma accesorias de participar, la circunstancia de que el hecho del autor principal no alcance el grado de tentativa determina la impunidad del instigador, al paso que si de lo que se trata no es de un instigador sino de un autor mediato, actos del instrumento por él utilizado que de otro modo podrían estimarse anteriores al estado de tentativa y, por tanto, impunes, pueden en cambio constituirlos con respecto a la acción ejecutiva propia de todo autor y, en consecuencia, también en este caso del autor mediato.

De todo lo dicho se sigue que la figura del autor mediato, lejos de surgir a la consideración de la ciencia jurídica por un prurito de bizantinismo o de ofrecer motivo para ahondar en un falso problema, vive en la ley junto a las demás figuras del *concursum delinquentium* y termina de concederle a éste la estructura y coherencia debidas.

9. Abiertas de ese modo al autor mediato las puertas de la ley,

³⁷ Welsel, H., “Studien zum System des Strafrechts”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Bd. 58, 1939, p. 546, nota 72.

cabe precisar la extensión del ámbito que la doctrina reconoce al concepto.

Como se ha recordado, hace algo más de un siglo que Carrara extendió la denominación de autor a quien se vale, como de un mero instrumento, de un ejecutor que no obra con voluntad libre e inteligente, ya sea porque se le ha utilizado como un mero cuerpo, caso en el que falta en él a la vez el hombre externo y el interno, ya porque se mantiene ignorante de las circunstancias, es víctima de coacción completa o se halla en estado de irresponsabilidad por cualquiera otra causa, casos en que no concurre el hombre interno. En el primer caso no hay autor, porque no hay acto y, con ello, no hay agente; en el segundo, el ejecutor físico será autor del hecho, pero la condición de autor del delito se desplazará a quien está tras él.³⁸

M. E. Mayer, en 1917,³⁹ enseñaba que “el que ha determinado a un hombre que por motivos jurídicos no puede ser autor a realizar un tipo legal debe ser castigado como autor y designado como autor mediato (o también autor [*Urheber*] intelectual)”. Mezger, en 1931,⁴⁰ y en trabajos posteriores dice que “se denomina autor mediato al autor que ha causado el resultado a través de un mediador”. Welzel, en la undécima edición de su *Lehrbuch*, de 1964, expresa:

El autor no necesita ejecutar el hecho en todas sus fases por sus propias manos y puede no sólo servirse para ello de instrumentos mecánicos, sino uncir a sus fines el obrar de otro en tanto posea sólo él el dominio del hecho respecto de la realización del tipo. Se habla tradicionalmente aquí de autoría mediata...⁴¹

Esas formulaciones, espigadas entre muchas de las que ofrece la ciencia para la condición de autor mediato, coinciden en caracterizarla por la intervención de dos personas en relación al hecho, y convienen en que el que materialmente lo ejecuta es un instrumento, mediador o intermediario del cual se ha valido quien se halla tras él. En dos de ellas, además, esto es, en la de Mayer y en la de Welzel, la idea de sojuzgamiento personal en que psíquicamente aparece el mediador respecto de quien lo interpone, es desplazada por una fórmula de contenido más general: la de Mayer presupone la inidoneidad jurídica

³⁸ Carrara, F., *Programa...*, cit., p. 428.

³⁹ Mayer, M. E., cit., p. 425.

⁴⁰ Mezger, E., *Strafrecht*, 2. Aufl., München und Leipzig, Duncker & Humblot, 1933, p. 425.

⁴¹ Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht*, cit., p. 101.

para ser autor por parte del agente físico y la de Welzel destaca en la relación de ambos sujetos el factor del dominio del hecho por parte del autor mediato. ¿Cómo deben específicamente desplegarse los motivos o causas que hacen del agente físico un mero instrumento o mediador, que lo privan de la idoneidad jurídica para ser autor, o, en fin, que mantienen en el hombre que está detrás el dominio sobre el acto?

En el curso de su evolución, la figura del autor mediato recorre primeramente una fase que podría denominarse tradicional y en que ella surge por tres fundamentales motivos: el error, la coacción y la inimputabilidad del ejecutor material. Éste es, en todas esas situaciones, irresponsable en virtud de causas que enervan su punibilidad por razones psicológicas, en tanto, claro está, el error, la coacción y su falta de imputabilidad acumulen todos los extremos que, en el caso concreto, determinan la exclusión de la responsabilidad.

En una segunda fase de su evolución, la esfera en que surge como posible la responsabilidad de quien está detrás a título de autor mediato experimenta una ampliación en virtud de una inidoneidad jurídica del instrumento, que no estriba ya en razones psicológicas de "ausencia de libertad", sino en otros motivos: ausencia de tipicidad en la acción del ejecutor no cualificado que comete un delito descrito por la ley respecto de sujetos cualificados, o, como en el caso de coacción a la autolesión o al suicidio, y ausencia de antijuridicidad en el instrumento, que obra, por tanto, conforme a derecho o conforme a deber, como en el caso del que mata en legítima defensa a su atacante loco e instigado por el autor mediato, y como en el recordado ejemplo del juez que de buena fe y en cumplimiento de su deber ministerial pronuncia sentencia injusta en contra de una persona sobre el mérito de probanzas falsas urdidas o forjadas por el autor mediato.

Las aludidas situaciones, que configuran la firme esfera que se concuerda en reconocer a la teoría del autor mediato, abren, pues, curiosamente una ventana al panorama de las características del delito y muestran que la deficiencia de cada una de ellas, desde el punto de vista del ejecutor físico, va generando las diversas situaciones en que la figura del autor mediato puede presentarse, y esa circunstancia conduce al explicable afán de conceder sistematización a esta teoría en consonancia con el propio sistema del delito, aunque no todos los que se han ocupado del asunto escojan esta vía de ordenamiento y exposición. Interesa, sin embargo, dar cuenta de los esfuerzos más importantes en tal sentido en cuanto contribuyen al reconocimiento del

fundamento que se halla tras cada una de las situaciones en que se da jurídicamente la figura del autor mediato.

10. M. E. Mayer, en un breve pasaje dedicado al asunto, individualiza esos fundamentos en el siguiente orden: a) inidoneidad del ejecutor por no satisfacer la determinación modal de la acción, esto es, por no poseer en su persona las características exigidas por el tipo en el sujeto; b) ausencia en el ejecutor de la culpabilidad, sea que falte en él la imputabilidad, que lo cubra una causa de exclusión de la culpabilidad o que no haya obrado con la especie de culpabilidad requerida por el tipo, y esto último concebido a su vez como desplegando dos situaciones completamente diversas: aquella en que, por ejemplo, el agente físico realiza con culpa la acción que sólo es imputable a título de dolo, y aquella en que, obrando el agente dolosamente, no obra sin embargo con el dolo que es esencial para la figura de que se trata, lo que en concepto de Mayer debe comportar su castigo como cómplice, y esa situación se ilustra con el conocido ejemplo del peón que trae las gallinas del vecino a la granja de su patrón por orden de éste, ejemplo debido a Allfeld, donde, en el concepto de Mayer, el peón es instrumento doloso del campesino por no haber actuado con intención de apropiación, mientras el campesino debe responder por hurto. Mayer previene, sin embargo, contra una falsa generalización de este caso, haciendo notar que el que hurta poseyendo de antemano la intención de transferir después lo hurtado por donación, permuta o venta, debe ser castigado como autor.⁴²

Podrá percibirse que en el sistema de Mayer la figura del autor mediato se genera por deficiencias de la tipicidad (sujeto no cualificado o acción carente de un elemento subjetivo del tipo), por ausencia de culpabilidad (inimputabilidad, ausencia de dolo o existencia de una causa de exclusión de la culpabilidad), mas no por la acción de un agente que obra conforme a derecho.

Eberhard Schmidt, autor de una monografía sobre el autor mediato incluida en el homenaje de la ciencia penal alemana a Reinhard Frank (1930) y colaborador en el Tratado de v. Listz, que alcanzó la edición vigésima sexta en 1932, fundamenta la figura del autor mediato en relación a la ausencia de dolo y se preocupa de puntualizar que también aquellos casos en que, respecto del tipo de delito de que se trata, faltan en el agente los elementos que integran la realización antijurídica de él, desaparece el dolo, en cuanto él presupone, como forma de la culpabilidad, la conducta antijurídica. Esto determina a

⁴² Mayer, M. E., *cit.*, p. 379.

Schmidt a excluir por completo de la teoría al llamado instrumento doloso.⁴³ Los diversos casos singulares en que se da la figura del autor mediato reconocen, en consecuencia, dos grandes fundamentos: a) ausencia de dolo en el intermediario, desde el estricto punto de vista de la culpabilidad, y b) ausencia de dolo en él en cuanto, a su respecto, la acción desplegada no puede reputarse antijurídica en el sentido del tipo legal aplicable *en concreto*. El primer fundamento señalado sub a) comprende la inimputabilidad, el error que excluye el elemento psicológico del dolo, así se siga de ello la responsabilidad por culpa o la irresponsabilidad completa, y la ausencia del elemento normativo del dolo en virtud de coacción, estado de necesidad exculpante, orden jurídicamente vinculante y ausencia de exigibilidad del comportamiento lícito. El segundo fundamento señalado sub b) comprende, en primer lugar, la determinación a una conducta que es prohibida al inductor, mas no al agente físico, sea éste imputable o no, como es el caso del suicidio, y en segundo lugar, la situación del llamado "instrumento doloso", pues, concibiendo Schmidt el dolo como una referencia valorativa negativa por la disposición anímica interior de un hombre respecto de una forma de conducta que le está prohibida en cuanto miembro de una comunidad gravada por deberes, no puede *en ese y solo sentido* hablarse de dolo respecto del agente físico del hecho. En consecuencia, el funcionario a cargo de un documento que determina a un no funcionario a falsificarlo, es autor mediato del correspondiente delito a través de un "instrumento doloso sin cualificación" que en verdad no es tal, ya que no obra antijurídicamente y, por tanto, sin dolo en el sentido antes indicado,⁴⁴ e, igualmente, el que determina a otro a sustraer una cosa mueble sin que exista en él ánimo de apropiársela, comete como autor mediato el delito de hurto valiéndose de un "instrumento doloso sin intención" que, en verdad, tampoco obra con dolo, como en la situación anterior del instrumento, pues falta el elemento previo de la antijuricidad de su conducta en cuanto él ha carecido del *animus rem sibi habendi*.⁴⁵

Así, podrá verse que para Schmidt, quien reproduce el cuadro aquí reseñado de las situaciones de autoría mediata en la edición 26a. del Tratado de v. Listz,⁴⁶ todo él se despliega en torno de la falta de dolo

⁴³ Schmidt, E., "Die mittelbare Täterschaft", en *Festgabe für Reinhard von Frank*, Mohr, Tübingen, 1930, Bd. II, pp. 123 y 124.

⁴⁴ *Idem*, p 126.

⁴⁵ *Idem*, p 127.

⁴⁶ Listz, F. V., y E. Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin und Leipzig, Walter de Gruyter & Co., 26. Aufl., 1932, pp. 327-330.

por vía principal (sub 1a) o por vía consecucional (sub 1b). Queda fuera solamente la hipótesis de determinación a un delito de un agente que obra conforme a deber o conforme a derecho y que, dadas las premisas de que Schmidt parte, debería entenderse comprendida en el cuadro.

Mezger, en el Tratado de 1931, ofrece un cuadro por demás simple de las situaciones de autoría mediata. La primera situación es la de quien ha causado el resultado sirviéndose de una persona que no actúa típicamente y que por ello no es punible, a pesar de haber obrado antijurídicamente. (Mezger, dicho sea de paso, no admite la figura del autor mediato resultante de la determinación a quien obra conforme a derecho.) Sin ilustrar este primer enunciado general con ejemplos que aclaren su alcance, incluye a seguido en él al denominado "instrumento que obra dolosamente, pero sin intención". La segunda situación es la de quien determina a una persona que obra sin culpabilidad, sea porque es inimputable, porque no se dan en ella el dolo o la culpa o porque la favorece una causa de exclusión de la culpabilidad. La tercera y última es la de quien se ha servido de un no cualificado para cometer un delito especial.⁴⁷

De esta forma, del sistema de Mezger, sólo queda ausente la figura del autor mediato que utiliza a un instrumento que obra conforme a derecho.

En la concepción de Welzel sobre el autor mediato, fundamentada primero en sus célebres *Studien zum System des Strafrechts* (1939) y reproducida en lo esencial en la última edición de su *Lehrbuch*, cabe distinguir las siguientes situaciones en que es posible reconocer la figura del autor mediato: a) señorío singular del hecho por la utilización de un tercero que obra sin dolo, para la cual puede ofrecerse el ejemplo clásico de la enfermera dolosamente inducida a aplicar una inyección cuyo contenido mortífero ignora; b) superior señorío del hecho por la utilización de un tercero que obra sin libertad, sea por coacción, por carencia de voluntad (enfermos mentales y niños) o por la intimación de una orden antijurídica del superior militar, y c) calidad de autor mediato de un cualificado por utilización de un no cualificado. Como cuestiones susceptibles de especial discusión en el ámbito de la doctrina del autor mediato propone, en primer lugar, la posible figura del autor mediato por interposición de un agente que obra conforme a derecho y, en segundo lugar, el alcance que pueden tener para la figura del autor mediato los fundamentos de las doctrinas

⁴⁷ Mezger, E., *cit.*, pp. 426-436.

sobre el autor que no se fundan en el factor aportado por Welzel al llamado señoría o dominio del hecho (*Tatherrschaft*).⁴⁸

Especial mención merece el despliegue sistemático que efectúa Maurach⁴⁹ de los casos que hacen surgir la figura del autor mediato, por la medida en que reflejan la vocación de sistema de ese jurista y por el cuadro conjunto de extrema coherencia en que aparecen dispuestos los conceptos utilizados por la doctrina finalista de la acción.

El alcance de la condición de autor mediato lleva a Maurach a distinguir las hipótesis: a) de actuar no típico del instrumento, b) de actuar ajustado a derecho del instrumento y c) de afirmación de la condición de autor mediato sin que medie la responsabilidad del instrumento por su acto.

En la primera situación, esto es, en el actuar no típico del instrumento, cabe distinguir los casos en que se dan defectos en el tipo objetivo, a saber: el uso del llamado instrumento doloso sin calificación, el uso de un instrumento que hace aparecer el acto como carente de la dirección típica de ataque (inducción por amenazas a acusarse a la policía por un delito no cometido), y la inducción a la autolesión o al suicidio. A continuación de tales casos están, siempre dentro de la primera situación, los defectos en el tipo subjetivo, originados en la carencia en el instrumento de las especiales direcciones volitivas exigidas por la ley (inducción a tomar una cosa mueble que el agente no sabe ajena, inducción del médico a la enfermera que nada sospecha a practicar supuestas acciones terapéuticas sobre un paciente para la excitación sexual del inductor), y los originados en el error de tipo en el instrumento que, por tanto, obra sin dolo.

En la segunda situación, vale decir, la caracterizada por el actuar ajustado a derecho del instrumento, caben de lleno los casos en que éste obra en legítima defensa contra un ataque injusto provocado por el hombre que está detrás otros semejantes.

En la tercera situación, es decir, aquella en que el instrumento obra sin responsabilidad, caben todos aquellos casos que es posible re-conducir al concepto de coacción excluyente de la responsabilidad.

El sistema presentado por Maurach se ciñe en forma muy estricta al orden de las características del delito y corresponde muy consecuentemente a la doctrina finalista de la acción de que es adepto. Puesto que dicha doctrina postula —como es sabido— la inclusión del dolo en el tipo y la escisión de éste, para propósitos heurísticos y sistemá-

⁴⁸ Welzel, H., *Das deutsche Strafrecht, cit.*, pp. 102-106.

⁴⁹ Maurach, R., *cit.*, p. 495.

ticos, en una parte objetiva y en una parte subjetiva, es perfectamente coherente iniciar la exposición de los diversos casos de autor mediato por las situaciones de actuar no típico del instrumento y, dentro de ellas, por aquellas que importan defectos del tipo objetivo y, luego, defectos en el tipo subjetivo. Ello autoriza para tratar después la figura de autor mediato surgida por ausencia de antijuricidad y sólo en seguida las que, presuponiendo la tipicidad y la antijuricidad, derivan de que la acción del instrumento no es reprochable. Poco importa, respecto de estas últimas, la posición peculiar de Maurach respecto de la culpabilidad, escindida en su sistema en los conceptos de responsabilidad por el hecho y reprochabilidad.

Parece útil reseñar todavía los sistemas de exposición adoptados para los casos de autor mediato por dos monografías que, si bien no tienen por objeto central el estudio de esa doctrina, no pueden, sin embargo, prescindir de ella para desarrollar ideas que le están íntimamente vinculadas. Una es la extensa y rica disertación de Roxin sobre la calidad de autor y el dominio del hecho (*Täterschaft und Tatherrschaft*), aparecida en 1963,⁵⁰ y la otra es la tesis de habilitación de F. Ch. Schröder sobre el autor tras el autor (*Der Täter hinter dem Täter*) publicada en 1965.⁵¹ Ambos trabajos prescinden de desplegar propiamente un sistema de los casos en que surge la figura del autor mediato y atienden de manera directa al factor en cuya virtud un sujeto que no comete el hecho interpone un agente para ejecutarlo.

Así, en la disertación de Roxin dedicada al señorío o dominio del hecho, se intenta una tricotomía cuyas secciones son "el dominio de la acción" (*Handlungsherrschaft*), donde se estudia el dominio del hecho implícito en la directa realización del delito por el autor; el "dominio de la voluntad" (*Willensherrschaft*), consagrada al dominio que ejerce sobre el hecho el sujeto que se vale de otro para cometer el delito, y el "dominio funcional del hecho" (*funktionelle Tatherrschaft*), dedicada a los casos de intervención activa en la realización del delito en que la acción típica es practicada por otros (coautores). De esas tres secciones, la segunda es la que abraza de lleno las situaciones en que se despliega el concepto de autor mediato, y que son tratadas, no en relación al sistema de los elementos del delito y al modo en que la ausencia de una de sus características concede al agente la condición de instrumento de otro, sino en referencia a los factores, fenómenos o procesos por los cuales el ejecutor llega a investir tal calidad

⁵⁰ Roxin, C., *cit.*, *passim*.

⁵¹ Schröder, F.-Ch., *cit.*, *passim*.

de instrumento. Para la dilucidación de la moderna idea del dominio del hecho se le estudia en esta sección en relación a la coacción, en relación al error, en relación al empleo de personas inimputables y, por último, en relación a lo que representa un aporte original de Roxin, la fungibilidad (*Fungibilität*) del ejecutor para aparecer como instrumento de quien se halla tras él en el marco de aparatos de poder organizados (Gestapo, servicios organizados para el espionaje, etcétera).

En el trabajo de F. Ch. Schröder, cuyo objeto es el muy moderno concepto de "autor tras el autor" (a que se aludirá adelante), no puede menos de exponerse y analizarse la doctrina del autor mediato, que es la fuente de donde dimana el problema que da el nombre a la obra; pero, por lo mismo que en ella no se pretende hacer de esa doctrina el tema central, se exponen los diferentes casos en sucesión no sistemática ni por sus fundamentos ni por su correspondiente imputación en las características del hecho punible.

11. No es, por cierto, el modo de exposición de estos dos últimos trabajos el que debe adoptarse si se trata de examinar el concepto de autor, y con ello el de autor mediato que contribuye a integrarlo, en el marco general de sus implicaciones dogmáticas. La elección debe hacerse sobre dos caminos posibles: el primero es el de acordar el tratamiento metódico del asunto al despliegue sistemático de los elementos del delito, ateniéndose a su contenido y secuencia para indicar los casos en que, por defecto de la característica respectiva en la persona o acto del ejecutor material, transfórmase éste en mero instrumento del inductor; el segundo es el de superar esa norma para inquirir los criterios materiales en cuya virtud surgen las diversas situaciones susceptibles de ser reconducidas a la noción de autor mediato. El primer camino parece preferible, pues, aunque el concepto de autor mediato no surge de volver al revés el lienzo de los elementos del delito en términos de identificar a aquél con la faz negativa de la infracción penal, el análisis de cada situación a la luz del elemento del delito que en la especie no porta consigo el mero agente físico es ya más de un indicio del fundamento material subyacente a su condición de instrumento. El sistema de las características del delito es mucho más que un esquema ordenatorio discurrido convencionalmente para disponer una materia caótica; es, en fin de cuentas, el orden que emana de la cosa misma y el modo coherente de hacer explícita o dejar implícita la razón de que sea así, y no de otra manera. Si en el sistema de la culpabilidad la coacción acarrea la disculpa porque no

es dable reprochar a un sujeto lo que decide hacer y hace privado de su libertad moral, se ha obtenido de antemano la razón para tener al que la sufre como mero instrumento de quien la ejerce.

Ahora bien, el sistema que mejor parece mostrar la coherencia de los conceptos que entraña la infracción penal, es el que mantiene dentro del tipo de lo injusto en los delitos dolosos la parte objetiva y la subjetiva de la acción, reservando a la antijuricidad el carácter de un juicio desvalorativo que sobre ella hace recaer el ordenamiento jurídico en su conjunto, y a la culpabilidad el de un juicio de reproche dirigido al autor por no haber conformado a la norma que podía y debía observar, su actuar antijurídico.⁵² La adopción de este sistema acarrea consigo, por lo que hace al análisis del concepto de autor mediato y a su alcance, que se examinen sucesivamente los casos en que, por defecto en el agente material de los extremos que hacen a la parte objetiva y subjetiva del tipo, a la antijuricidad y a la culpabilidad, él aparece como instrumento de otro que en tal carácter lo utiliza. Y ello aunque la cohesión interna de los elementos de la infracción torna a menudo difícil un desmenuzamiento estricto, y por otra parte innecesario, de esos elementos, en términos de adscribir siempre al correspondiente sector del sistema el factor ausente implicado en un caso dado de autor mediato.

12. La exposición de los diversos casos que hacen aparecer la figura del autor mediato debe orientarse primero hacia aquellos en que surge por defectos en la parte objetiva y en la subjetiva del tipo, seguir luego con los que deben reconocer una deficiencia en la antijuricidad del acto ejecutado por el agente puramente material, y concluir con aquellos que exhiben en ese acto la carencia de los factores que constituyen el juicio de reproche de la culpabilidad.

Sin embargo, antes de iniciar esa tarea —que rebasa los límites de este escrito—, es sobremanera oportuno poner de resalto que cuanto se lleva dicho acerca de las diversas situaciones que conforman la aparición de la figura del autor mediato, presupone la ausencia de responsabilidad criminal en el instrumento, sea porque su acción no es típica en virtud de no darse en ella ciertas características típicas atinentes al sujeto activo, a la acción misma o a la dirección de ataque, a los llamados elementos subjetivos de la figura y el dolo; sea porque su acción no es antijurídica, sino conforme a derecho; sea, en fin, porque la acción no puede serle reprochada (inimputabilidad, etcétera). Es esa la posición, digamos, tradicional, hasta donde algunos

⁵² Welzel, H., "Studien zum System des Strafrechts", *cit.*, pp. 47-49.

modernos autores finalistas puedan suponerse ya nimbados también por la tradición. Variados textos ya transcritos dejan esa posición absolutamente de manifiesto, y más modernamente el propio Welzel, desde su escrito de 1947, la afirma de manera rotunda en el siguiente pasaje que se cita con mucha frecuencia: "El autor mediato sólo es posible si el agente inmediato es un 'instrumento', ello es, si falta en él una de las características generales o especiales de autor. La calidad de autor mediato a través de un agente inmediato que es él mismo autor es un sin sentido (*ein Unbergriff*)."⁵³ Cabe preguntarse, antes de continuar, si esa aseveración no es digna de controversia.

13. Por discutible la tienen los sostenedores de la moderna idea del "autor tras el autor" (*der Täter hinter dem Täter*), conforme a la cual en el contexto en que un hombre determina a otro al delito excediendo el límite de la instigación propiamente dicha, puede darse la relación por cuya virtud el instrumento agente satisface, sin embargo, todos los requerimientos de que el derecho hace depender la condición de autor, y de autor responsable, con lo cual los sujetos sometidos a la punibilidad pasan a ser dos: el autor que realiza el hecho y el autor que está tras él, esto es, el autor tras el autor.⁵⁴

La idea del autor tras el autor puede aparecer a primera vista sorprendente, pero lo es menos si se atiende a algunos de los varios casos a que se persigue hacerla aplicable. En diversas fechas y con ocasión de diferentes investigaciones o fallos, la doctrina y la jurisprudencia alemanas fueron sacando a luz episodios delictivos en que, por una parte, el inductor aparecía como autor mediato y no como instigador, y el ejecutor, por otra, como un agente al cual no podía relevarse de responsabilidad criminal. En unos ejercicios de derecho penal y derecho procesal penal, Alexander Graf zu Dohna presentó en 1929 al siguiente ejemplo docente:

Fuchs se entera que los miembros de una organización secreta a la cual ha traicionado quieren acecharlo cierta tarde en el sitio por donde ha de pasar en su caminata cotidiana, para darle muerte. En la adopción del acuerdo tomado por la organización había intervenido sobre todo un cierto Luchs, mientras Schütz se había ofrecido para ejecutar el hecho. Luchs había asediado vanamente desde hacía largo tiempo a una señorita Lind con solicitudes amorosas, hecho de que Fuchs se hallaba en conocimiento. En esas circunstancias, Fuchs envía a Luchs un telegrama que suscribe

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Schröder, F-Ch., *cit.*, p. 15.

con el nombre de la señorita Lind y en que ésta aparece citándolo al lugar y en la fecha y hora en que Schütz deberá efectuar el ataque planeado. Luchs acude a ese punto en la noche prevista y es alcanzado por el proyectil de Schütz.⁵⁵

Schröder, quien trae a colación este ejemplo de Graf zu Dohna, previene que su autor no ofrece solución al problema; pero en este instante interesa menos esa circunstancia que el modo como este ejercicio didáctico pone de relieve la improcedencia de parificar ontológicamente la conducta del instigador a la del autor mediato y la posibilidad de que este último sea tal, no obstante la plena responsabilidad que cabe al autor inmediato.⁵⁶

Muchos otros casos de variada contextura vienen a alinearse, en el concepto de los que sostienen la doctrina del autor tras el autor, junto al que acaba de ofrecerse y que es frecuentemente caracterizado como de "utilización del ya decidido al hecho". En el plano de las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido lato, Maurach menciona el de la mujer casada, psíquica y sexualmente subyugada por el amante, que valiéndose de este nexo indestructible, la determina por amenazas que no alcanzan a constituir coacción a matar al marido.⁵⁷ Se cita la inducción al delito ejercida sobre personas que presentan imputabilidad disminuida, mente primitiva, pasión inmoderada de celos, ira, odio, desesperación, debilidad mental, personalidad primitiva e indiferente, débil desarrollo volitivo, carencia de frenos inhibitorios y de inteligencia, etcétera.⁵⁸ Se alude a la determinación al delito de otro que, si bien no se halla favorecido por las disposiciones del estado de necesidad exculpante, se ve constreñido, sin embargo, a cometer el delito, como quien jura en falso a favor de su empleador que lo amenaza con el despido si procede de otro modo, o como el campesino que consiente en prestar refugio al delincuente que lo amenaza con la destrucción de algunos de sus bienes.⁵⁹ En un orden de ideas diferente y ya con la autoridad de Binding, se sostiene que el sicario, o sea el que ha arrendado sus servicios como homicida es un agente inmediato responsable del autor mediato que le paga.⁶⁰ Se señala, además, la inducción que, sin consistir en una comunicación espi-

⁵⁵ *Idem*, p. 111.

⁵⁶ *Idem*, p. 143.

⁵⁷ Maurach, R., *cit.*, p. 495.

⁵⁸ Schröder, F.-Ch., *cit.*, p. 121.

⁵⁹ *Idem.*, p. 124.

⁶⁰ *Ibidem*.

ritual entre inductor e inducido, se expresa en que el primero simula una situación que, según quiere o prevé, impulsará al segundo al delito, como sería el caso del ejemplo inmortal de Otello menos la faena persuasiva de Yago y su sustitución por el episodio del pañuelo de Casio. Bockelmann ofrece un caso semejante para ceder ante la doctrina del autor tras el autor.⁶¹ Y podrían señalarse todavía muchos otros.

En nuestro concepto, no es dable prescindir en un tratamiento del autor mediato del autor tras el autor, y es forzoso ocuparse de la casuística ya muy rica en que se ha originado. En ocasiones, los ejemplos discurridos por la doctrina se originan en situaciones que colindan con los fundamentos de la figura de autor mediato propiamente dicho, y parece propio estudiar tales casos luego de analizar las correspondientes situaciones de la genuina condición de autor mediato. En otras, como el ejemplo de Dohna y el que terminó de convencer a Paul Bockelmann, la cuestión deriva de otro origen, y aunque en razón de ella resulte entonces difícil subordinarlas a un sistema, conviene hacer de su conjunto un apartado especial, después de los casos de autor mediato propiamente dicho.

Hasta aquí esta introducción a la figura del autor mediato, incorporada al Código Penal mexicano (artículo 13, fracción IV) por la reforma de 12 de enero de 1984.

⁶¹ *Idem*, p. 162.