

EL TEMPESTUOSO DESARROLLO DE LA FIGURA DE LA AUTORÍA MEDIATA *

Bernd Schünemann

I. LA AUTORÍA MEDIATA COMO INSTITUTO CON RECEPCIÓN LEGAL TARDÍA, SU FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA TRADICIONAL MEDIANTE EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PENAL Y EL INMINENTE DESMORONAMIENTO DE ÉSTE EN LA DISCUSIÓN ACTUAL

1. De las formas clásicas de autoría, la autoría mediata ha sido positivizada tardíamente, y aún hoy no ha sido claramente estipulada en todos los códigos penales. Así, el Derecho Penal francés hasta ahora no conoce la figura de la autoría mediata¹, mientras que en la Constitución de Estados Unidos de América el principio de la autoría unitaria distingue sólo confusamente entre autoría mediata e inmediata². En Alemania ha sido reconocida ya desde hace tiempo por la dogmática penal y la jurisprudencia³, pero se encuentra sólo desde 1975 en el Código Penal, de hecho en el apartado primero artículo 25, de acuerdo al cual autor es quien realiza el hecho “por medio de otro”, lo que fue adoptado por el Código Penal español de 1995, en su

* Título original: *Die stürmische Entwicklung der mittelbaren Täterschaft*. Trad. MARÍA CAROLINA PALMA VARGAS, Costa Rica.

1. AMBOS. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2002, p. 568, con ulteriores referencias.
2. Fallo de la Corte Suprema alemana, *RGSt.* 1, 147 y ss. USC 18 artículo 2 (b), donde la relación de causalidad de la comisión se presenta en un mismo plano.
3. Cfr. LISZT. *Deutsches Strafrecht*, 11.^a ed., 1902, § 50 II; FINGER. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* 1, 1904, § 67 II; MEYER. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5.^a ed., 1895, § 27 4.

párrafo 1.º artículo 28, formulándolo del siguiente modo: “Son autores quienes realizan el hecho por medio de otro”. La redacción de la ley alemana deja abierta la pregunta crucial de cuándo se puede hablar de comisión del autor por parte de otro, y al contrario, de cuándo se refiere a la participación únicamente como instigador o ayudante en el acto de otro autor. El Código Penal español, en cambio, deja claro que el autor mediato debe utilizar al otro “como instrumento”. Y exactamente este elemento ha caracterizado desde cientos de años la figura de la autoría mediata, aun sin estar prevista por la ley. Ya en su primera jurisprudencia confirmó el Tribunal alemán del Reich en el año 1880 que a través de la utilización de otro como “instrumento” se funda autoría y no solamente una participación⁴. Es verdad que este concepto del “instrumento” necesita aún ser interpretado. En el lenguaje coloquial se puede decir que una persona solamente podría ser por su propia mano el instrumento de otra, cuando lleve a cabo la totalidad de los planes del otro, sobre todo cuando ejerce una influencia psíquica mayor sobre otro, en donde la dependencia de éste puede resultar de una relación afectiva o de una posición carismática del caudillo –líder–, o también por la sola costumbre de toda la vida. O cuando quien actúa de forma directa, a quien nosotros denominamos “el hombre de adelante” (*Vordermann*), de ninguna forma vislumbra completamente los planes totales del “hombre de atrás” (*Hintermann*)*, y con ello se transforma inconscientemente en un instrumento en este plan total. Sin embargo, en la jurisprudencia y en la ciencia penal el concepto de “instrumento” desde el principio es utilizado en un sentido más restringido, específico del Derecho Penal. Así, ha visto el Tribunal Superior del Reich, ya en la citada jurisprudencia, la característica de los “instrumentos” humanos, que “la ley penal de acuerdo a una razón específica no se aplica al ‘hombre de adelante’, sino al ‘hombre de atrás’”, en donde esta razón “se sitúa regularmente en la diferencia del lado subjetivo de ambas personas”⁵; y presenta como ejemplos la incapacidad de culpabilidad, coacción irresistible y falta de dolo. El que se trate aquí de un criterio indiscutible, hace que claramente –dentro de un enfoque diametralmente opuesto– el Derecho Penal angloamericano, desde cientos de años en el *common law*, admita la autoría mediata a través de la utilización de un *innocent agent* o agente inocente y lo haya formulado en el *Model Penal Code* de 1962⁷.

2. La tarea de la elaboración sistemática de este pensamiento fundamental se ha realizado por muchos decenios en el camino de la dogmática penal alemana, y ha repercutido en la consistencia del llamado principio de responsabilidad penal del concepto⁸.

4. *RGSt.* (fallo del Tribunal del Reich) 1, pp. 147 y ss.

* N. de la trad. Las expresiones “persona visible” y “persona oculta” serían más adecuadas para referirse al plano descriptivo y distinguirlo de los elementos normativos “instrumento” y “autoría mediata”. Sin embargo, en la doctrina se acostumbra más utilizar al menos la expresión “hombre de atrás”, de modo que se ha elegido aquí esta terminología más habitual.

5. *RGSt.* 1, 148; he traído a colación la decisión ulterior entre el hombre de adelante y de atrás, ya que la Corte Suprema habla de “primera” y “última”.

6. SMITH & HOGAN. *Criminal law*, 7.ª ed., 1992, pp. 124 y ss. Al conocer el caso Anon (1634), Kel 53.

7. Sec. 2.06 (2) (a), y sobre ello DUBBER. *Criminal law: Model Penal Code*, 2002, pp. 105 y ss.

En su capítulo más claro estipula este principio que el hombre de adelante por eso y solo eso es instrumento del hombre de atrás, ya que él mismo o no cumple los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal, o no ha actuado ilegalmente, o no se ha comportado culpablemente y en cualquier caso para el hecho no es responsable penalmente, de forma que la responsabilidad que le falta es derivada al hombre de atrás. Lo contrario significa que cuando el hombre de adelante es responsable penalmente, el hombre de atrás responde solo como partícipe, de forma que según este principio no existe ninguna figura jurídica del “autor detrás del autor”. Esto se reafirma gracias a la claridad sistemática y a la delimitación precisa de la autoría mediata respecto de la participación, pero a pesar de ello, se ha debilitado desde hace aproximadamente 40 años por un número creciente y constante de excepciones. Desde un comienzo hasta hoy la más extensiva e influyente monografía sobre el problema de la autoría, a saber el trabajo de ROXIN sobre *Autoría y dominio del hecho*, del año 1963, hizo evitable frente al caso del error de prohibición, que sólo disminuyera la culpabilidad y la utilización del aparato organizado de poder⁹. En los últimos años, la jurisprudencia toma estos rubros y realiza aún más adiciones, en donde se asume que un “autor detrás del autor” y el “principio de responsabilidad penal” no juegan ningún rol, de forma que se debe hablar precisamente de un tormentoso desarrollo y expansión de la figura de la autoría mediata. Para ello se pregunta sin embargo cuánto valdría el principio de responsabilidad, sobre todo cuando se reconoce en algunos casos y cuando se abandona en otros, debido a que para el manejo práctico y altamente diferenciado no se permite inferir con el principio de responsabilidad un criterio exacto de diferenciación de los distintos grupos de casos. A su vez, la dogmática de la autoría y participación parece llegar también a la succión de un “excesivo refinamiento de la dogmática posmoderna del Derecho Penal”, la cual amenaza liderar en la última consecuencia con la disolución del sistema penal y a una colección de arbitrarias decisiones *ad hoc* sin sentido¹⁰.

3. La autoría mediata sirve con ello como huella de prueba para la “dogmática penal como ciencia” o como simple corte de política jurídica¹¹. Quisiera a continuación delimitar claramente cada caso a través del principio de responsabilidad penal, su rango de aplicación tradicional y su moderna marginalización en cada caso.

-
8. Mientras tanto en 7.^a ed., 2000, pp. 193 y ss, 242 y ss, 671 y ss, 677 y ss.; 1998 también aparece en español con el título *Fundamental Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft*, 1963, pp. 143 y ss. (entretanto 7.^a ed., 2000, en castellano, bajo el título *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid y Barcelona, 1998); lo más nuevo se encuentra en ROXIN, *Strafrecht AT II*, 2003, p. 24, con ulteriores referencias; cfr. además, acerca de una expresión especialmente severa de este principio, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der anderen*, 1986.
9. Ob. cit., pp. 193 y ss., 242 y ss., 671 y ss., 677 y ss.
10. Al respecto, más detalladamente SCHÜNEMANN, en *FS für Roxin*, 2001, pp. 1, 6 y s.; detalladamente, íd. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio*, Madrid 2002, pp. 11 y ss.
11. Al respecto, detalladamente ya SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, Bogotá, 1996; continuado en mis trabajos posteriores, mencionados nota al pie 10.

II. LA MÉDULA DE LA AUTORÍA PENAL MEDIATA Y SU EXTENSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA Y LA LITERATURA

A. 1. El llamado “instrumento” clásico y, por tanto, médula de la autoría penal mediata es representado por el sujeto u “hombre de adelante” que actúa sin culpabilidad; en este contexto, hay que distinguir entre tres ámbitos: en todos los sistemas penales donde figura el dolo no solo como mero momento de culpabilidad psicológico, sino como característica de la autoría penal subjetiva¹², el instrumento libre de dolo y por tanto, prácticamente, ciego no cumple ya con los requisitos del tipo (subjetivo). Como subgrupo formado por los “instrumentos” libres de culpabilidad se perfilan los niños o enfermos mentales, así como el instrumento amparado por una causa de exclusión de la culpabilidad, la que se da cuando el sujeto u hombre de adelante es obligado mediante amenaza de muerte a cometer un delito penal.

2. El factor común de estos tres grupos de casos donde se perfila, claramente, la autoría penal mediata puede verse de dos maneras, ya que incluye tanto el momento descriptivo como también la consecuencia normativa: el sujeto u hombre de adelante, por motivo de la falta de conocimientos o control, no domina a plenitud los acontecimientos porque el hombre de atrás actúa en su lugar; y es por motivo de esta falta de responsabilidad penal que la ley prefiere liberar de responsabilidad penal al hombre de adelante; por otra parte, es precisamente por este motivo que al hombre de atrás debe atribuírsele la responsabilidad penal, porque, de lo contrario, el Derecho Penal no cumpliría con su misión de proteger los bienes jurídicos u objetos materiales del delito, mediante la amenaza de penas frente al sujeto que maneja los hechos y de cuya decisión depende el hecho de comprometer un bien jurídico.

3. Lo mismo sucede también con el cuarto grupo de casos, el cual no se atribuye sin mayor reflexión al ámbito de la autoría penal mediata aunque tiene que ver, directamente, con este ámbito, a saber, a través de la *actio libera in causa*. Según el criterio tradicional y hasta hoy convincente en todos sus extremos, la punibilidad de la *actio libera in causa* debe construirse mediante la aplicación racional de las reglas de la autoría penal mediata, debido a que el autor se utiliza prácticamente como su propio instrumento incapaz de culpabilidad¹³.

B. A partir de este fundamento incontestable de la autoría penal mediata, pueden distinguirse, claramente, otros dos grupos de casos: aunque el instrumento, desde puntos de vista objetivos, siga actuando sin cometer un delito-tipo, debido a que el

12. SCHÖNKE, SCHRÖDER y LENCKNER. *Strafgesetzbuch*, 26.^a ed., München, 2001, previo al § 13, n.º marg. 52 ss.; TRÖNDLE y FISCHER. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 51.^a ed., München, 2003, § 15, n.º marg. 2; ROXIN. *Strafrecht AT*, I “Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre”, 3.^a ed., München, 1997, § 10, n.º marg. 98.

13. Cfr. al respecto SCHÜNEMANN, en *xxv Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Homenaje a Fernando Hinestroza, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 215, 236 y ss.

bien jurídico permanece desprotegido frente a su actitud y, cuando además: a. Actúa por un cuasi-error de tipo o destructivo del tipo legal, porque no reconoce la lesión, o b. Cuando es incapaz de culpabilidad, o c. Cuando es amparado por una cuasi-causa de exclusión de la culpabilidad, al sujeto conocido como hombre de atrás le cae la responsabilidad penal, cuando y debido a que utiliza el defecto del hombre de adelante que actúa atípicamente. El que sirva a una persona una bebida venenosa sin que esta persona esté enterada del veneno, o el que convenza a un enfermo mental de suicidarse o mediante una amenaza obligue a la víctima a suicidarse porque, de lo contrario, sería asesinada toda su familia, domina los acontecimientos, completamente desligado del hecho de que el propio instrumento actúa atípicamente, o sea, se constituye en autor mediato. Lo mismo vale cuando el error del hombre de adelante dominado por el hombre de atrás hace que actúe de manera lícita; lo anterior sucede cuando un juez es confundido por las mentiras de uno de los testigos y por ello se siente motivado a condenar al acusado inocente a una pena privativa de libertad¹⁴.

C. Los casos controvertidos surgen en el punto en que comienza a debilitarse el dominio del hombre de atrás.

1. El primer grupo de casos es constituido por la mera motivación errónea de la categoría de hombres de adelante que actúan en forma atípica, p. ej., cuando a uno de ellos se le simula la muerte de un pariente cercano, por lo que, presa de la desesperación, comete el acto de suicidio. Según el principio de responsabilidad penal, no habría autoría mediata por parte del hombre de atrás sino, únicamente, instigación al suicidio, delito el cual en muchos códigos penales constituye un tipo penal autónomo¹⁵, aunque en Alemania no es punible. El *leading case* de la jurisprudencia alemana es el caso de la esposa que convence a su marido de suicidarse, tras haberle persuadido de cometer un doble suicidio por motivo del amor, aunque a la postre, según sus planes, no comete suicidio contra su persona. El Tribunal Superior Federal alemán (BGH), si bien apoya la autoría mediata en este caso, no ofrece motivos dogmáticos de ningún tipo y prefiere dejar a la ciencia la identificación del término y la justificación del resultado¹⁶. ¿Cuál sería entonces la justificación? El hecho de que el hombre de adelante actúe atípicamente no basta para poder motivar la autoría mediata del hombre de atrás, en vista de que la atipicidad por sí sola no constituye ningún defecto (contrario a lo que sucede con el instrumento que actúa sin dolo o sin culpabilidad) que le permita al hombre de atrás controlar los acontecimientos. Ahora bien, existe entonces la posibilidad de motivar, en forma sistemática y comprensible, que en el caso del suicidio el error de motivación basta para reconocer la autoría penal

14. BGHSt 3, 4, 5; 10, 306, 307; SCHÖNKE, SCHRÖDER, CRAMER y HEINE (nota al pie 12), § 25, n.º marg. 8 y ss., 26 y ss.; ROXIN. AT II cit., § 25, n.º marg. 63; WESSELS y BEULKE. *Strafrecht AT*, 33.ª ed., Heidelberg, 2003, n.º marg. 537.

15. P. ej., el artículo 115 C. P. suizo y § 78 C. P. austríaco, así como —especialmente severo— el artículo 143 C. P. español.

16. BGH, en GA, 1986, p. 508.

mediata del hombre de atrás la cual, de no ser así, ¿no pasaría de ser un simple medio de instigación?

2. Este problema surge de manera aún más acentuada en los delitos especiales, es decir, aquellos en los que se requiere una calificación de autoría determinada objetiva o subjetiva, cuando ésta no existe frente al hombre de adelante que ha ocasionado la violación inmediata del bien jurídico, sino solamente frente al hombre de atrás. Así se da en las leyes alemanas según las cuales un funcionario comete de oficio un acto de autenticación falsa cuando en el registro a su cargo, dotado de eficacia o fuerza probatoria especial, consigna datos falsos acerca de los actos a registrar. Cuando no es él mismo quien consigna los datos falsos sino que él convence a otra persona externa (conocida como *extraneus*) a que los consigne, el propio funcionario o *intraneus*, según la teoría predominante, aunque cuestionada en algunas ocasiones, constituye el autor mediato que se vale de un instrumento doloso carente de calificación¹⁷. Según una teoría ampliamente difundida aunque algo controversial, esta situación se presenta en aquellos delitos que presuponen la intención específica del autor, cuando esta intención no es la que caracteriza el proceder del hombre de adelante sino los actos del hombre de atrás. Por ejemplo, antes de la modificación de la ley efectuada hace algunos pocos años en Alemania, una persona que cometía un hurto era punible, únicamente, cuando actuaba con la intención de robar un objeto a la otra persona para apropiarse indebidamente de este objeto. Así, cuando un patrono mandaba a uno de sus trabajadores a quitar un objeto ajeno y éste actuaba, únicamente, para satisfacer la ambición del patrono y no su propio ánimo de apropiación, según la teoría vigente ampliamente difundida aunque, como ya se dijo, algo controversial, se le solía achacar la autoría mediata del hurto al hombre de atrás por haber usado un instrumento doloso aunque sin intención¹⁸.

3. En la categoría de los instrumentos que actúan de manera lícita, surge un problema de delimitación parecido al que analizamos en los casos de suicidio, a la hora de presentar una denuncia conforme a la verdad. Se toma el caso de un Estado en el que se amenaza con castigar delitos de poca importancia con penas extremadamente duras, tal como sucede, sin duda, con mayor frecuencia en las dictaduras, aunque también se observa en las democracias. Se pregunta acerca de la responsabilidad penal en el caso de las denuncias conforme a la verdad: ¿puede el denunciante hacerse responsable penalmente por una privación de la libertad, a raíz de la condena correctamente decretada conforme a las disposiciones legales del respectivo país? Si se

17. SCHÖNKE, SCHRÖDER, CRAMER y HEINE. Ob. cit., anterior al § 25 n.º marg. 44; JESCHECK y WEIGEND. *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5.ª ed., Berlin 1996, § 62 II 7; en los resultados también ROXIN, en *Leipziger Kommentar, StGB*, 11.ª ed., Berlin-New York, 1993, § 25 n.º marg. 134 y ss.; íd. *AT* II, cit., § 25 n.º marg. 275; de otra opinión STRATENWERTH y KUHLEN. *Strafrecht AT*, I, 5.ª ed., 2004, § 12 n.º marg. 38 y ss.

18. *RGSt* 39, 37, 39; 64, 425; SCHÖNKE, SCHRÖDER, CRAMER y HEINE. Ob. cit., previo al § 25 n.º marg. 77/78; JESCHECK y WEIGEND. *AT*, cit., § 62 II 7; WESSELS y BEULKE. *AT*, cit., n.º marg. 537; de otra opinión *LK-Roxin*, cit., § 25 n.º marg. 140 y s.

considera conforme a Derecho el acto de la penalización, no surgen en sí razones para castigar al hombre de atrás por haber desencadenado un acto lícito. Antes bien, adicionalmente se requiere el dominio de aquél defecto del hombre de adelante por parte del de atrás, indispensable para justificar la actuación del hombre de adelante. Por este motivo, la jurisprudencia del Tribunal Superior Federal alemán, al perseguir y castigar todos aquellos delitos cometidos por el régimen comunista en la antigua República Democrática Alemana, prefirió buscar otra solución, al declarar el modo de proceder formalmente legal de los órganos de la antigua DDR, a causa de las lesiones y atropellos ocasionadas por ellos a los derechos naturales fundamentales o tratados internacionales de derechos humanos, como prevaricación judicial, y por lo tanto, como ilícitos¹⁹. Frente a esta construcción, el denunciante no sería punible en su calidad de autor mediato sino como cómplice²⁰. Por otra parte, este fundamento del Derecho Penal basado en las normas jurídico-naturales, en lo que respecta a la teoría de *nulla poena sine lege*, provoca serias dudas²¹, aunque este no es el tema de mi ponencia.

4. En cambio, deseo referirme a la extensión de la autoría penal mediata a un ámbito más allá del hombre de adelante que actúa inculpablemente. En la práctica, con cierta frecuencia surgen casos en los cuales el hombre de adelante actúa bajo los fuertes efectos del alcohol, aunque esta circunstancia no le libera de culpabilidad sino solo la limita. En estos casos, incluso el hombre de atrás no alcoholizado es considerado, generalmente, como partícipe pero no como autor penal mediato. Sin embargo, el *leading case* del controvertido “rey de los gatos” se resolvió en forma diferente: el hombre de adelante actuó en un error de prohibición evitable y, por lo tanto, reductor de su culpabilidad, aunque no apto para eliminarla del todo, manipulado por el hombre de atrás. Después de dictarse sentencia y según la opinión predominante, se ha llegado a la conclusión de que se trata de un caso de autoría penal mediata por causa del dominio relativamente más acentuado de los acontecimientos por parte del hombre de atrás también criminalmente sancionable, generalmente conocido como “el autor detrás del autor”²². Un fenómeno parecido es el de la manipulación “del error en la persona” por parte del hombre de atrás y que no afecta en nada la responsabili-

19. *BGHSt* 40, p. 125; 42, p. 275; BGH, en *NSiZ* 1995, p. 288, también *BGHSt* 3, pp. 110 y ss., en relación con una sentencia de muerte draconiana en el nacionalsocialismo.

20. Confuso a este respecto JESCHECK y WEIGEND. Ob. cit., p. 668 con nota 25, donde aparentemente debe ser admitida la no punibilidad del denunciante. En la sentencia *BGHSt* 3, 110, 129, se afirmó sin ulteriores fundamentos la autoría mediata, pese a que el juez (de modo diferente al caso de una denuncia conscientemente falsa, como en la sentencia *BGHSt* 3, p. 4) no es utilizado como instrumento meramente ciego.

21. Mi propio punto de vista acerca de esta cuestión jurídica, que en los últimos años ha sido tratada en numerosas publicaciones, se encuentra en *FS für Grünwald*, 1999, pp. 657 y ss.; Enquete-Kommission. “Überwindung der Folgen der SED-Diktatur im Prozeß der Deutschen Einheit”, II 2, 1999, pp. 1304 y ss., a lo que debo remitir para una fundamentación más detallada.

22. *BGHSt* 35, p. 347; sobre el intenso debate acerca de esta sentencia cfr. ROXIN. *AT*, II cit., pp. 34 y ss., con numerosas ulteriores referencias.

dad del hombre de adelante. En este caso, en reconocimiento del principio de responsabilidad, cabe limitarse a la suposición de un simple acto de instigación, mientras que las tendencias actuales prefieren de nuevo suponer la autoría mediata del hombre de atrás²³.

D.1. En estos casos, como en el del suicidio anteriormente citado, la jurisprudencia determinó entonces los alcances de la autoría mediata independientemente del principio de responsabilidad y declaró como instrumento al hombre de adelante en relación con el hombre de atrás, cuando el hombre de adelante disponía sin ningún dominio exclusivo del curso de los hechos, aun cuando sus conocimientos y capacidades de control le hubiesen sido suficientes para hacerse así responsable de un delito doloso. Con el correr de los tiempos, la extensión de la autoría mediata ha venido avanzando, sobre todo en lo que se refiere a los crímenes ordenados por los jefes de diferentes países contra los derechos humanos reconocidos internacionalmente y que actualmente ocupan un primer plano en las discusiones. El punto de partida lo marcan los crímenes y actos delictivos de carácter violento cometidos por el nacionalsocialismo: al respecto, ROXIN, en el año de 1963, se dedicó a propagar la excepción del principio de responsabilidad y a crear la figura de la autoría penal mediata mediante el uso del aparato estatal como organizador de los delitos²⁴. Lo mismo se repitió cuando el mundo se encontró frente a los crímenes cometidos por la Junta Militar de Argentina, cuando una parte de los jueces argentinos, aunque no todos, abrazaron la doctrina de ROXIN²⁵. A continuación, el Tribunal Superior Federal alemán (BGH), después de ocurrir la reunificación de Alemania, tuvo que enfrentarse al mismo problema de autoría, p. ej., con respecto a la orden de jalar del gatillo en la otrora República Democrática Alemana. Los miembros del Consejo Nacional de Defensa de la RDA establecieron que las tropas que patrullaban la frontera tenían que evitar mediante las armas que los evasores cruzaran la línea que separaba las dos partes de Alemania y, en caso necesario, abatirlos a tiros. Por lo tanto, el Tribunal Superior Federal alemán los condenó por todos los asesinatos que cometieron en obediencia de esta orden, o sea, por causa de la autoría penal mediata, al ser usados por el aparato estatal en el poder como organizador de las atrocidades²⁶. En una de sus resoluciones más recientes, la Tribunal Superior Federal alemán llegó hasta a suponer la presencia de autoría mediata por omisión respecto de las mencionadas acciones homicidas, por parte de los miembros de los llamados *Politbüros* (superiores al Consejo de Defensa) de la RDA, ya que consideraba que éstos habrían omitido, de un modo contrario al deber, intervenir para que se modificara el deber de disparar²⁷.

23. Al respecto, detalladamente, ROXIN, *AT*, II, cit., pp. 45 y s.

24. Fundamental, ROXIN, en *GA* 1963, pp. 193 y ss.; continuado en *Täterschaft und Tätherrschaft*, cit., pp. 242 y ss., 677 y ss. *id.* *AT*, II, cit., pp. 26 y ss., con un análisis de toda la doctrina más reciente.

25. Al respecto, AMBOS, *Ob. cit.*, pp. 234 y ss.

26. *BGHSt* 40, p. 218.

27. *BGHSt* 48, p. 77.

2. Ahora bien, no basta con ello: el Tribunal Superior Federal alemán tomó como motivo los casos ocurridos en la otrora RDA para declarar la figura jurídica de la autoría penal mediata apta para evaluar y condenar la responsabilidad de los líderes de las grandes empresas comerciales²⁸. Aun cuando al tratarse de este tipo de consideraciones no se trata de fundamentos sustentadores de una sentencia, sino de una situación conocida como *obiter dictum*, y que, en forma inmediata, suscitó severas críticas por parte de la prensa escrita. Aunque pareciera que, en el futuro, la jurisprudencia prefiera moverse en estos ámbitos: en diferentes casos calificó los sucesos desarrollados en el seno de las empresas como actos cometidos por los órganos directores²⁹. En el caso de que esta teoría siga afianzándose y lleve a suponer o calificar de autoría mediata de la gerencia de las compañías en los delitos penales premeditados cometidos por personas subordinadas a éstas, creo que ha llegado el momento de enterrar de una vez y para siempre el “principio de responsabilidad” como regla dogmática. Sin embargo, y pese a esta cuantitativamente más importante marginalización, cabe encontrar una respuesta a la pregunta planteada al principio de este artículo: cómo puede definirse el fundamento teleológico de la autoría mediata el cual, en la actualidad, trasciende sin duda la base del ámbito de aplicación del “principio de responsabilidad”.

III. LA IMPLÍCITA RATIO DECIDENDI EN LA JURISPRUDENCIA Y LAS VARIABLES Y DEBILITADAS RAZONES DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

A. El Tribunal Superior Federal alemán (BGH), en los casos actuales de la utilización de un aparato de poder organizado, sea nacional, sea empresarial, ha tomado para la autoría mediata del “hombre de atrás” la fácil fungibilidad del hombre de adelante, y de ahí que se derive un dominio del hecho comprensible a través del hombre de atrás como base de esa autoría mediata: mientras que en el caso del suicidio y en el caso del “rey del gato” está presente un déficit cognoscitivo del hombre de adelante, pero aún así se justifica un cuasi dominio del hecho de alto nivel por parte del hombre de atrás que no lo libra de la responsabilidad criminal, se presenta en los casos del aparato estatal organizado, la *fungibilidad* del hombre de adelante, la cual puede encontrarse en el lugar de la lesión al bien jurídico, pero es incapaz de prevenir la lesión, ya que si él se negara, en su supuesto lugar cualquier otro entonces pondría el acto en ejecución. Y ese criterio es sostenido por el Tribunal Superior Federal no sólo en delitos ordenados estatalmente, sino también en el contexto de las grandes empresas comerciales, ya que los órganos de ejecución serían aquí tan reemplazables como en el caso del aparato de poder estatalmente organizado. Si se intentara traer a esa judicatura a un concepto dogmático, así quedara obviamente el completo abandono del principio de responsabilidad penal y su reemplazo por una *teoría de los grados del dominio del hecho*, en donde la autoría dependería sólo relativamente de un alto nivel

28. BGHSt 40, pp. 218, 237.

29. BGHSt 43, p. 219, y BGH, en *wistra* 1998, p. 148.

del control o dominio del hecho, y entonces la figura del “autor detrás del autor” tendría que permitirse irrestrictamente, si precisamente sólo el hombre de atrás en cualquier caso tuviera mejor observancia del hecho, y con ello lo controla más perfectamente que el hombre de adelante.

Sin que esta regla haya sido pronunciada expresamente y sin que se haya conocido el problema ante todo como aquél de la autoría mediata, lo encontramos implícitamente también en decisiones posteriores del Tribunal Superior Federal alemán (BGH), así aproximadamente en el disputado fallo del sida: en un caso de una relación sexual entre una persona VIH positivo y un compañero aún no infectado; el Tribunal Superior Federal alemán (BGH) aceptó asignar una pena al compañero infectado por una lesión al cuerpo peligrosa, en contra de las protestas de numerosos autores, si la persona infectada conocía su propia enfermedad, mientras que su compañero debió solamente contar con ello, lo cual sin embargo no fue aclarado³⁰. Obviamente está calificado aquí el conocimiento de un riesgo más elevado como una forma mayor de control del hecho y por ello se acepta a largo plazo un caso de autoría mediata a través de la utilización de la víctima como instrumento en contra de sí mismo, aun cuando ni el Tribunal Superior Federal alemán (BGH), ni sus críticos habían incorporado en toda la constelación en aquel tiempo la columna de la autoría mediata³¹.

B. Cuando uno se pregunta cómo ha reaccionado la ciencia del Derecho Penal ante esta expansión de la figura de autoría mediata a través de la jurisprudencia, se encuentra un cuadro multicolorido y más bien confuso, tal vez comparable con la jungla del Amazonas en Leticia.

1. Para la ciencia del Derecho Penal hispanohablante se aplica incluso en detalle, ya que aquí, como en Alemania, no solamente encontramos las tres formas de intervención de la autoría, instigador o inductor y cómplice, sino también adicionalmente los partícipes primarios, como lo estipula el artículo 45 C. P. argentino, así como el cooperador necesario en concordancia con el artículo 28.b C. P. español. Se encuentran de acuerdo por consiguiente todas las únicas propuestas de solución posibles para el manejo de estas constelaciones descritas; así, junto a la autoría mediata, también complicidad, instigadores, partícipes primarios y cooperadores necesarios³².

2. El hecho de que también en la dogmática penal alemana se ofrezcan todas las soluciones que sean sostenibles conforme a la ley no sorprende en vista de aquel

30. *BGHSt* 36, p. 1.

31. Los argumentos en contra de esta crítica y la consideración de la autoría mediata como sede del problema pueden leerse en SCHÜNEMANN, en *JR* 1989, pp. 89 y ss.; id. en SZWARC (ed.). *AIDS und Strafrecht*, 1996, pp. 9, 12 y s.; además, detalladamente, id. *Temas actuales*, cit., pp. 238 y ss.

32. Cfr. Cámara de Apelaciones Federal Argentina en lo Criminal y Corte Suprema, indicado por AMBOS. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, cit., pp. 234 y s.; GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, pp. 176 y ss; BRUERA, DONNA, GARCÍA VITOR y LASCANO, en *Homenaje a Claus Roxin*, Córdoba, 2001, pp. 259 y ss., 295 y ss., 327 y ss., 349 y ss.; CEREZO MIR, LUZÓN PENA, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y MUÑOZ CONDE, en *FS Roxin*, 2001, pp. 549 y ss., 575 y ss., 609 y ss.; QUINTERO OLIVARES, en *Homenaje a Cerezo Mir*, Madrid, 2002, pp. 919 y ss., 929 y ss.

“excesivo refinamiento”³³ constatado por mí anteriormente, el cual no puede describirse aquí de manera pormenorizada. De una importancia central no son siquiera las posiciones internas particulares para este u otro caso, sino más que todo la pregunta de si es posible llegar a triunfar en encontrar en el principio de responsabilidad penal una nueva regla general para la demarcación de la autoría mediata y la participación, o si la decisión solamente se encontrará de acuerdo a cada caso, y con ello queda, en definitiva, un juego de azar.

Se comprende casi por sí mismo que esta fundamental puesta a prueba debe tomarse del concepto de ROXIN de autoría, y no de aquél proveniente del modelo de desarrollo inspirador desde hace 40 años. ROXIN sostiene en todos los casos de la reducción de culpabilidad o exclusión de culpabilidad por una situación de coacción en “principio de responsabilidad penal”, el cual también debe ser considerado en el error del hombre de adelante; sin embargo aquí con cuatro excepciones: en la categoría de errores sobre el grado de injusto, el grado de riesgo, sobre circunstancias cualificantes, y finalmente en el caso del error en la persona, debe presentarse una autoría mediata del hombre de atrás. En el error de prohibición del hombre de adelante, ROXIN se desvía del “principio de responsabilidad penal”, afirma así también regularmente una autoría mediata del hombre de atrás en caso de error evitable de prohibición, pero sin embargo hace aquí dos contra-excepciones para el caso de una enemistad al Derecho del hombre de adelante como también durante una acción de mero apoyo sin sentido por parte del hombre de atrás, sin efecto en el resultado del acto y/o en el error de prohibición del hombre de adelante. Se diferencia también fuera de una solución en caso de dominio por organización, ya que él solo afirma de hecho la fungibilidad del hombre de adelante, si la organización concerniente, con los tipos penales que ha realizado, se ha distanciado del Derecho, es decir, cuando se trata de terrorismo de Estado u organizaciones similares a la mafia, lo que normalmente no sería el caso en una empresa comercial, de forma que la gerencia de la empresa no se podría calificar como autor mediato. Con respecto a la capacidad de culpabilidad, considera como correcto ROXIN nuevamente al principio de responsabilidad penal, mientras que diferencia para el caso de capacidad de culpabilidad disminuida, ya que una disminuida capacidad de comprensión, similar a un error de prohibición evitable, lleva a una autoría mediata del hombre de atrás, pero no a una disminuida habilidad de inhibición. La figura de la autoría mediata a través de la utilización de un instrumento doloso sin el propósito típico es finalmente rechazada por completo, mientras que la autoría a través de la utilización de un instrumento calificado resulta directamente en ciertos delitos especiales en una lesión del deber de actuar, pero no se refiere a la autoría como característica crucial³⁴. Se comprende que ROXIN sabe sostener en cada caso buenas razones para estas complicadas excepciones y variaciones del principio de responsabilidad penal, las cuales en el contexto de una conferencia por razones de tiempo no se pueden especificar ni discutir. Empero, no cambian en nada la posición

33. Más detalladamente acerca de este concepto, SCHÜNEMANN, en *FS Roxin*, 2001, pp. 1, y ss.; íd., en *GA* 2001, pp. 205, 217 y ss.; íd. *Temas actuales*, cit., pp. 11 y ss.

34. En resumen y bajo indicación de los numerosos y relevantes trabajos posteriores, ROXIN. *AT*, II, cit., 2003, pp. 22 a 66, 108 y ss.

final de que ROXIN no ofrece ninguna regla general para las refracciones del principio de responsabilidad penal, sino que más bien se desarrollan con cada caso, no sistemáticamente si no tópicamente (= orientado al *topoi*).

IV. ¿LA AUTORÍA MEDIATA COMO CONCEPTO CLASIFICADOR, COMO CATÁLOGO DE TOPOI O COMO CATEGORÍA (TYPUS)?

La tempestuosa ampliación de la figura de la autoría mediata en la jurisprudencia también ha llevado consigo, bajo aspectos metodológicos y sistemáticos, a una situación complicada. Se puede hablar así de un dilema: si se apegara completamente al principio de responsabilidad penal, podría limitarse la autoría mediata al hombre de atrás por su posición superior respecto del hombre de adelante, el que por esa razón no sería responsable penalmente, y con ello caer en un concepto clasificador, pero entonces la totalidad del desarrollo moderno de la jurisprudencia tendría que retroceder. Al contrario, se puede referir a uno de los casos particulares, de forma que el principio de responsabilidad penal alcanza una solución diferenciada y flexible, lo cual en adición deja la disputa para cada caso particular, si no triunfa en dar un principio uniforme y sistemático. Permitánme para finalizar tratar de encontrar un camino a ese dilema.

1. El apego rígido al principio de responsabilidad penal como base de la autoría mediata tiene aún hoy numerosos dependientes, de los cuales JAKOBS es posiblemente el más conocido en Colombia³⁵. Me parece que precisamente en la argumentación de JAKOBS aparece de manera clara que el principio de responsabilidad penal sólo ha sido plausible en tanto que la comisión del hecho por medio de otro no era reconocida legalmente como forma propia de autoría y, por ello, debía ser fundada primeramente a través de una llamada prueba apagógica, ya que naturalmente no habría correspondido construir una lesión del bien jurídico sencillamente no punible, a raíz de la falta de responsabilidad del hombre de adelante. Pero cuando JAKOBS hoy en día formula la pregunta supuestamente central, acerca de quién es entonces ahora primeramente competente de una específica lesión al bien jurídico³⁶, se extraería así, a manera de *petitio principii*, lo que estaría por demostrarse, es que sólo podría ser calificado como autor un único competente. Por el contrario, tan pronto se decida (partiendo de la idea central del Derecho Penal de causar una protección de los bienes jurídicos a través de la prevención general³⁷) que existen diferentes formas de autoría,

35. Cfr. JAKOBS. *AT*, 2.^a ed., 1991, pp. 644 y s.; *id.*, en *NStZ* 1995, pp. 26 y s.

36. Igualmente en nota 10. En su nueva contribución, en *FS Lampe*, 2003, pp. 561 y ss, quiere JAKOBS (de acuerdo a su vuelta normativa, acerca de ello critica de SCHÜNEMANN en *Modernas tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, pp. 643 y ss.) mediar la competencia de la "estructura normativa de la sociedad", la cual sin embargo a parte del Derecho Penal no contribuye a la demarcación entre autoría y participación y por ello su conclusión da vueltas en círculo.

37. Sobre el principio de protección del bien jurídico, SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL, v. HIRSCH y WOHLERS (eds.), *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, pp. 133 y ss.; *id.*, en *xxv Jornadas Internacionales*, cit., pp. 245 y ss.; sobre la prevención general amenazadora como núcleo de toda teoría de la pena, SCHÜNEMANN, en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho Penal*, Barcelona, 1997, pp. 89 y ss.

en cuanto se encuentran más personas continuamente en una posición clave para la validez de los bienes jurídicos, esto queda cerca de determinar la responsabilidad de cada uno de acuerdo a su posición con respecto al bien jurídico, y no necesariamente hacer depender que la responsabilidad de otro será completamente negada. Si el hombre de adelante resulta responsable penalmente de lo sucedido, su control sobre el hecho será reducido y por ello también su culpabilidad, de la misma forma debe explicar un Derecho Penal, que busca la tutela óptima de los bienes jurídicos, este déficit en la responsabilidad del hombre de adelante precedida por la del hombre de atrás; lo cual expresa nuevamente que se torna inapropiado a través de la aceptación de una instigación sin sentido: el instigador está completamente sujeto a la decisión del otro, no controlando pues el suceso, lo que sí realiza el hombre de atrás que desencadena un error de prohibición del hombre de adelante, en donde por su parte no es completamente igual de culpable de la lesión al bien jurídico; si el hombre de adelante hubiera podido conocer el error de prohibición y por lo tanto hubiera sido responsable penalmente por la lesión al bien de la misma forma, entonces depende solamente del hombre de atrás en su dominio del hecho que el hombre de adelante no se hubiera percatado actualmente de su error. Por ello, en lugar del principio de responsabilidad penal sostengo la idea practicada intuitivamente en la jurisprudencia de los *grados de la autoría*, para el modelo que corresponde de la mejor forma a la función del Derecho Penal respecto de los bienes jurídicos.

2. Con el problema pendiente de la demarcación detallada tenemos sobre todo un problema metodológico. La solución luego del abandono del “principio de responsabilidad penal” no puede encontrarse ya a través de un término clasificador, pero este no necesita ser limitado a la compilación de *topoi* no referidos a casos individuales. Más bien, en la autoría y, por tanto, en las subformas de la coautoría y de la autoría mediata se trata, respectivamente, de una categoría (*typus*), en el sentido solo especificado de la teoría del Derecho más reciente: ciertamente sobre un término con varias características (dimensiones), que no está definido en el sentido clásico, sino que es concretado sólo mediante reglas de semejanza en casos particulares, por medio del cual se representan las diferentes dimensiones con distintos desarrollos en cada caso; y también se puede compensar el débil desarrollo de una característica a través de un fuerte desarrollo particular de otra característica en ese sentido (con la cual las diferentes dimensiones del desarrollo de cada caso son representadas, y así por instante el débil desarrollo de una característica puede ser compensado con el particular desarrollo fuerte de otra característica, en el sentido que en el caso concreto aún se refiere a una manifestación de la categoría). De forma que el caso concreto siempre se tome como una manifestación de la categoría (*typus*)³⁸. En mi conferencia posterior en el

38. Cfr. acerca de esto ARMIN KAUFMANN PUPPE, en *GS*, 1989, pp. 15, 25 y ss.; KUHLEN, en HERBERGER, NEUMANN y RÜßMANN (eds.). *Generalización e individualización del pensamiento jurídico*, ARSP-suplemento n.º 45, 1992, pp. 101, 119 y ss.; SCHÜNEMANN, en *FS*, 1993, pp. 299 y ss., 305 ss.; SCHÜNEMANN, en *Leipziger Kommentar zum StGB (LK)*, 11.ª ed., art. 266, n.º 19 y ss. En la traducción al español se debe considerar que en Derecho Penal el concepto de tipicidad penal de la existencia del delito significa el “tipo”; es por ello que debe prevenirse el malentendido entre la expresión *typus* y la tipicidad penal del hecho delictivo.

contexto de estas Jornadas describiré y, mejor dicho, justificaré posteriormente las categorías (*typus*) generales de la autoría como el dominio sobre la base del resultado”. Una autoría mediata en la forma del “autor detrás del autor” presupone por consiguiente el hecho de que actuando el hombre de adelante y controlando las condiciones el hombre de atrás se pueden calificar igualmente como (doble) “base del resultado”. Acerca de esto algunos ejemplos del material de casos referidos anteriormente:

a. Mientras que en una lesión al bien jurídico de terceros se puede dudar si el motivo del hecho del hombre de adelante siempre se califica como “base del resultado”, se da en el caso del suicidio una constelación particular: como el individuo no está impedido por el Derecho a hacerse daño a él mismo, o incluso a matarse, ni tampoco debe superar otro obstáculo más que la voluntad de vida, se debe ver entonces la decisión del suicida y el motivo que lo conduce hasta ello, aquí claramente como “base del resultado”, de forma que el hombre de atrás, el cual lleva al suicida a la decisión por un engaño, aquí ejerce la regla del dominio y por tanto se hace responsable acertadamente como autor mediato.

b. La categoría (*typus*) de la coautoría se basa en el mutuo dominio del hecho a través de la división del trabajo, así como también en la resolución común del acto, en donde ambas características se pronuncian diferentemente, suceden con fuerza distinta y se pueden compensar así mutuamente. Siguiendo con lo anterior, no se puede negar la coautoría entre el gerente (en empresas comerciales: el principal) y el subordinado (en empresas comerciales: el órgano que ejecuta), sobre la base de que falta una resolución del hecho común entre el principal y el órgano que ejecuta³⁹. Pues existe un débil desarrollo de la dimensión “resolución común del acto”, que podría compensarse con el desarrollo particularmente fuerte de la otra dimensión: la vinculación de las aportaciones del principal y del órgano que ejecuta, o mediante un dominio especialmente intenso del gerente. Si está presente una contribución en el acto positivo del órgano director, digamos una instrucción general, la cual luego es implementada por un órgano que ejecuta, o el gasto del material a través de un superior y su proceso a través de un subordinado, así se presentan alternativamente la autoría mediata y a su vez también la coautoría, en donde puedo sostener por plausible la siguiente concreción de la categoría (*typus*), sin que con ello sea posible detallar aquí aún más en particular: para la autoría mediata a través de una utilización de

39. Así la crítica en RANSIEK. *Derecho Penal de la empresa*, 1996, p. 50; ROTSCHE, en *NSiZ* 1998, pp. 491 y 492; PUPPE, en *NSiZ* 1991, pp. 571 y 572. ROXIN se cita en ROTSCHE (a.a.O.) igualmente en este punto, pero deja claro actualmente en concordancia con la sentencia del Tribunal Superior del Reich: *RGSt* 58, p. 279, el hecho de que los partícipes particulares no se conocen, si solamente están conscientes de que a su lado se satisfacen otro u otra partícipe de la misma conciencia de sus personas (*LK*, art. 25 n.º marg. 173) —lo cual en los casos de criminalidad empresarial podría estar en relación con el gerente y el órgano de observancia, como se da usualmente, cuando menos si ambos se comportan con la misma actitud de federación (acerca de este concepto SCHÜNEMANN. *Criminalidad empresarial y Derecho Penal*, 1979, pp. 22 y 253. Diferentemente y como ROTSCHE, ciertamente ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 680).

un aparato estatal se debe exigir como base de la fungibilidad del hombre de adelante un predominio substancial del hombre de atrás, y por lo tanto no solamente con ROXIN un distanciamiento de la organización con respecto al Derecho⁴⁰, sino, lo que tal vez ya se ha pensado en el término de aparato estatal, también ese encaje en un sistema de la práctica de la fuerza. Ya que de otra manera se vendría a ser injusto p. ej., en una organización con financiamiento criminal del partido que actúa en un Estado constitucional, y se aceptaría una autoría mediata del hombre de atrás, por la posibilidad existente en cualquier momento del hombre de atrás de distanciarse de lo que se le exige. Por lo tanto, también la admisión de una autoría mediata de un órgano director en una empresa comercial, detrás de un órgano que ejecuta y que cumple todos los presupuestos del delito, que el BGH⁴¹ proclamó, no se acepta en la opinión de la bibliografía alemana⁴². En lugar de ello, sostengo la aceptación de una coautoría por apropiada, ya que el principal posee una posición de garante⁴³, y gracias a su contribución activa adicional al acto conjunto logra un fuerte dominio del hecho, que las aportaciones a calificar aisladamente como instigación y participación en la omisión sólo pueden ser adecuadamente concebidas en su suma mediante una penalización por coautoría⁴⁴.

c. Incluso si con las diversas contribuciones al acto se excedieran las fronteras del empresario, tras la orden de un comportamiento criminal se daría a otro empresario independiente⁴⁵, y de tal modo el cliente con ello a su vez lesiona sus obligaciones de garante (concretamente: la basura no reciclable de una persona la traspasa a otro empresario para que éste la guarde ilícitamente), sostengo, al contrario del Tribunal Superior Federal alemán (BGH) igualmente en ese punto, a la solución preferida de la autoría mediata, la aceptación de una coautoría como apropiada. Los peligros de la inexactitud de la dogmática por medio del manejo de diferentes categorías de autoría

40. ROXIN, en GA 1963, pp. 193 a 200; *id.*, en JZ 1995, pp. 49 a 51; *id.* *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., pp. 242 y ss., 611, 677 y ss.; LK/ROXIN artículo 25 n.º marg. 88, 89 128 y ss.; *id.* *Strafrecht AT II*, cit., *id.*, en FS für Grünwald, 1999, pp. 549 y ss.

41. BGH, en *wistra* 1998, p. 148; de acuerdo con ello RANSIEK, cit., pp. 46 y ss.

42. ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, nota al pie 8, pp. 682 y ss.; *id.* *Strafrecht AT II*, pp. 55 y ss.; ROTSCH. *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 1998, pp. 144 y ss.; *id.*, en NSz, 1998, pp. 493 y ss.; *id.*, en *wistra* 1999, pp. 321 a 327; AMBOS, en GA, 1998, p. 239; KÖHL. *Strafrecht AT*, 4.ª ed. 2002, § 20, n.º marg. 73 c. SCHÜNEMANN, en *Fünfzig Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft IV*, 2000, pp. 621, 628 y s.

43. Acerca de esto, en detalle, SCHÜNEMANN. *Temas actuales*, cit., pp. 129 y ss.; *id.* *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal*, Buenos Aires, 2004, pp. 23 y ss., 65 y ss.

44. A la producción suficiente de la mutua conclusión del acto a través de aceptación tácita, cfr. arriba nota 26; sólo de instigación: ROXIN. *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit., p. 683, pero la cual no llega a la acumulación del instigador y la posición de garante. El argumento posterior de ROXIN afirma que la participación debe ser estructurada de forma horizontal (ob. cit., p. 680), se trata de una estructura tipológica de la participación que no se puede convertir en una definición categórica precipitada. Hasta el momento en *Strafrecht AT II*, cit., pp. 57 y ss., sobre a lo que la autoría de omisión se refiere, se convierte en el Derecho alemán en una facultativa mitigación de la pena válida (§ 13, ap. 2 StGB) igualmente injusta al peso total de las contribuciones al acto.

45. BGHSt, 43, pp. 219, 231 y s.

llegan a estar aquí totalmente claras, ya que el Tribunal Superior Federal alemán (BGH) estipuló la autoría mediata, sin especificaciones adicionales derivadas de la voluntad del autor, a una “autoría dirigida por la voluntad del autor”, y esto ha derivado nuevamente en un sinsentido, aunque la necesaria co-aportación en la etapa de actos de preparación (en la forma de la entrega de la basura). A través de esta co-aportación al mismo tiempo se ha lesionado la obligación de garante de él mismo, ya que de hecho la basura para la cual se dispone su retiro, ser retirada por el cliente no calificado, entonces se acepta la recolección como una autoría en su resultado, pero sólo en la forma de una coautoría. La aceptación de una autoría mediata se mantendría contrariamente en una predominancia del hombre de atrás por medio de esta figura jurídica, de forma que los contornos de la teoría de la autoría empiezan a oscurecerse o indefinirse⁴⁶ en esta jurisprudencia, como ACHENBACH determinó de forma aplicable.

RESULTADOS

Por razones de tiempo no puedo referirme lamentablemente a otros ejemplos. Sin embargo, las últimas reflexiones logran estipular claramente a su vez, en mi opinión, que la extensión de la autoría mediata desde el “principio de responsabilidad penal” hasta la concepción de los “grados del dominio del hecho” refleja un desarrollo en principio de valor, el cual también puede ser dominado metodológicamente, si se entienden los conceptos de autor como conceptos tipológicos (*Typusbegriffe*).

46. *NW* 1998, p. 560.