

PROHIBICIÓN DE REGRESO Y CONCEPTO DE INDUCCIÓN. CONSECUENCIAS *

PROF. DR. JOACHIM HRUSCHKA

Catedrático de Derecho penal y Filosofía del Derecho.
Universidad de Erlangen-Nürnberg.

SUMARIO

I. La *prohibición de regreso* de Frank. II. Dos perspectivas posibles del actuar humano. III. La prohibición de regreso y la distinción de hecho e inducción al hecho. IV. Concepto de causalidad, accesoriadad de la inducción y concepto «restrictivo» de autor. V. La construcción del concepto de inducción en la doctrina penal del siglo XIX y la «autoría mediata». VI. El concepto de libertad de actuar. VII. La «limitación» de la accesoriadad de la inducción. VIII. El «autor tras el autor». IX. ¿El inductor imprudente como autor de una imprudencia?

I. La *prohibición de regreso* de FRANK

En su controversia sobre el concepto de causalidad Frank empezó a tratar de la prohibición de regreso del siguiente modo: hay «condiciones que no son causa y por consiguiente no fundamentan la responsabilidad del autor. En consecuencia, [...] rige una prohibición de regreso en el sentido de que condiciones que se hallan más allá de

* Traducción de «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», en *ZStW* 110 (1998), pp. 581-610, a cargo de Pablo Sánchez-Ostiz. Titular de Derecho penal. Universidad Pompeu Fabra.

determinada situación no pueden considerarse como causas: no son causa aquellas condiciones anteriores a la que libre y conscientemente (con dolo y culpabilidad) condujo a la producción de un resultado.»¹ Básicamente Frank aplica ya la prohibición de regreso a todos aquellos casos a los que hoy sigue aplicándose (por quienes la admiten). Pero pone de relieve el significado que la prohibición despliega en sede de inducción: «La prohibición de regreso encuentra su reconocimiento en Derecho positivo en el § 48 (StGB 1871); pues de lo contrario el inductor sería autor.» Se trata de una importante advertencia. La prohibición de regreso constituye una condición que posibilita hablar de lo que hoy llamamos «inducción». La prohibición de regreso de Frank se ha de distinguir por consiguiente de otras prohibiciones de regreso, en particular de la que expone Jakobs², que no se refiere a los presupuestos conceptuales de la categoría de «inducción», sino a un punto de vista genérico de carácter normativo que impide recurrir a ciertas condiciones de una determinada acción. A pesar de recibir el mismo nombre y de referirse en parte a los mismos casos, tienen ambas prohibiciones de regreso una impronta absolutamente diferente. Este estudio se limita a la prohibición de regreso a la que Frank se refería y, repito una vez más, al significado de tal prohibición ante todo para la categoría de la «inducción». Ciertamente se han de extraer de ella una serie de consecuencias, en particular para el concepto de «autoría».

La prohibición de regreso no permite retroceder tras una condición (que condujo a la producción de un resultado) que Frank expresamente caracteriza como «libre». Por eso, debemos en primer lugar ocuparnos de la perspectiva de la libertad y con ello de su relación con la perspectiva de las ciencias de la naturaleza (*infra* II). Se mostrará después que, y de qué manera, la diferencia entre hecho e inducción al hecho se deriva de la prohibición de regreso (III). La prohibición se basa en un concepto de causalidad distinto del de la «teoría de la condición». La accesoriadad de la inducción y el llamado concepto restrictivo de autor se derivan de la prohibición de regreso y del concepto de causalidad que ésta presupone (IV). Desde un punto de vista histórico también la construcción del concepto de inducción en la doctrina penal del siglo XIX se apoya en la prohibición de regreso. La «autoría mediata» resulta posible precisamente porque la prohibición de regreso no encaja en

¹ FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 16ª ed., 1925, p. 15; la frase citada sigue en p. 16. La expresión «prohibición de regreso» aparece primero en la 15ª ed., 1924; cfr. LING, *Die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges durch willentliches Dazwischentreten eines Dritten*, 1996, p. 104.

² JAKOBS, *Allg. Teil*, 2ª ed., 1991, 24/13 ss. (p. 696 ss); el mismo, en *ZStW* 89 (1977), p. 1.

los casos en que aquélla está llamada a aplicarse (V). La distinción entre inducción y autoría mediata exige la elaboración del concepto de libertad de actuar en el que se basa la prohibición de regreso (VI). Las dificultades que experimenta la «limitación» de la accesoriedad de la inducción desde 1943 se ven paliadas a través de la doctrina de la «primacía de la autoría» (VII). El reconocimiento en la jurisprudencia más moderna del «autor tras el autor» implica en efecto que el auténtico inductor pasa a denominarse ahora autor (VIII). Finalmente se critica la reinterpretación de la inducción imprudente, impune, como autoría imprudente, punible (IX).

II. Dos perspectivas posibles del actuar humano

Puesto que la prohibición de regreso presupone una acción que pueda calificarse como *libre*, antes de nada hemos de referirnos a la relación existente entre dos perspectivas posibles: la perspectiva de la libertad frente a la adoptada por las ciencias de la naturaleza *qua* ciencias de la naturaleza. Ya Pufendorf había tratado el tema. Distinguía entre los *entia physica* y los *entia moralia*, las cosas físicas y las cosas morales³. En su exposición, «moral» no tiene todavía el significado que sólo más tarde se le daría, y del que nosotros partimos hoy día, sino que se relaciona —dicho con palabras de Ernst Platner⁴— «con la libertad y la imputación», «sin distinguir si (la acción) está de acuerdo con la Ley o no». Y con palabras de Hegel⁵, «moral» en este sentido es «sobre todo, lo espiritual, lo intelectual». Para él, su contrario no es «inmoral», sino lo físico en cuanto «extramoral». Adaptado mejor al modo de expresarse del universo conceptual de la segunda mitad de nuestro siglo: cuando contemplamos el mundo como conjunto de las cosas físicas y de las relaciones físicas que las engarzan, lo vemos bajo la perspectiva del nexo causal. Mientras que cuando contemplamos las cosas morales y las conexiones morales, lo vemos bajo la perspectiva del nexo final. Puedo contemplar una mesa como un *ens physicum*, pero entonces no atiendo todavía a su carácter-de-mesa. Si contemplo la mesa como *ens morale*, entonces veo el *fin* [*Zweck*] que determina a la mesa como tal mesa. Con Kant la distinción de Pufendorf conduce a la distinción de la comprensión de la acción (humana) como determinada

³ PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, 1672, Lib. I, Cap. I: «De Origine et Varietate Entium Moralium»; al respecto, cfr. WELZEL, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1958, p. 19 ss.

⁴ ERNST PLATNER, *Philosophische Aphorismen, Anderer Teil*, 1800, p. 4.

⁵ HEGEL, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, 1830, § 503, nota.

por un fin: «toda acción tiene su fin»⁶. La «teoría de la acción» kantiana es una teoría de la acción «final» [*finale*]. En nuestro siglo fue Welzel quien hizo suyas —expresamente⁷— las consideraciones de Pufendorf y Kant, y quien desde aquellos fundamentos formuló los principios de su propia «teoría final de la acción».

Ciertamente, si atendemos realmente a un proceso como acción —en el sentido actual de la palabra—, no es el aspecto final lo que más importa de la acción humana. Las acciones son consideradas tales, más que a través del *nexus finalis*, a través de la libertad del que actúa —como lo expresó igualmente Platner—. La libertad, según él, se halla en contraposición con la necesidad de la naturaleza. Los autores del siglo XVIII lo expresaron de tal forma que caracterizaron las genuinas acciones humanas como «acciones *liberae*» y las contrapusieron a las «acciones *physice necessariae*», a los movimientos físicos necesarios; Kant no habla todavía decididamente de «acciones» (humanas), sino *expressis verbis* de «acciones *libres*». Necesidad física o de la naturaleza es la dependencia de un proceso —del «efecto»— respecto de la suma de condiciones iniciales, lo que constituye la «causa», y dicha suma de condiciones iniciales produce ciertamente el proceso —el efecto— conforme a las leyes de las ciencias de la naturaleza. Por el contrario, libertad es la independencia de un proceso —de una acción— respecto de la suma de condiciones iniciales precedentes, esto es, la independencia del que actúa respecto de los impulsos que le determinan⁸. Claro está que la libertad del que actúa se halla restringida. Yo estoy invariablemente en dependencia de la situación en la que me encuentro. En dicha situación dispongo de un espacio de maniobra para actuar, que puede ser más grande o más pequeño. Dentro de ese espacio de maniobra para actuar que se me ha dado, sin embargo actúo (u omito actuar), y actúo en el mismo libremente.

Dado que este concepto de acción presupone la libertad del ser humano por lo menos como posibilidad, sigue todavía hoy preocupando a muchos penalistas, como ya a muchos de sus antecesores, influenciados por la sugestión de los resultados de las ciencias de la naturaleza y de la técnica moderna. Temen quedar en ridículo con un concepto de acción de este género ante los científicos de la naturaleza y otros que ajustan su ciencia al modelo de las ciencias naturales. Pero esto se deriva

⁶ KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, 1797, *Werke*: Akademie-Ausgabe (=AA), tomo 6, p. 385, renglón 1.º.

⁷ Baste con cfr. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 38.

⁸ Éste es el aspecto negativo de la libertad. El aspecto positivo —del que aquí no se tratará— consiste en que la conducta libre se aprecia a través del seguimiento de reglas por parte del que actúa.

únicamente de que malinterpretan, como también lo hizo Welzel, el concepto de acción como algo «ontológico». Lo que está en juego no es, o al menos no es en primera línea, una ontología. Antes bien, la oposición entre *entia physica* y *entia moralia*, entre necesidad de la naturaleza y libertad, es una oposición en el método a seguir. Precisando más: es una oposición en el modo de contemplar, una oposición en la perspectiva que se adopta. Y esto vale tanto para la perspectiva adoptada por las ciencias de la naturaleza y las cuasi-naturales, como para la perspectiva que adopto cuando contemplo una acción como acción humana. Ambas son perspectivas que adopto o dejo de adoptar, y no — en cualquier caso no en primera línea— datos objetivos⁹.

Si contemplo un proceso como un *ens physicum*, entonces lo veo como inmerso en una relación causal que lo abarca. Lo veo entonces como efecto de una causa que lo produce —el proceso— de conformidad con las leyes de las ciencias de la naturaleza. En cambio, si contemplo la acción como *ens morale*, entonces la veo, no como efecto de una causa que la produce —la acción— en conformidad con las leyes de las ciencias de la naturaleza, sino como nuevo comienzo de una cadena de causas. Puedo adoptar estas dos perspectivas. De la adopción de la perspectiva depende lo que yo sitúe a la vista. En un caso veo el mundo bajo el punto de vista del nexo causal. En el otro puedo ver acciones y omisiones de acciones —en todo el actual significado de la palabra «acción»—.

Al contemplar nuestras propias acciones y las de los otros seres humanos adoptamos en cualquier caso la segunda perspectiva. Cuando miramos un proceso físico en el que se ve envuelto un hombre, por ejemplo, el levantar un brazo o el apalear a un perro, como acción humana, lo vemos, vemos el proceso normalmente como una acción *libre*, como *actio libera*. Sólo en casos excepcionales sucede de otro modo. En la generalidad de los casos el proceso no es para nosotros un mero suceso físico, ni una mera causa intermedia en el contexto de un acontecer que se halla determinado desde tiempos remotos, ni un destino invariable, sino un nuevo comienzo.

Con otras palabras: con nuestras acciones e interacciones nos afirmamos como libres. No hay en ello ficción alguna. Sobre todo, la aceptación de tal libertad es una condición de posibilidad de racionalidad que aceptamos para nosotros mismos. Esto se muestra de manera ejemplar en las acciones habladas (juicios) que apreciamos como verdaderos o como (en sentido lógico) correctos. O bien se hallan dichos

⁹ Cfr. también JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs*, 1988, p. 24.

juicios determinados naturalísticamente, y entonces son en el mejor de los casos casualmente verdaderos o correctos. Más allá de eso, su verdad o corrección (casual) no es por principio cognoscible, dado que bajo las premisas del determinismo el supuesto conocimiento de un supuesto cognoscente se halla también determinado naturalísticamente, por lo que entonces no es conocimiento alguno. O bien, por el contrario, los juicios son verdaderos, o correctos, y resulta posible conocer su verdad o corrección. Por lo que no se encuentran naturalísticamente determinados. El sujeto cognoscente asume la cosa misma a conocer; sólo a través de ella se decide; y en consecuencia, en su conocimiento no se decide por medio de impulsos que le determinan de manera naturalística.

La aceptación de ideas de este estilo es en definitiva condición de posibilidad de las ciencias de la naturaleza, que a fin de cuentas no dejan de ser una actividad e interacción humana. En esa medida, en modo alguno cabe decir que la perspectiva científico-natural goce de preeminencia. Al contrario: la perspectiva de la libertad tiene preeminencia lógica por delante de la situación naturalística¹⁰. Por eso nadie puede prohibirnos adoptar la perspectiva de la libertad. La prohibición carecería ya semánticamente de sentido. Dicha prohibición, precisamente como cualquier otra, se basaría en que quien prohíbe adopta ya, enunciando su prohibición, la perspectiva de la libertad y con ello la perspectiva que él deseaba prohibir.

III. La prohibición de regreso y la distinción de hecho e inducción al hecho

Hasta ahora nos hemos referido al actuar humano en la prospectiva. De forma semejante, vale para la retrospectiva. La aceptación de la libertad es sobre todo en cada caso concreto un presupuesto para la imputabilidad de la acción; más precisamente: ella *es* la imputación del proceso. Y ello porque «imputar» significa «considerar un proceso como acción *libre*». En palabras de Kant: «imputamos [algo] si *simpliciter* es atribuido, esto es, cuando es concebido como procedente de la libertad.»¹¹ Sin una aceptación tal de la libertad e imputabilidad no se daría responsabilidad alguna. Si las acciones no fueran libres, sino procesos producidos por necesidad natural, la imputación no podría referirse a nada. Ciertamente, se ha intentado emplear una y otra vez la perspectiva sólo de

¹⁰ El determinista que dice «¡todo está determinado!» se encuentra en una situación comparable a la del mentiroso cretense. Semánticamente carece de sentido.

¹¹ KANT, AA, vol. 19, p. 157, renglón 20 ss, refl. 6775.

la necesidad natural y a pesar de eso determinar la responsabilidad en función de posibilidades de conexión. Pero todos esos intentos deben valorarse como un fracaso, porque resulta sumamente arbitrario entresacar de la suma de condiciones singulares condiciones particulares (las acciones humanas) y asociarles responsabilidad si dichas condiciones en nada se distinguen en cuanto a su definición de otras condiciones.

Pero si consideramos un proceso que nos interesa como una acción *libre*, entonces no lo contemplamos como causado. Una *actio libera, per definitionem*, no es una *actio causata*, puesto que el significado de la palabra «libre» supone independencia de lo precedente, de las condiciones que determinan la acción. Así, imputación significa que no contemplamos la acción imputada como eslabón en una cadena causal, sino como nuevo comienzo. Si alguien, que actúa libremente y al que por consiguiente puede imputarse la acción, realiza un tipo delictivo [*Deliktstatbestand*], entonces lo llamamos «autor» [*Täter*] de un «hecho» [*Tat*]. De donde se sigue que lo que se halla «tras» un autor al que se imputa una acción como libre, no puede aportar causa alguna que produzca la acción libre.

Para resaltarlo una vez más: claro que puedo cambiar de perspectiva y para un proceso determinado adoptar una perspectiva determinista (naturalística). Si adopto dicha perspectiva, contemplo entonces el acontecimiento en cuestión como un proceso en el mundo tal y como lo ven los científicos de la naturaleza. Contemplo entonces la acción como causada. Contra ello no hay nada que objetar. Pero he abandonado de ese modo la perspectiva de la libertad y con ello la perspectiva que me brinda la posibilidad de imputar. Si, por el contrario, quiero imputar un proceso físico como «hecho», entonces debo abandonar la perspectiva de las ciencias de la naturaleza y adoptar la perspectiva de la libertad. Pero lo que no puedo hacer de ninguna manera es concebir la acción como libre y *a la vez* —como quien dice, sin respirar— concebirla como causada.

En esta última apreciación se contiene la prohibición de regreso. Frank tenía plena razón cuando escribía: las «condiciones previas de una condición que ha sido tomada como contribución a producir un resultado» no son causas de dicho resultado. El elemento más allá del cual no pueden considerarse [otros] sucesos como causas es, con otras palabras, aquel proceso que contemplamos como acción libre de un autor (como *actio libera*). Quien se halle tras dicha acción libre ni ha «causado» el resultado descrito en el tipo delictivo producido por el autor principal, ni ha «causado» la acción descrita en el tipo del delito del autor principal. Si el autor principal actúa libremente, entonces no hay nada más que haya de ser «causado».

La prohibición de regreso llama la atención de una contradicción que se da cuando comprendo un proceso físico como libre y *a la vez* como naturalmente necesario (como *actio libera* y como *actio physice necessaria*). Puedo ciertamente modificar la perspectiva, pero no puedo adoptar ambas perspectivas a la vez. Si parto de que he actuado libremente, o de que un tercero ha actuado libremente, me está vedado aceptar a la vez que un tercero ha causado la acción. Si parto de que el proceso ha sido causado, entonces me está vedado aceptar a la vez que la acción sea libre y con ello imputable¹².

Es precisamente eso lo que fundamenta sobre todo que exista algo como la «inducción». Si ciertamente aquel que «determina» (§ 26 StGB*) al autor a realizar su hecho debe responder penalmente, entonces no puede responder como «autor». Él no ha causado el resultado del hecho como el autor ha causado el resultado. De ahí se sigue que tampoco él ha realizado el tipo como el autor lo ha realizado, por lo que si ante todo él es algo, será «inductor» [*Anstifter*] al hecho —o como se quiera llamar a aquel que hoy denominamos «inductor»—. De la prohibición de regreso se derivan los presupuestos del concepto de inducción, frente a los cuales todas las teorías sobre el «fundamento de la punibilidad» de la inducción son algo secundario. En definitiva: la *categoría* de la inducción se percibe sólo gracias a la prohibición de regreso¹³.

En la prohibición de regreso se fundamenta también una relación de exclusión entre un hecho y la inducción a ese hecho. Partiendo de que el autor ha causado el resultado típico y precisamente por eso el inductor no es autor, dado que no es el caso de que él cause el resultado típico, entonces hecho e inducción al hecho se excluyen mutuamente. Sólo puedo ser autor *o bien* inductor, pero no ambas cosas a la vez, porque con una y la misma acción sólo puedo causar o no causar el resultado descrito en el tipo; en efecto, no puedo a la vez causar y no causar¹⁴.

¹² Sobre todo ello, véase también JOERDEN, (nota 9), p. 30 ss.

* Expresa el § 26 StGB: «Inducción. El que determinare a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico será castigado, como inductor con la misma pena que el autor.» Esta traducción, como la de los restantes § StGB, está tomada de SILVA SÁNCHEZ, Anexo a *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, Madrid, 1991, pp. 196-197] (N. del T.).

¹³ Tiene plena razón JOERDEN, (nota 9), p. 35, nota 69, al señalar que la prohibición de regreso «posibilita lo primero de todo atribuir responsabilidad». Véase también RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und Fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 72 ss, que fundamenta la prohibición de regreso en la «conducta autónoma». Su reverso es que precisamente sólo ese concepto posibilita el de «inducción».

¹⁴ «Exclusión» significa aquí lo que la palabra en Lógica generalmente significa. Cfr. BOCHENSKI/MENNE, *Grundriß der Logik*, 4ª ed., 1973, § 3.6. (p. 31 s). En KLUG, *Juristische Logik*, 3ª ed., 1966, p. 34, exclusión se denomina «incompatibilidad».

Como la prohibición de regreso misma, la exclusión en relación a la categoría de «hecho» es también constitutiva del concepto de inducción. Sin agotar el concepto, la exclusión pertenece sin embargo a sus presupuestos.

IV. Concepto de causalidad, accesoriedad de la inducción y concepto «restrictivo» de autor

¿En qué clase de concepto de causalidad se basa el de inducción? Más precisamente: ¿Qué significa la palabra «causa» en la frase «las condiciones que se hallan más allá de una acción libre no son causa de la acción»? Según Kant, «causa» significa «la condición de aquello que acontece»¹⁵. Para John Stuart Mill, «causa» («*cause*») es «*the sum total of the conditions*»¹⁶. De acuerdo con esta idea, causa de un proceso, que después es el efecto, es aquel estado del mundo que ocasiona el proceso en conformidad con las leyes de las ciencias de la naturaleza. La causa es, si se quiere, la «*conditio per quam*», esto es, una «condición suficiente» del efecto. Lo cual significará que dicha condición determina el efecto en el sentido de la frase «siempre que se da la causa aparece —invariablemente— el resultado.» Por medio de la causa se determina el resultado, esto es, se hace «necesario» en el sentido de que «se hace necesario en términos naturales»¹⁷. Éste es el primer concepto de causa. Se trata de un concepto fuerte porque y en la medida en que comprende la aceptación de que la causa determina el efecto. De dicho concepto parten las ciencias de la naturaleza.

En virtud de este concepto de causa, para cada efecto que acaece hay una y sólo una condición que lo determina (Kant), como también una y sólo una globalidad de condiciones que lo determinan (Mill), y entonces hay también sólo una única causa. A pesar de todo, esa condición única, o la globalidad de condiciones, puede descomponerse en los distintos elementos (aislados), y, como hace Mill, denominar nuevamente como «condición» cada elemento. De ese modo, las condiciones singulares dan lo mismo («equivalen»), en el sentido de que —como también se afirma según la conocida fórmula de la llamada «teoría de la condición» o de la «equivalencia»— no «cabe suprimirlas mentalmente sin que el concreto resultado (el efecto) desaparezca». Pero con

¹⁵ KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, 2ª ed., 1787, p. 447 (=AA vol. 3, p. 289, renglón 7).

¹⁶ MILL, *A System of Logic*, 1843, Libro III, cap. V, secc. 3, en la edición aquí empleada, London, 1949, p. 217.

¹⁷ Esta «necesidad natural» ha de diferenciarse de las necesidades de otro género, como la «necesidad lógica».

ello las condiciones singulares no llegan a ser todavía «causa» del efecto. Permanecen como elementos, y nada más que como elementos de una y única causa. A pesar de eso, puede una determinada acción humana aislada, si pertenece a la suma de condiciones en cuestión, ser entresacada como «causa» de un efecto, esto es, si dicha condición es la última acción humana —libre— que produce la aparición del efecto. Lo será entonces aquella aislada acción humana (libre) que, cumpliéndose los restantes presupuestos, determina el efecto. Así, por ejemplo, la colocación de una bomba pertenece a la suma de las condiciones que más tarde producirán la muerte de la víctima, pero la colocación no es todavía el factor definitivo. Por el contrario, el hacer explotar la bomba (la detonación), si sigue temporalmente a la colocación, puede considerarse como último factor desencadenante. En este sentido, una acción es entonces causal para la muerte de la víctima, si en una situación dada, existiendo peligro, produce el paso del peligro de lesión a la efectiva lesión.

Es éste un segundo concepto de causa. Desde la perspectiva del primer concepto, se aprecia lo que con el mismo se designa como «causa»: una especialmente cualificada condición aislada, precisamente la última acción humana (libre) que produce el efecto. Dicho concepto de causa, concebido para acciones humanas, armoniza con el concepto de causa de Kant, Mill y de las ciencias de la naturaleza en tanto que parte de que la causa es una *condicio per quam* del efecto. También es éste un concepto fuerte de causa porque y en la medida en que acepta que la causa determina el efecto.

Por el contrario, el concepto de causa empleado por la «teoría de la condición» o «de la equivalencia» es un concepto débil. La teoría no parte sólo, como su segunda denominación indica, de la equivalencia de todas las condiciones singulares, sino que acepta, más allá de ello, que cualquier condición singular que pueda ser entresacada de la suma de condiciones singulares, sería «causa» del efecto (el «resultado»). Prescindiendo de la acción, que es el factor desencadenante de una lesión, las condiciones singulares no son sin embargo condiciones suficientes para la aparición de un resultado. No es casualidad que sean designadas como «*condiciones sine quibus non*» y no por ejemplo como «*condiciones per quas*». La frase «siempre que se da la causa aparece —invariablemente— el resultado» no es entonces válida para esas condiciones. Las «causas» de la «teoría de la condición» no determinan el efecto. Von Buri emplea el ejemplo del molino¹⁸. Se requiere una cantidad determinada de agua para mover la rueda de un molino. Un primer brazo del

¹⁸ VON BURI, *Die Causalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885, p. 2 s.

río suministra cuatro quintas partes de la cantidad requerida, y un segundo brazo la quinta parte restante. Aquí, causa del movimiento de la rueda del molino en un sentido científico-natural será la totalidad de la cantidad de agua de ambos brazos del río —juntamente con otras circunstancias que globalmente conducen a que la rueda del molino gire—. Los brazos aislados del río aportan sólo una contribución para el movimiento. Si a esto último se llama «causar», entonces «causar» significa «aportar una contribución». Si se toma por base la «teoría de la condición», «ser causa» significa por tanto sólo «aportar una contribución a la aparición del efecto».

La doctrina de la causalidad de la contribución, que es como debería en lo sucesivo denominarse la «teoría de la condición», no se deduce del concepto general de causa que Kant y Mill sostienen. En 1927, al resumir la discusión del momento, describe Tarnowski la tesis fundamental de la doctrina del siguiente modo: la «teoría de la condición» parte de «que todas las condiciones de un resultado que no puedan suprimirse mentalmente sin que desaparezca el resultado son equivalentes para éste, y por eso cualquiera de estas condiciones necesarias puede ser contemplada aisladamente como causa del resultado.»¹⁹ Hart y Honoré citan la frase con la observación: el «por eso» «hardly serves to conceal the *non sequitur*.»²⁰ Hay que decir, simple y llanamente, que la tesis descrita por Tarnowski no es concluyente. Sin duda que no está prohibido definir así la expresión «causar», que no significa sino que «algo contribuye a la aparición del efecto». Es «lícito» hacer algo así. Sin embargo, no lo es anudar a un concepto tal de «causación» conclusiones, que sólo con un concepto fuerte de causación pueden anudarse.

La prohibición de regreso no parte del concepto de causa de la doctrina de la contribución, sino del concepto fuerte de causa, que expresa que la causa determina el efecto. Y una determinación así no se da en aquella acción de un autor, caracterizada como «libre». La acción libre de un autor no es el efecto de una «causa» en el sentido fuerte de causa. Tampoco la acción del inductor determina el hecho del inducido, y en este sentido el inductor no «causa» el hecho del autor y el resultado del hecho. Naturalmente que desde la perspectiva de la prohibición de regreso no cabe negar que el inductor pone una condición singular para el hecho y la aparición del resultado. Sin su hacer (del inductor) no se habría realizado el hecho y no habría aparecido el resultado del hecho; en cualquier caso, no habría aparecido el resultado del

¹⁹ TARNOWSKI, *Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs*, 1927, p. 34.

²⁰ HART/HONORÉ, *Causation in the Law*, 1ª ed., 1959, reimpr., 1973, p. 393. Los mismos autores señalan también que Tarnowski aclaró el problema.

hecho, como se dice, «en su muy concreta configuración»²¹, en la que efectivamente ha aparecido²². Por consiguiente, desde la perspectiva de la prohibición de regreso nada hay que objetar si se dice que el inductor «causa» el hecho y el resultado del hecho, siempre que se dé por supuesto que «causar» entonces no significa ya aquel «aportar una contribución a la aparición del efecto». Sin embargo, para la prohibición de regreso y las consecuencias que de la misma hay que extraer, no resulta decisivo el concepto de causa de la doctrina de la contribución²³.

De la prohibición de regreso se deriva sin embargo una no-equivalencia en la relación entre el hecho del autor y el del inductor, que atenta a la idea según la cual cualquier contribución al efecto sería «equivalente» con cualquier otra contribución. De este modo, el hecho del autor causa el resultado del hecho en el sentido fuerte de la palabra, mientras que el hecho del inductor no causa en el mismo sentido el resultado del hecho. Esta falta de equivalencia se expresa comúnmente con la expresión de «naturaleza accesoria» de la inducción. La accesoriidad de la inducción es entonces una consecuencia de la prohibición de regreso, que presupone por su parte un concepto fuerte de causa. El hecho del autor es el hecho *principal*, y la inducción «se une» a ese hecho. La inducción no es nada independiente, y así el punto de enlace para el juicio sobre la antijuricidad del hecho del inductor y para su punibilidad es precisamente el que otro (el autor) realiza el tipo. Sin el hecho de este otro no hay conceptualmente inducción.

Esto resultaba ya claro para los juristas italianos medievales. Heimberger²⁴ cita a Baldus, quien refiriéndose al «*mandans*», al que da el mandato, que sería inductor, dice: «aun cuando el *mandans* sea denominado *princeps delicti, quia dat causam delicti*, eso lo sería aquel que *propriis manibus aliquem occidit*, quien realmente sería *homicida o principalis*.» Y Heimberger reproduce palabra por palabra la siguiente posición: «*Et mandans dicitur accessorius et haec est differentia inter facientem et mandantem, quod facientis delictum per se stat, sed mandantis*

²¹ Cfr. ROXIN, *Allg. Teil*, I, 3ª ed., 1997, 11/20 (p. 301).

²² Sin duda, esta «causalidad» también «ha mediado psíquicamente». No queda claro por qué BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Allg. Teil*, 10ª ed., 1995, 14/35 (p. 226) entienden que sería una objeción contra la prohibición de regreso el que la «causalidad» de la «teoría de la equivalencia» pueda apreciarse como «mediación psíquica».

²³ El propio FRANK (*Strafgesetzbuch*, p. 15), partiendo de la «teoría de la equivalencia», no aportó la más pequeña contribución al embrollo dominante sobre la prohibición de regreso. No ignoraba que la «teoría de la equivalencia» no hacía uso de la palabra «causar» en sentido fuerte, sino que simplemente se trataba una doctrina de la contribución de la causalidad.

²⁴ HEIMBERGER, *Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Litteratur von Schwarzenberg bis Feuerbach*, 1896, p. 36.

delictum non stat per se.» — «Se designa como «accesorio» al que da el mandato. En esto radica la diferencia entre el autor que actúa inmediatamente y el que da el mandato: en que el delito del que actúa inmediatamente existe por sí mismo, mientras que el delito de quien da el mandato no.» — También Bossius habla de que el hecho del inducido «subsiste», esto es, existe por sí solo, mientras que la inducción no «subsiste»²⁵. En la doctrina alemana del Derecho natural que les sucede —por ejemplo en Pufendorf²⁶— el concepto de «*accessorius*» pertenece entonces como algo evidente a la estructura de la doctrina de la participación.

El llamado concepto «restrictivo» de autor deriva de la accesoriedad de la inducción²⁷. También se deriva el concepto «restrictivo» de autor de la prohibición de regreso y del concepto fuerte de causa que ésta presupone. El concepto, en lo que aquí interesa, denota que el inductor no es «autor». En realidad, emplear el atributo «restrictivo» no resulta conveniente, porque sugiere que habría algo que restringir, lo cual no es precisamente lo que se da en el caso. El concepto «restrictivo» de autor sólo puede ser válido en un sistema que, sobre todo, distingue. Las distinciones son necesarias: en la medida en que deben subsumirse hechos diversos en tipos diferentes²⁸, es precisamente una distinción lo que hace que alguien realice o no un tipo.

Frente a esto, la «teoría de la equivalencia» o «de la condición», la llamada doctrina de la contribución de la causalidad, genera un concepto extensivo de autor que, dependiendo del contexto, se denomina también «concepto unitario de autor». Según dicho concepto extensivo, en cualquier caso en los delitos puros de resultado, es autor todo aquel que aporta una contribución a la producción del resultado. El inductor sería entonces autor del hecho. Por eso, no es casualidad que los distintos defensores de la doctrina de la contribución combatieran

²⁵ HEIMBERGER (nota 24); BOSSIUS, «*Mandans, quem proxime dixi delicti principem, dicitur accessorius et sanguinem fundens dicitur principalis et ideo faciens per se subsistit, sed mandans non.*»; ENGELMANN, *Festschrift für Binding*, 1911, p. 474 ss; SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehre vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, 1930 (reimpr. 1973), p. 203, y otros discuten una serie de conclusiones que cita Heimberger. Que los juristas italianos medievales vieron aquí relaciones necesarias en términos lógicos es algo que ni pueden ni quieren negar estos autores.

²⁶ PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, libro I, cap. V, § 14; libro III, cap. I, § 4; *De Officio Homini et Civis*, 1673, libro I, cap. VI, § 7.

²⁷ WELZEL, *Strafrecht*, p. 99; JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, 5ª ed., 1996, p. 648 ss; JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/8 (p. 596).

²⁸ Es además una exigencia del Estado de Derecho que para hechos distintos deban aplicarse tipos delictivos distintos.

—antiguamente— la accesoriedad de la inducción y el concepto «restrictivo» de autor²⁹. Hoy la discusión se ha calmado. Sigue discutiéndose, en cambio, todavía lo referente a la prohibición de regreso, tachada como «incompatible con la esencia de la teoría de la equivalencia»³⁰. Es cierto que la «teoría de la equivalencia» presenta algunas dificultades en relación con la prohibición de regreso. Pero la «teoría de la equivalencia» tiene dificultades no sólo con la prohibición de regreso. También la accesoriedad de la inducción, el concepto «restrictivo» de autor, como sobre todo el concepto mismo de inducción, resultan en el mismo sentido «incompatibles» con la «teoría de la equivalencia», como también es «incompatible» la prohibición de regreso con la «teoría de la equivalencia». Por tanto, éstas son las alternativas: o bien es válida la «teoría de la equivalencia», para la cual los procesos de muy diverso género son lo mismo y dan lo mismo, de forma que no cabe distinción relevante entre un hecho principal y la inducción a ese hecho; o bien es válida la prohibición de regreso, de forma que con ella se determina una inducción diferenciada del hecho, la accesoriedad de la inducción y el concepto «restrictivo» de autor.

Pero equiparar las diferencias tan decisivas en virtud de la «teoría de la equivalencia» contradice ya el uso general del lenguaje, que precisamente en este punto distingue. De ahí que generalmente sea necesario llevar a cabo un adoctrinamiento no pequeño para conseguir que los estudiantes acepten la «teoría de la equivalencia» o «de la condición» como una teoría de la *causación*³¹. Pero sobre todo es que esa equiparación prescinde de lo que se halla en la historia del Derecho. Hace ya mucho tiempo que, en el ámbito aquí analizado, la «teoría de la condición» no aporta criterios. Probablemente nunca los aportó. Hay, pues, que distinguir inducción y hecho principal; es válido el concepto «restrictivo» de autor, como también la accesoriedad de la inducción; y esto es así porque también la prohibición de regreso, en la que todo eso descansa, es válida. La prohibición de regreso produce su efecto indefectiblemente: da lo mismo que sea reconocida oficialmente, por decirlo así, o deje de serlo como tal.

No sería posible «prescindir» de la prohibición de regreso —como en ocasiones se reclama— sin destruir el sistema de conceptos con el

²⁹ Por ejemplo, Robert von Hippel, *Das deutsche Strafrecht*, vol. 2, 1930, p. 448 ss, para quien la «teoría de la condición» constituye el «punto de partida lógico» y «fundamento» de la reflexión (p. 143). Véase también la exposición de Birkmeyer, *Die Lehre von der Teilnahme*, 1890, p. 47 ss.

³⁰ Jescheck/Weigend, *Allg. Teil*, p. 281, nota 15, con ulteriores referencias; cfr. también p. 573.

³¹ Al respecto, muy clarificadora, la exposición de Ling (nota 1), p. 230 s.

que hoy operamos. Frank pensaba que, en caso de que la prohibición de regreso no existiera, sería «el inductor simplemente autor». Hasta a los defensores de un positivismo legalista ya el § 26 StGB debiera convencerles efectivamente de la prohibición de regreso. Para Frank eso ciertamente no basta. En efecto, si no existiera la prohibición de regreso, tampoco el inductor sería autor, porque, desde la perspectiva que entonces cuenta, también su propia acción habría sido —totalmente— causada, por lo que tampoco habría un punto de partida para una imputación de su propia acción.

V. La construcción del concepto de inducción en la doctrina penal del siglo XIX y la «autoría mediata»

La prohibición de regreso ha sido también desde el punto de vista histórico el motor del desarrollo del concepto de inducción tal y como hoy lo conocemos³². La distinción terminológica de «autor» e «inductor» y con ella la tripartición de «autor», «inductor» y «cómplice» procede tan sólo del siglo XIX. En el siglo XVIII se había distinguido exclusivamente entre «*auctor delicti*» y «*socius delicti*», por lo que también a comienzos del XIX generalmente se empleaban sólo dos sustantivos: «*Urheber*» y «*Gehilfe*». Sin embargo, en el cambio de siglo era usual distinguir dentro del concepto de *Urheber* entre el *Urheber* físico y el intelectual³³. «*Urheber* físico» es, como se expresa en la primera edición del tratado de Feuerbach, la persona que «inmediatamente por medio de sus propias fuerzas... ha realizado la acción que configura el concepto de la infracción». «*Urheber* intelectual» es la persona que «por propio interés en el hecho ha determinado la voluntad de otro a la realización del efecto contrario a Derecho.» Esta última distinción —entre el «*Urheber* físico» y el «intelectual»— da lugar a una nueva etapa.

³² En general, sobre la historia de la doctrina de la participación, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, p. 46 ss.; para el siglo XIX, p. 72 ss.

³³ La distinción, ideada por PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, Lib. I, Cap. V, § 3, de «*causa physica*» y «*causa moralis*» fue adoptada en el Derecho penal por BOEHMER, *Meditationes in Constitutionem Criminalem Carolinam*, 1770, § 2 al Art. 177 (p. 838 ss.). La misma llevaría a la distinción de FEUERBACH, *Revision der Grundsätze... des peinlichen Rechts*, vol. 2, 1799, p. 252 s., entre «*auctor physice talis*» y «*auctor intellectualis*». Después de 1800 se halla ampliamente difundida: cfr. por ejemplo FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1ª ed., 1801, § 52 (p. 40 s.); 11ª ed., 1835, § 44 (p. 37); GROLMANN, *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft*, 2ª ed., 1805, § 33 (p. 38); 4ª ed., 1825, § 33 (p. 30); STÜBEL, *Ueber den Thatbestand der Verbrechen, die Urheber derselben* etc., 1805, § 25 (p. 31); MEISTER, *Principia Iuris Criminalis*, 6ª ed., 1819, § 42 (p. 44).

En 1820 Mittermaier proponía «designar con la palabra *Thäter*» al «*Urheber físico*»³⁴. Antes de dicha fecha, la expresión *Täter* apenas se empleaba en la doctrina penal³⁵. Desde mediados de siglo, adquiere carta de naturaleza para designar a quien actúa inmediatamente³⁶. Ocasionalmente se denominó al «*Urheber intelectual*» «inductor» [«*Anstifter*»]³⁷. Como término técnico, hace uso de él Anton Bauer, bajo cuyo influjo en el proyecto de un Código penal de 1825 para Hannover se emplea (Art. 64) la palabra «inductor» para referirse a «todos aquellos que han movido dolosamente a otros a la realización de un delito»³⁸. Bauer lo justifica diciendo que la expresión «inductor» resulta «mucho más expresiva» que la de «*Urheber intelectual*»³⁹. Desde Hannover pasa la palabra «inductor» a la legislación de toda una serie de estados independientes alemanes⁴⁰. A mediados de siglo es aceptado también en los escritos doctrinales. Los contemporáneos consideraron dicha variación en la terminología como absolutamente adecuada, aunque en realidad no se le atribuyó un significado demasiado relevante. Las expresiones «*Urheber físico*» y «*Täter*» se entendieron como sinónimas, al igual que «*Urheber intelectual*» y «*Anstifter*», y con frecuencia se emplearon indistintamente⁴¹.

Es a mediados de siglo cuando, de esa exigencia de libertad en el que actúa como autor, se extrajeron consecuencias para el inductor. En 1858 escribe Hälschner que precisamente se contradice el concepto de *Urheberschaft* intelectual si se acepta una «causalidad abstracta» entre la actividad del *Urheber* intelectual y la del *Urheber* físico. «Ciertamente, si se exige por parte del *Urheber* físico de forma necesaria una acción libre, entonces la voluntad de éste halla su fundamento sólo en sí mismo y

³⁴ MITTERMAIER, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. 3, 1820, p. 125.

³⁵ En II 20 §§ 1 ss. ALR [*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*: 1794] no se emplea sin embargo la palabra «*Thäter*» en sentido técnico.

³⁶ Todavía en 1846 considera HEPP la propuesta de MITTERMAIER como una meramente terminológica, a la que él ciertamente se adhiere. Cfr. HEPP, en *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, 1846, pp. 313 y 336.

³⁷ Por ejemplo, por MITTERMAIER (nota 34), p. 147.

³⁸ Cfr. *Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Hannover, mit Anmerkungen von Bauer*, 1826, p. 49.

³⁹ BAUER, *Anmerkungen zum Entwurf* (nota 38), p. 469, nota f. Véase también el mismo, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2ª ed., 1833, § 76, nota b (p. 117).

⁴⁰ Emplean la expresión el Código penal de 1839 para Württemberg (Art. 74), el de 1840 para Brunswick (§ 41), el de 1840 para Hannover (Art. 53), el de 1841 para Hessen-Darmstadt (Art. 71), etc. Cits. según la recopilación de STENGLEIN, *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher*, 3 vols., 1858.

⁴¹ Por ejemplo, por Mittermaier, en FEUERBACH, *Lehrbuch des Peinlichen Rechts*, ed. por MITTERMAIER, 14ª ed., 1847, § 44, nota I (p. 80 s.); aunque todavía no en la 13ª ed., 1840, p. 75. En la 14ª ed., § 44 (nota II) (p. 81 s.) Mittermaier escribe también sobre el uso del lenguaje de la ley.

no en la voluntad del inductor.» «La actividad del *Urheber* intelectual consiste sólo —según Hälschner— en la determinación a la autodeterminación»⁴². Köstlin⁴³ atribuye a Hälschner el mérito de «haberlo expresado y fundamentado con claridad».

Muy claramente lo formula diez años después Langenbeck: se acostumbra denominar «*Urheber* intelectual o inductor a quien determina intencionadamente la voluntad de otro a la realización de un delito. Si se emplea con exactitud, no resulta adecuada dicha definición, pues no puede hablarse de determinar la voluntad de otro, ya que entre la causa y el efecto... intermedia todavía la libre autodeterminación del inducido.» En la nota al pie de dicho texto se dice: «el sujeto que determina, sólo por comparación con el que se ve determinado se comporta como la causa respecto del efecto; pero entonces la voluntad del segundo sujeto nunca sería voluntad, nunca sería libertad, si la voluntad del primero se considera plenamente como su causa, pues la causa [produce] necesariamente el efecto.»⁴⁴ Está claro que es la prohibición de regreso lo que fundamenta dicha consideración.

De este modo, se separan determinados casos del concepto de inducción. El problema es tratado por la doctrina de mediados del pasado siglo bajo la denominación de «inducción aparente»⁴⁵. Hay casos —escribe Langenbeck— en los que «sólo en apariencia existe inducción», porque el autor no «se muestra como sujeto que actúa libremente». A dichos casos pertenecen el emplear a un «subjektiv inzurechnungsfähigen», el promover o emplear un error de un sujeto que actúa inmediatamente, la *vis absoluta*, los supuestos en que el *Urheber* intelectual influye sobre el hombre de delante «de un modo en que la fuerza irresistible fuera ajustada a Derecho»⁴⁶. Se plantea entonces la cuestión de cómo clasificar exactamente dichos casos, dado que no constituyen supuestos de inducción. La respuesta decisiva la da Köstlin ya en 1845. El inductor aparente ha de considerarse «aisladamente, de forma que sería *Urheber* físico.» «El mismo no instrumentaliza aquí en realidad ninguna acción ajena; antes bien, el actuar del otro ha de tomarse plenamente como el efecto de la causa aislada

⁴² HÄLSCHNER, *System des Preussischen Strafrechtes*, I, 1858, p. 345.

⁴³ Cfr. KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, p. 509 ss.; cfr. también p. 521 ss.

⁴⁴ LANGENBECK, *Die Lehre von der Theilnahme am Verbrechen*, 1868, p. 145, e *ibidem* nota 2.

⁴⁵ La expresión «inducción aparente» se encuentra ya en KÖSTLIN (nota 43), p. 510. Cfr. también GEYER, en VON HOLTZENDORFF, *Handbuch des Deutschen Strafrechts*, vol. 2, 1871, p. 340; vol. 4, 1877, p. 142.

⁴⁶ KÖSTLIN (nota 43), p. 520; LANGENBECK (nota 44), p. 148 ss.; HÄLSCHNER (nota 42), p. 345.

natural, que aparece sólo como efecto suyo, en la medida en que únicamente se pondría en marcha por la acción del primero.» Más de dos decenios después Langenbeck ve las cosas exactamente igual. «A quien se podría intentar considerar aquí inductor» es a aquel que «aislado y solo comete el delito» y entonces, «a pesar de la actividad del otro, ha de considerársele como el único *Urheber*.»

La solución adoptada por Köstlin y sus seguidores es plenamente consecuente. Puesto que el obrar del que actúa inmediatamente no es ninguna acción *libre*, no interviene con relación a ella la prohibición de regreso. Y dado que la prohibición de regreso no interviene, puede —y debe— concebirse la acción como causada. Quien causa es, sin embargo, el hombre de atrás. El hombre de atrás causa la acción del inmediato actuar, y a través de ésta causa el resultado. En consecuencia el hombre de atrás realiza el tipo del delito. Por eso el autor es él, y ciertamente es el único autor del hecho.

De nuevo es un concepto fuerte de causalidad el que se adopta en esta consideración como fundamento. Todo ello no tiene nada que ver con la doctrina de la contribución de la causalidad. Claro está que en los casos de una «inducción aparente» el hombre de atrás «causa» la aparición del resultado típico, también en el sentido del concepto de causalidad de la «teoría de la equivalencia». Pero con esta clase de «causación» no se fundamenta la aceptación de una autoría del hombre de atrás, porque según eso también el inductor sería «autor».

Cuando en la discusión del pasado siglo se generaliza la expresión de «instrumento» humano del que se sirve el hombre de atrás, el conjunto de ideas decisivas sobre las que se basaba había perdido buena parte de su sentido. Ya Pufendorf había empleado para esas situaciones la expresión «*velut instrumento uti*»⁴⁷. Cuando en 1847 Mittermaier describe la diferencia de «inducción» e «inducción aparente» emplea también la metáfora. Distingue entre el hombre de atrás «que determina a otro a una acción que es delito del autor», y el hombre de atrás «que determina a otro como instrumento para el delito»⁴⁸. La expresión «instrumento» humano sugiere que la relación causal que, por la acción de «quien media en el hecho», interviene entre la acción del hombre de atrás y la aparición del resultado del hecho constituye una *especial* clase de relación causal. No es éste sin embargo el caso. Como ya Köstlin había escrito, en los casos de la «inducción aparente» no es precisamente que el hombre de atrás convierta en medio suyo una «acción

⁴⁷ PUFENDORF, *De Officio Hominis et Civis*, libro I, cap. I, § 27.

⁴⁸ Véase FEUERBACH, *Lehrbuch*, 14ª ed., § 46, nota I (p. 87); en la 13ª ed., p. 80, no se encuentra todavía dicha observación.

real». Igual de problemática resulta la expresión de «autor *mediato*» que más tarde, en los años ochenta del siglo XIX, parece haber quedado más o menos clara⁴⁹. La expresión «autor mediato» sugiere que «el que media en el hecho» juega un papel en la fundamentación de la autoría del hombre de atrás. Pero de nuevo cabe afirmar que no se trata precisamente de que el hombre de atrás convierta una acción ajena «real» en medio suyo. Él es, más bien, «el único, de forma que sería *Urheber* físico» (Köstlin). Puesto que «quien media en el hecho» no actúa libremente, la relación de causalidad entre la acción del hombre de atrás y la aparición del resultado del hecho es una relación causal absolutamente corriente entre dos sucesos de los cuales uno es la causa y otro el efecto. Esa relación causal no tiene nada de particular.

Teniendo como trasfondo las expresiones de un «autor mediato» y un «instrumento» que intermedia en la relación causal y sin embargo «actúa» en cualquier caso —¿«libremente»?—, no es extraño que se designara al autor mediato como «autor ficticio» (Schütze⁵⁰, 1873) y a la relación causal entre la acción del hombre de atrás y la aparición de resultado típico como «relación causal ficticia» (Ortmann⁵¹, 1875). Quienes en la doctrina hablan de una ficción no discuten sobre la autoría mediata en cuanto tal, sino que la consideran como una —mera— figura jurídica. Autor mediato sería el que «según los preceptos jurídicos es considerado autor» (Schütze). Y Ortmann se refiere, entre otros casos, al del hombre de atrás que provoca que un compañero de cacería dispare a otro al hacerle creer que se trata de una pieza de caza. Aquí, el cazador que dispara es «libre» al actuar, como se pone de manifiesto —y no es menos importante— al observar que, según las circunstancias, pueda ser castigado por un delito imprudente. La relación entre el actuar del hombre de atrás y la muerte de la víctima no sería entonces una relación causal real, sino una ficticia.

La solución que trazan Schütze y Ortmann no puede sin embargo sostenerse. Quienes (Köstlin y otros) han desarrollado los conceptos que aquí interesan parten de que una acción es libre sólo si se da toda una serie de requisitos (imputabilidad, ausencia de error, etc.). Si se presupone este concepto de acción libre como decisivo, con la consecuencia de que *no* interviene en los respectivos casos la prohibición de regreso, entonces la relación causal entre la acción del hombre de atrás

⁴⁹ Se comprueba en BORCHERT, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter*, 1888, p. 99, nota 2. La expresión «autor mediato» se encuentra ya en STÜBEL, donde sin embargo él todavía se refería al autor intelectual: STÜBEL, *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen*, 1828, p. 105, nota 71.

⁵⁰ SCHÜTZE, en GA 21 (1873), p. 137, 161.

⁵¹ ORTMANN, en GA 23 (1875), p. 268, 277.

y la aparición del resultado del hecho es tan poco «ficticia» como también lo son las otras relaciones causales; o, si se quiere, es «ficticia» exclusivamente en la misma manera que todas las otras relaciones causales lo son. Por el contrario, aquí lo decisivo es que los críticos (Schütze, Ortmann) parten de otro concepto de libertad. Para admitir la presencia de libertad les basta que el que actúa inmediatamente no se halle en una situación de *necessitas absoluta*. Desde esta óptica, claro que es correcto decir que la relación entre la acción del hombre de atrás y el resultado del hecho, facilitado por el actuar «libre» del hombre de delante, no constituye una relación causal real (por lo que sería «ficticia»). En ese caso interviene la prohibición de regreso impidiendo aceptar una relación causal. En realidad se trata de dos conceptos distintos de libertad de una acción que entran mutuamente en colisión, lo cual no ha sido reflejado sin embargo de forma suficiente por los críticos.

VI. El concepto de libertad de actuar

Lo anterior conduce a la cuestión: ¿cuál es el concepto de libertad que se toma por fundamento de todo ello? ¿Cuándo se ha de contemplar una acción como *libre*, tras la cual, en virtud de la prohibición de regreso, no se permite retroceder en la cadena causal? Aristóteles da la respuesta a la antigua pregunta por la acción libre. En la traducción latina de la *Ética a Nicómaco*, empleada por Pufendorf⁵², la posición decisiva se expresa del siguiente modo⁵³: «*Videntur invita ea esse, quae aut vi, aut ignorantione efficiuntur*» —«lo que se produce bajo el influjo de la violencia o a causa de la falta de conocimiento no se presenta como libre»—. Si en lugar de la expresión «*vis*» (= «violencia») colocamos, como hacen Pufendorf y otros, la más completa de «*necessitas*» (= «situación de necesidad»⁵⁴), entonces, según Aristóteles, un proceso (una acción) sólo dejará de ser «libre» («*invitum*»), si una *necessitas* o una *ignorantia* excluye la posibilidad de imputar el proceso (la acción). Dicho concepto aristotélico de libertad de actuar entró en la tradición europea⁵⁵ y determina todavía hoy nuestras representaciones⁵⁶.

⁵² PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, Lib. I, Cap. IV, § 10.

⁵³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, III, Cap. 1 (BEKKER, 1110a).

⁵⁴ «*Vis*» significa tradicionalmente —cfr. ULPIANO, *Digesto*, 4,2,1— una «*necessitas imposita contraria voluntati*», esto es, «la imposición de una necesidad contra la voluntad de quien se encuentra en la situación».

⁵⁵ Lo refleja ya la usual formulación del «dolo» como el «conocer y querer la realización del supuesto de hecho». El «conocer» corresponde a la «*ignorantia*», el «querer» a la «*necessitas*».

⁵⁶ Para lo que sigue, HRUSCHKA, en *Rechtstheorie*, 1991, p. 449 [existe traducción castellana, a cargo de BALDÓ LAVILLA, «Reglas de comportamiento y reglas de imputación»,

Una situación de necesidad o una ignorancia pueden ser relevantes bien en el plano de la imputación de un proceso como acción, bien en el de la imputación de una acción antijurídica a la culpabilidad⁵⁷. Existen así cuatro grupos de casos en los que se excluye la libertad del que actúa. (1) «No es libre» un proceso en los casos de una *necessitas absoluta* si el afectado no dispone de alternativa alguna a lo que acontece. Pertenecen aquí los casos de *vis absoluta* y todos aquellos en los que el afectado está sometido a una necesidad física o expuesto a una imposibilidad física. Para estos casos es adecuada la formulación «*Impossibilia et necessariorum nulla est imputatio*»⁵⁸.

(2) Igualmente, «no es libre» una acción si alguien actúa en situación de *ignorantia facti*, en una situación de error sobre un elemento fáctico relevante. Un elemento fáctico es relevante si resulta decisivo para el juicio de si es contrario a Derecho o no. En ambos casos —(1) y (2)— queda excluida la imputación ordinaria en el primer nivel de imputación. Los afectados actúan de forma «no libre» en el sentido de «sin volición». No se considera ahora la posibilidad de una imputación extraordinaria⁵⁹.

(3) Asimismo, «no es libre» el actuar de quien se halla bajo el efecto de una *necessitas cum adiunctione*. Pertenecen aquí los casos de *vis compulsiva*, sobre todo los de estado de necesidad (exculpante) (§ 35 StGB⁶⁰), pero también aquellos en los que quien actúa a causa de determinadas

en LUZÓN PEÑA/MIR PUIG (COORDS.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Pamplona, 1995, pp. 171 ss (N. del T.); también el mismo, *Strafrecht*, p. 364 ss; el mismo, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, vol. 2 (1994), p. 177. Últimamente, RENZI-KOWSKI (nota 13), p. 72 ss.

⁵⁷ La distinción de dos niveles de imputación fue introducida a mediados del siglo XVIII —en el lenguaje de aquel tiempo, la distinción de «*imputatio facti*» e «*imputatio iuris*»— particularmente por DARIÉS.

⁵⁸ HUTCHESON, *A System of Moral Philosophy*, vol. I, 1755 (reimpr., 1969), p. 229, califica la frase de «*common maxim*».

⁵⁹ *Ordinaria* es la imputación de un hecho (contrario a Derecho) en ambos niveles, si y porque quien juzga no halla motivo que excluiría la imputación. Por el contrario, es *extraordinaria* la imputación si existe ciertamente una causa de exclusión de ese género, pero ha de hacerse responsable a su autor precisamente por eso.

⁶⁰ Expresa el § 35: «Estado de necesidad exculpante. (1) El que, ante un peligro actual, e inevitable de otro modo, para la vida, integridad o libertad, comete un hecho antijurídico para apartar un peligro de sí mismo, de un pariente o de otra persona allegada, obra sin culpabilidad. Esto no rige en caso de que al autor, en función de las circunstancias, en particular por haber creado él mismo el peligro o porque se encuentre en una relación jurídica especial, pueda exigírsele hacer frente al peligro; no obstante, la pena podrá atenuarse conforme a lo dispuesto en el § 49, párrafo 1, si el autor había tenido que hacer frente al peligro, pero no en consideración a una relación jurídica especial. (2) ...» (N. del T.).

enfermedades «es incapaz de actuar conforme a su comprensión del injusto» (§ 20 StGB^{**}, segunda alternativa).

(4) «No es libre» tampoco un actuar si alguien actúa en situación de *ignorantia iuris*, en error sobre la relevancia (jurídica) de su hecho (§ 17 StGB^{***}); a esta categoría pertenecen también los casos en los que tal error se produce a causa de una incapacidad condicionada por enfermedad para percibir el injusto del hecho (§ 20 StGB, primera alternativa). En estos dos últimos casos —(3) y (4)— queda excluida la imputación ordinaria de segundo nivel. Aunque el afectado actúa con volición, «no es libre» al actuar en cuanto que «no [obra] voluntariamente»^{****}. Tampoco se considera aquí la posibilidad de una imputación extraordinaria. De acuerdo con ello, un autor actúa con *plena* libertad —«con volición» y «voluntariamente»— si puede serle imputado su actuar en ambos niveles de imputación ordinaria.

La interpretación defendida por la doctrina de mediados del siglo XIX desemboca en que una acción entonces sólo puede ser considerada como *libre* (como «*actio libera*»), tras la cual no es posible ya retroceder, si el autor ha actuado de esa forma con volición y voluntariamente. De donde se sigue un sistema de tres figuras jurídicas: 1) Autor —autor que actúa inmediatamente— es aquel que lleva a cabo por sí una acción típica y antijurídica, si el hecho le puede ser imputado en ambos niveles de imputación ordinaria. 2) También es autor —autor mediato— el hombre de atrás, de detrás de uno que actúa inmediatamente, a quien no puede serle imputado el hecho en el primero o en el segundo nivel de imputación ordinaria. 3) No es autor, sino inductor (si se cumplen los demás requisitos) el hombre de atrás que no es ni autor

^{**} Según el § 20 StGB: «Inimputabilidad por perturbaciones mentales. Actúa sin culpabilidad el que, en el momento de la comisión del hecho, es incapaz de comprender lo antijurídico de su hecho o de obrar conforme a dicha comprensión, debido a una perturbación patológica de la mente, una perturbación profunda de la conciencia o cualquier alteración mental grave.» (N. del T.).

^{***} § 17 StGB: «Error de prohibición. Si al autor le falta, en el momento de cometer el hecho, el conocimiento de estar obrando antijurídicamente, actúa sin culpabilidad siempre que no haya podido evitar dicho error. Si lo hubiera podido evitar, cabrá atenuar la pena conforme a los dispuesto en el § 49, párrafo 1.» (N. del T.).

^{****} Los términos del original (*willentlich* y *freiwillig*) han sido traducidos respectivamente como «con volición» y «voluntariamente». Los grupos de casos (1 y 2) en los que se aprecia un actuar no *willentlich*, podrían calificarse también con la expresión castellana «sin querer». No se ha empleado, sin embargo, esta expresión, porque el verbo *querer* en castellano posee diversos significados, algunos de ellos especialmente inidóneos (desear, pretender, buscar...) para reflejar lo que se pretende en este contexto; además, porque, aunque la expresión goza de arraigo en el lenguaje usual precisamente para designar esos casos (decimos: «le pisó sin querer», «lo hizo sin querer», «ha sido sin querer»), el autor emplea una expresión de escaso uso en lenguaje ordinario (*willentlich*). (N. del T.).

inmediato (a quien pueda serle imputado el hecho en ambos niveles de imputación ordinaria), ni autor mediato.

Por lo que se refiere a la inducción, conocemos hoy dicha interpretación como doctrina de la «accesoriedad estricta». Ésta entró en el StGB de 1871, cuyo § 48 suponía una acción (antijurídica) del autor que fuera «punible», esto es, que fuera típica e imputable en los dos niveles de imputación ordinaria. La jurisprudencia del *Reichsgericht* se construyó sobre la base de dicha doctrina⁶⁰. Por lo que se refiere a la autoría mediata, no era preciso ningún precepto específico en la parte general, porque el autor mediato ciertamente es autor, cuya punibilidad se asienta en los tipos de la parte especial. El *Reichsgericht* operó desde el principio con la figura del autor mediato⁶¹.

Debe ponerse de relieve la armonía y ausencia de contradicción del sistema. El autor produce el resultado típico y lleva así a cabo el tipo del delito. El inductor no hace ninguna de las dos cosas y debe entonces distinguirse del autor —tanto del que actúa inmediatamente, como del que lo hace mediatamente—. Ha de reconocerse la aportación de los autores del siglo XIX, que proporcionaron las categorías que después fueron adoptadas en el StGB y con las que hoy trabajamos.

VII. La «limitación» de la accesoriedad de la inducción

En 1943 abandona el legislador la «accesoriedad estricta» de la inducción. En lugar de la «acción punible» del autor principal, la única a la que puede inducirse (§ 48 StGB 1871), aparece la «acción conminada con pena» que realiza el inducido (§ 48 StGB 1943). Hoy en día se acepta en parte que el legislador dispone aquí de un «espacio de juego»⁶², que pasa a tratarse bajo el título —por aquel entonces algo singular— de «limitación de la accesoriedad». Dicho espacio de juego debe abarcar aquí desde una accesoriedad «limitada» extrema hasta una «estricta», que deja de ser «limitada». Schönke, por un lado, y el § 26 del StGB en la versión hoy vigente, por otro, ofrecen variantes de esa «limitación». Según Schönke la inducción debe ser posible también «cuando el autor no actúa dolosamente»⁶³. Para posibilitar una induc-

⁶⁰ Cfr. por ejemplo, RGSt. 70, 27.

⁶¹ RGSt. 1, 146. La figura jurídica del autor mediato fue acuñada con objeto sólo de «cubrir lagunas» (la expresión [«Lückenbüßer»] en JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 664) por los representantes de la doctrina de la contribución de la causalidad (por ejemplo, VON HIPPEL, *Das Deutsche Strafrecht*, p. 469), quienes (finalmente) rechazaron el contenido global.

⁶² HERZBERG, en GA, 1991, pp. 145 y 148; KÜHL, *Allg. Teil*, 2ª ed., 1997, 20/135 (p. 720).

⁶³ SCHÖNKE, *StGB*, 4ª ed, 1949, § 48, V.

ción será suficiente entonces con que el autor lleve a cabo (antijurídicamente) un tipo delictivo. El § 26 StGB en la versión actualmente vigente requiere en cambio un hecho principal (antijurídico) doloso, pero no se exige que el hecho principal pueda ser también imputado a la culpabilidad del autor.

Tal «limitación» de la accesoriedad plantea problemas: hoy, vigente el § 26 StGB, ciertamente los plantea en todos los casos en los cuales quien actúa lo hace sin duda con volición, pero no voluntariamente. Así, de forma ejemplar, en una situación de estado de necesidad coactivo, en la cual quien actúa de forma inmediata resulta exculpado en virtud del § 35 inciso 1 StGB, mientras que el hombre que actúa desde atrás es autor mediato del hecho⁶⁴. Considerado ahora únicamente según el texto de la ley, resulta que el hombre de atrás realiza también el tipo de la inducción al hecho. Y ello, porque presupuesto de una inducción es, según el § 26 StGB, únicamente que el inducido obre dolosa y antijurídicamente. Según eso, el hombre de atrás sería a la vez autor mediato e inductor.

Pero esta conclusión no puede ser correcta. La hipótesis de que alguien pueda ser a la vez autor e inductor no es posible, por la relación de exclusión que media entre autoría e inducción (v. *supra* III). Eso vale para el autor mediato exactamente como para el autor que actúa de forma inmediata. No cabe objetar en contra que, por la «limitación» de la accesoriedad de la inducción, se excluiría precisamente la hipótesis de que autoría e inducción se hallaran en relación de exclusión entre sí. La relación de exclusión se basa en que nadie puede al mismo tiempo causar y no causar un resultado, y el Derecho penal no puede pasarlo por alto sin verse envuelto en una autocontradicción y sin resolverla. Sobre la base de una «limitación» de la accesoriedad, como la hoy prevista en el § 26 StGB, sólo cabe elaborar un sistema conceptual carente en sí de contradicciones reduciendo el ámbito de aplicación de la autoría mediata únicamente a los casos en que está en juego la imputación de primer nivel. Valdrían entonces las siguientes reglas: si el hecho no puede ser imputado de forma ordinaria en el primer nivel de la imputación a quien actúa inmediatamente, entonces el hombre de atrás es autor mediato. Si, por el contrario, resulta que el hecho puede ser plenamente imputado (de forma ordinaria) en el primer nivel de imputación a quien actúa inmediatamente, entonces el hombre de atrás es inductor y sólo inductor, siendo indiferente si queda o no excluida para el autor la imputación ordinaria en el segundo nivel. Bajo este presupuesto, el concepto de libertad de actuar, del que partieron los autores de mediados del siglo XIX, en realidad no sería lo decisivo; nosotros partimos de un

⁶⁴ RGSt. 64, 30, 32 s.

concepto de libertad de actuar más amplio que el suyo. No cabe duda de la posibilidad lógica de esa construcción.

Sin embargo, hasta donde se me alcanza, nadie piensa hoy en una reducción tal del ámbito de aplicación de la autoría mediata. Los casos de estado de necesidad coactivo sirven tanto ahora como antes como ejemplos standard para la autoría mediata⁶⁵; igualmente, en los otros casos en los cuales queda excluida la imputación ordinaria de segundo nivel para quien actúa inmediateamente, no quiere renunciarse a la hipótesis de una autoría mediata para el hombre de atrás. Por otra parte, bajo estas condiciones, la inevitable interferencia entre autoría e inducción parece producir descontento a una parte de la doctrina. El recuerdo de que hay motivos de peso para aceptar la relación de exclusión entre autoría e inducción hace que no sea fácil de arreglar. Algunos, para evitar la contradicción que se daría, atribuyen una «prioridad» a la «autoría, también en la forma de autoría mediata, frente a la participación»⁶⁶. La cuestión es la de cuál debe ser el significado de tal «prioridad». Podría significar que la distinción se busca en el plano del concurso, como en ocasiones se expresa también muy claramente. Así, según Cramer, autoría e inducción deben poder interferirse, de forma que la inducción será «normalmente subsidiaria» frente a la autoría mediata⁶⁷. Es claro que esto no elimina la autocontradicción, sino que la presupone, dado que la solución del concurso parte precisamente de que en los casos en cuestión el hombre de atrás es autor e inductor a la vez.

La doctrina de la «prioridad» de la autoría es necesaria «también en la forma de autoría mediata», pero no para apreciarla antes de la inducción, de tal manera que la solución de los problemas planteados se busque en el plano del concurso. Puede entenderse también dicha doctrina de tal modo que impida las consecuencias de la «limitación» legal de la accesoriedad de la inducción. El orden de las ideas podría ser el siguiente: (1) En los casos de un estado de necesidad coactivo considera la ley (§ 26 StGB versión vigente) al hombre de atrás como inductor. (2) Según la doctrina de la autoría mediata —frente al antiguo § 26 StGB—, el hombre de atrás es sin embargo autor del hecho objeto de amenazas y no inductor. (3) Puesto que entre autoría e inducción existe

⁶⁵ Cfr. SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung des Anderen*, 1986, p. 81.

⁶⁶ Formulación según JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 664, con más referencias. Para JAKOBS, *Allg. Teil*, 21/63 (p. 631), significa que «el distintivo de la autoría mediata» sería «la competencia prioritaria del autor mediato en virtud de su superior dominio de la decisión».

⁶⁷ CRAMER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 25ª ed., 1997, previo al § 25 n° marg 37.

una relación de exclusión, no es posible aceptar que el hombre de atrás sea a la vez autor mediato e inductor. (4) Frente a la hipótesis de una inducción al hombre de delante, es preferible la hipótesis de una autoría del hombre de atrás (sean cuales sean los fundamentos). *Por tanto*, el hombre de atrás es autor mediato del hecho del hombre de delante y no inductor. Lo correspondiente vale en los demás casos en que queda excluida para quien actúa inmediatamente la imputación ordinaria en el segundo nivel. De este modo, la doctrina de la prioridad de la autoría mediata frente a la inducción acaba volviendo a la doctrina de la accesoriedad «estricta» de la inducción⁶⁸.

VIII. El «autor tras el autor»

La situación nacida de la «limitación» de la accesoriedad de la inducción todavía se acrecienta al aceptar una «autoría mediata en virtud de dominio de organización», como últimamente también ha sido reconocido por el BGH⁶⁹. Autor mediato no debe ser sólo quien provoca el hecho del que actúa en una situación de estado de necesidad (coactivo) y de otros instrumentos del hecho para quienes se halla excluida la imputación ordinaria del hecho; sino que, además de esos supuestos, deben entrar también casos de autoría mediata —el «autor tras el autor»— en los que el hombre de delante actúa con volición y voluntariamente, esto es, resulta bajo todo punto de vista plenamente imputable, siempre que el hombre de atrás, situado en un aparato de poder que realiza hechos delictivos, juegue un papel de primer orden. La aceptación de una «autoría mediata» de este género es en cierto modo la contrapartida de la «limitación» de la accesoriedad de la inducción, en cualquier caso si se fundamenta en el concepto de libertad de actuar, del que parten Köstlin, Hälschner y sus seguidores hasta el día de hoy. Si a través de la «limitación» de la accesoriedad se extendía el ámbito de la inducción invadiendo el de la autoría mediata, aquí se prolonga la autoría mediata invadiendo el ámbito de la genuina inducción.

El «autor tras el autor» se distingue bajo casi todos los puntos de vista relevantes de los «autores mediatos», de los que hasta ahora venimos

⁶⁸ Sin duda, el resultado (no especialmente satisfactorio) es una dualidad de conceptos de inducción divergentes: el primero, un concepto estricto para los delitos en los que cabe pensar una autoría mediata o la ley incluye un tipo subsidiario para cuando falla la posibilidad de la autoría mediata (al respecto, cfr. *infra* VIII); frente a éste, un segundo concepto de inducción, más amplio, con la accesoriedad «limitada», para los restantes delitos.

⁶⁹ BGHSt. 40, 218, 236; véase también SCHROEDER, *Täter hinter dem Täter*, 1965.

tratando. No «causa» el resultado del hecho —en cualquier caso, no en el sentido de un concepto fuerte de causa (y en nuestro contexto resulta irrelevante el concepto débil de causa empleado en la «teoría de la equivalencia»)—. Por eso, tampoco realiza el tipo delictivo de que en cada caso se trate. En esa medida, absolutamente nada ha de cambiar. Apenas ha habido quien afirmara que el «autor tras el autor» realiza el tipo del delito. En su lugar aparecen *topoi* como los de «dominio del hecho» y «voluntad de dominio del hecho»⁷⁰, que a este respecto en absoluto resultan decisivos.

El «autor tras el autor» es inductor y sólo inductor: ni más ni menos que un inductor, al que ahora *se denomina* «autor». Es «tratado como autor por los preceptos del Derecho». Tenemos aquí la ficción en la que hace 125 años —entonces, de forma errónea— había pensado Schütze. Los defensores de la ficción podrían apelar a cierta tradición que proviene, sin embargo, de la época de las diferenciaciones del siglo XIX. Pufendorf ofrece la fórmula jurídica de «*quod quis per alium facit, ejus autor ipse censetur.*» —«a quien hace algo a través de otro, se le considera como *Urheber* de lo realizado.»⁷¹ Pero Pufendorf se refiere únicamente a dos categorías: «*Urheber*» y «*Gehilfe*», a los que denomina «*causa principalis actionis*» y «*causa minus principalis*», «causa principal» y «no principal»⁷². En esa medida, clasificaría al actual «autor tras el autor» como «*causa principalis actionis*». El II 20 65 § ALR [*Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*: 1794] designa al «*Urheber* principal» como «aquel que provoca a los demás al delito», aquel «*Urheber* principal», relacionado con el «cabecilla» del que habla Klein, «que dirige a otro a la realización o cooperación en el delito, o ha emprendido la dirección de acciones necesarias para el delito»⁷³. A partir del primero de enero de 1975 los defensores del «autor tras el autor» pueden referirse también a las dos variantes del § 25, primer inciso, StGB: «será castigado como autor el que realiza el hecho punible... *a través de otro.*» La fórmula del § 25, primer inciso StGB, que recuerda a la expresión jurídica transmitida por Pufendorf, fue entendida de forma lo suficientemente amplia y vaga como para permitir afirmar que podría subsumirse en ella también al «autor tras el autor». Con el «autor tras el autor» la jurisprudencia vuelve a la idea del «principal» de Pufendorf, al «*Urheber* principal» del ALR, al «cabecilla» de Klein.

⁷⁰ BGHSt. 40, 236.

⁷¹ PUFENDORF, *De Jure Naturae et Gentium*, Lib. I, Cap. V, § 14 (al final).

⁷² PUFENDORF, *De Officio Homini et Civis*, libro I, cap. I, § 27.

⁷³ KLEIN, *Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechts*, 2ª ed., 1799, § 138 (p. 115). Cfr. también II 20 § 68 ALR, donde el cabecilla es definido como aquel que se «relaciona con el autor como superior o persona de respeto».

Dicha tendencia de la jurisprudencia a volver al «principal» y al «*Urheber* central» se aprecia más claramente en el ámbito de los §§ 271 y 160 StGB*. Ya el *Reichsgericht* consideró el § 271 StGB como un tipo de *Urheberschaft* genérica para los delitos de falsedad en documento público, y no, en cambio, como originariamente había de entenderse el precepto, como un tipo que entraba en sustitución cuando no era posible aplicar la autoría mediata en las falsedades documentales en el ámbito de la Administración. El BGH consideró el § 160 StGB como un tipo de *Urheberschaft* genérica para los delitos de prestación de un testimonio, y no, en cambio, como originariamente había de entenderse el precepto, como un tipo que entraba en sustitución cuando no era posible aplicar la autoría mediata en dichos delitos. Se pone de manifiesto al aplicar dichos preceptos a determinados casos de error. En efecto, al admitir la jurisprudencia un hecho (sea del § 271, sea del 160 StGB) consumado (y no una tentativa), cuando el hombre de atrás parte de que el de delante obra de buena fe, quien sin embargo actúa de mala fe⁷⁴, el ámbito de aplicación de los preceptos se amplía, inundando el de la inducción (sea a la falsedad documental en la Administración pública, sea a la falsa declaración dolosa). Dichos preceptos no abarcan entonces sólo casos de una cuasi-autoría mediata, sino también casos de inducción y serán entonces tipos que generalmente sancionarán al *Urheber* (intelectual) de la falsedad documental o de la falsa declaración, en su caso. Tenía plena razón Gallas cuando afirmaba en 1969 que eso hacía «ilusoria la diferenciación entre autoría y participación»⁷⁵.

La aceptación de un «autor tras el autor» no habría sido necesaria, puesto que el inductor ya es «sancionado como un autor» (§ 26 StGB). Quizá eso no habría sucedido si al inductor no se le llamara hoy día «inductor», sino «*Urheber* intelectual», como en muchas legislaciones y en los autores del XIX, sin que nada cambiase. Es clara también la necesidad de aportar en los casos de «dominio de organización» una *denominación* para los hombres de atrás cuyo actuar sea muy patente; la palabra «inductor» ya no parece lograrlo, por lo menos según la opinión de los representantes de la idea del «autor tras el autor». Frente a Pufen-dorf, el ALR y Klein, que partían de las dos categorías fundamentales, empleamos hoy tres categorías, el «autor», el «inductor» y el «cómplice». En la distinción de «autor» e «inductor», que condujo como consecuencia a la distinción del «inductor» respecto del «inductor aparente»

* § 271: provocación a una falsificación; § 160 StGB: provocación a una falsa declaración. (N. del T.).

⁷⁴ RGSt. 13, 52, 56 para el § 271 StGB; y BGHSt. 21, 116, para el § 160 StGB. Al respecto, cfr. HRUSCHKA, en *JZ*, 1967, p. 210.

⁷⁵ GALLAS, en *Festschrift für Engisch*, 1969, p. 605.

(= «autor mediato»), se halla un importante progreso intelectual. Esta ganancia peligra —el «autor tras el autor» proporciona hoy por hoy el último botón de muestra— si se hace al hombre de atrás «autor» del hecho en casos de genuina inducción. El reconocimiento del «autor tras el autor» encierra el peligro de que siempre se creen nuevos casos de ficticia autoría mediata⁷⁶ que corroen el sistema de conceptos elaborado en el siglo precedente sin que haya sido reemplazado por otro equivalente.

IX. ¿El inductor imprudente como autor de una imprudencia?

Todavía nos queda por plantear la cuestión de cómo se resolvería el caso del hombre de atrás que actúa imprudentemente tras un autor al que puede imputarse (de forma ordinaria) el hecho plenamente en ambos niveles de imputación. Por ejemplo: un campesino comenta en una posada que a su vecino, por razones económicas, le convendría que el granero apareciera quemado. No se le ocurre pensar que por esa indicación uno de los que escuchan podría prender fuego al granero, como acaba sucediendo⁷⁷. No cabe duda de que es posible imaginar una inducción imprudente. Conceptualmente sólo sería imposible para quienes exigen en el inductor que busque una específica finalidad o, según la definición del *Urheber* intelectual que aporta Feuerbach y que más arriba ha sido recogida, un «interés propio» en la realización del hecho. Pero ya el propio Feuerbach prescinde de dicho elemento en ediciones posteriores del *Lehrbuch*⁷⁸; también se abandona en el proyecto de un código penal para Hannover (1825), donde no se requiere nada de ese estilo. Y según el § 48 StGB de 1871, como también el 26 StGB en la versión actual, es suficiente que el inductor «determine» al autor que actúa inmediatamente a su hecho, esto es, «provoque la decisión del hecho» en el autor.

No cabe duda tampoco de que, según el Derecho vigente a la vista del inequívoco sentido literal, la inducción imprudente no es punible. El § 26 StGB define con pena *expressis verbis* sólo la inducción dolosa. Ciertamente una extendida opinión admite que el inductor que actúa sin dolo, cumpliéndose los restantes requisitos, puede ser sancionado

⁷⁶ Cfr. la situación en KÜHL, *Allg. Teil*, 20/54 ss. (p. 684 ss.). Desde la nueva versión del § 242 StGB en virtud de la 6ª Ley de reforma penal (6. StrRG), según la cual basta la intención de apoderarse antijurídicamente de las cosas robadas para «un tercero», más le vale al «instrumento doloso sin intención» no verse tentado.

⁷⁷ Ejemplo de JAKOBS, *Allg. Teil*, 24/17 (p. 699), tomado de la resolución del BG suizo 105, IV, 330.

⁷⁸ Cfr. por ejemplo, la 5ª ed., 1812, § 44 (p. 45).

como autor de un hecho imprudente⁷⁹. Pero eso no es posible, debido a la prohibición de regreso. Para el inductor imprudente rige todo lo que vale para el inductor doloso: el tipo del delito es realizado por el inducido y no por quien ha determinado en él la decisión del hecho⁸⁰; no se trata de que el hombre de atrás «cause» el resultado típico —en cualquier caso, no en el sentido de un concepto fuerte de causa. De ello se sigue que los preceptos que definen con pena la realización imprudente del hecho resulten inaplicables para el inductor imprudente.

Un sector de la doctrina sin duda se niega a aceptarlo: la inducción imprudente no sería punible, pero podría constituir autoría imprudente⁸¹. Pero esta reinterpretación de los casos de inducción imprudente como de autoría imprudente contradice en todo caso la decisión del legislador de no castigar la inducción imprudente. Ya por eso resulta ilícita⁸², por lo que en modo alguno le parece a la Jurisprudencia una solución evidente⁸³. Pero esa reinterpretación acaba además, tal y como es entendida hoy la mayor parte de las veces la imprudencia, en el conocido dilema de los delitos imprudentes. En efecto, según esa reinterpretación, para los hechos dolosos en realidad serían decisivos (que el concepto fuerte de causa sea reconocido o no «oficialmente» como decisivo da igual) el concepto fuerte de causa y el «restrictivo» de autor; mientras que para los imprudentes valdrían en su lugar el de la «teoría de la condición» o de la «equivalencia», y el extensivo de autor por ella elaborado, que en este ámbito desde hace algún tiempo se denomina también «concepto unitario de autor»⁸⁴. Pero esto rompe el sistema del Derecho penal en dos partes, conduce a un sistema inviable [*Nicht-Mehr-System*] en el que cualquier cosa es deducible, según la idea «*ex falso sequitur quodlibet*». Esto no puede ser correcto. Sea como fuere, un día deberemos despedirnos de la «teoría de la equivalencia» en el ámbito que aquí interesa. A la doctrina de la contribución de la causalidad le queda todavía un refugio: la coautoría, incluyendo estructuras de casos semejantes en el ámbito de la imprudencia. Pero eso ya es otro tema.

⁷⁹ JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 687; BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Allg. Teil*, 22/73 (p. 497).

⁸⁰ Cfr. también NIETHAMMER, en VON OLSHAUSEN, *Kommentar zur StGB*, 11ª ed., 1927, § 48, nota 6.

⁸¹ Así, como ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *Allg. Teil*, p. 687.

⁸² Cfr. por ejemplo, SPENDEL, en *JuS*, 1974, p. 756; OTTO, en *Festschrift für Spendel*, 1992, p. 274 s.; DIEL, *Das Regreßverbot*, 1997, p. 330.

⁸³ BayObLGSt. 12, 418 rechaza *expressis verbis* una reinterpretación de la inducción imprudente como una autoría imprudente. Análogamente, la resolución del BG suizo 105, IV, 330.

⁸⁴ Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Allg. Teil*, 1ª ed., 1970, 14/123 s. (p. 446 s.); SCHÖNKE/SCHRÖDER, *StGB*, 17ª ed., 1974, previo al § 47, n° marg 34; de la bibliografía reciente, por ejemplo, BAUMANN/WEBER/MITSCH, *Allg. Teil*, 28/13 (p. 585); KÜHL, *Allg. Teil*, 20/8 s. (p. 665).