

Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»

Por JAVIER SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES

Profesor Asociado de la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión. II. Introducción bibliográfica. III. Un dilema: autolesión y autoría mediata como caso límite a discutir. IV. Propuesta de solución: el dilema no se resuelve, sino que resulta superado; la equivalencia entre la autoría mediata y la inmediata. V. Los argumentos de M.-K. Meyer y nuestros contraargumentos. VI. Un apunte jurisprudencial. VII. Primeras conclusiones. VIII. Afianzamiento de las tesis obtenidas, en discusión con nuestro monografista sobre el tema: José Ulises Hernández Plasencia. 1. Sobre el concepto de ejecución típica en la denominada autoría mediata. 2. De nuevo: Intervención de la víctima (autolesión) e intervención del autor (mediato). IX. Resumen de conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Como es sabido, del tratamiento de la denominada autoría mediata por parte de la doctrina mayoritaria se infiere que este tipo de autoría se encuentra a una cierta distancia respecto de la denominada autoría inmediata. En concreto, si bien es cierto que la literatura científica dominante no tiene problemas en admitir que el autor mediato no es sino un mero autor —como por otra parte ha positivado nuestro artículo 28 del Código Penal—, no es menos cierto que, al menos en dos ámbitos, se hacen distingos radicales según estemos ante un autor denominado mediato o ante uno de los llamados inmediatos.

La primera especialidad reside en el marco de la tentativa. En efecto, la doctrina mayoritaria se pregunta cuándo comienza la tentativa para la autoría mediata y, en verdad, se lo cuestiona como un problema particular a resolver, necesitado de reglas especiales frente a lo que rige en materia de autoría inmediata. Así, en general, se pregunta si el comienzo de la punibilidad para el hombre de detrás se produce cuando él realiza lo que según su plan debía realizar, o si, antes bien, todavía es necesario para afirmar su punibilidad, que el instrumento comience a realizar actos «ejecutivos» (1). Ejemplo: ¿comienza la tentativa cuando el padre le dice a su niño menor de edad que sustraiga una determinada cosa o, antes bien, cuando el niño inicia los «actos ejecutivos» de la sustracción? Objetivo de este trabajo —como ya su título indica— no es la discusión de las numerosísimas soluciones que se han ofrecido para el pretendido problema de la tentativa en la autoría mediata, sino que, precisamente, a lo largo del mismo se intentará afirmar una premisa previa que obliga a cambiar los paradigmas desde la base misma de la discusión. En efecto, se pretende sostener que la autoría mediata y la inmediata son absolutamente equivalentes desde un punto de vista normativo, de tal modo que cualquier discusión que quiera encontrar soluciones para la autoría mediata que no lo sean en igual modo para la autoría inmediata o viceversa, debería ser replanteada.

Como señalaba antes, además de en el campo de la tentativa, existe otro ámbito en el que también se hacen distinguos entre la autoría mediata y la inmediata. Me estoy refiriendo a la dogmática de la autoría y participación o, más concretamente, a la de los llamados delitos de propia mano. Como es también sabido, los delitos de propia mano serían aquellos en los que se rechaza la posibilidad de su comisión en autoría mediata, sin negar, en cambio, la posibilidad de que puedan ser cometidos en autoría inmediata. Aunque lo cierto es que últimamente dicha teoría se encuentra en revisión crítica por la literatura científica y la jurisprudencia más moderna (2), no lo es menos que la doctrina mayoritaria sigue considerando que en cier-

(1) Cfr. el resumen de soluciones doctrinales en LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Autoría y participación*, Madrid 1996, pp. 59 s.

(2) Cfr. MAQUEDA ABREU, María Luisa, *Los delitos de propia mano, Críticas a su fundamentación desde una perspectiva dogmática y político-criminal*, Madrid 1992; BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed., Madrid 1997, pp. 373 s., quien alude —citando algunas sentencias— a este cambio jurisprudencial al que me he referido y al que él, sin duda, ha contribuido decisivamente.

tos delitos no puede existir un autor mediato, en tanto que la imputación a título de autoría inmediata, por contra, no ofrecería dificultades. Ejemplo de ello serían los delitos contra la libertad sexual, en los que, se dice, no cabe la autoría mediata, aunque sí, lógicamente, la inmediata.

Igual que en el caso de la tentativa, no es objetivo de este trabajo un análisis y censura de la teoría del delito de propia mano *per se*, sino que permaneceremos, de nuevo, en un estadio previo. Como se ha dicho, se pretende poner en duda la corrección de una separación radical entre la autoría mediata y la inmediata, con la lógica consecuencia de hacer tambalearse, pues, el hasta ahora sólido firme de la teoría del delito de propia mano: si hasta ahora se decía que este tipo de delitos no puede cometerse en autoría mediata, pero se pudiese demostrar que esta última es absolutamente equivalente a la autoría inmediata, ¿habría que concluir, llevando *ad absurdum* las premisas de la opinión mayoritaria, que el delito de propia mano es aquel que no puede ser cometido *ni en autoría mediata ni en autoría inmediata* —por ser ésta igual a aquélla—?

En las próximas páginas se va a profundizar en esta cuestión general de la equivalencia entre la autoría mediata y la inmediata. En efecto, como a continuación se verá, la autoría mediata y la inmediata son absolutamente equivalentes, por lo que no es esta tesis la que se encuentra necesitada de mayores explicaciones, sino aquellas otras que aplican —por tanto, injustificadamente— diferentes criterios a una y otra forma de autoría, tanto en el ámbito de la tentativa, como en el de la autoría y participación, a la luz de los denominados delitos de propia mano. En verdad, el problema se plantea tan sólo para la teoría objetivo-formal de la autoría. Por un lado, sólo desde esta teoría es necesaria la figura de la autoría mediata, y, paradójicamente, en principio, sólo para esta teoría resulta dificultoso la afirmación de la misma (3).

Para comenzar he querido hacer una reseña bibliográfica con cierto detalle —*versus* una mera remisión en notas a pie de página—, puesto que, oscurecidas por la sombra de la opinión mayoritaria, las pocas voces que han defendido la equiparación entre la autoría mediata y la inmediata, han pasado prácticamente desapercibidas (4).

(3) Véase, empero, últimamente, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, *La autoría conforme al Código Penal, La Ley 14 de marzo de 2000*, pp. 1 ss. (p. 5).

(4) Quedan fuera de las siguientes reflexiones los denominados delitos de infracción de deber, en los que también resulta claro que existe una equiparación entre la

II. INTRODUCCIÓN BIBLIOGRÁFICA

Señalaba Binding que probablemente el primer caso de lo que hoy se conoce con el nombre de autoría mediata se debió dar en la antigua Roma, cuando el señor utilizaba a su esclavo para la comisión del delito, el cual —esto era lo esencial— tenía un deber de obediencia. Por tanto era el señor y no el esclavo el que respondía. A este «primer caso de autoría mediata» —y otro tanto habría que decir de los otros— le dedica Binding las siguientes reflexiones generales: «Para llegar a esta solución (el hombre de atrás responde) tuvo que reconocerse, que la voluntad delictiva se puede llevar a cabo mediante otro portador de voluntad, pero que de todas maneras se lleva a cabo de forma *inmediata*. Con ello se amplió el concepto de autor a casos de comisión delictiva por mano ajena, en los cuales se había desplegado la actividad de dos hombres. Y en verdad, estamos, *como en el caso de que se use a un animal*, ante un supuesto de autor único. Es cierto que se ha denominado frecuentemente a este *autor único* autor mediato, y hoy esta denominación se está convirtiendo en la habitual. Pero esta forma de expresarse no resulta adecuada, puesto que la existencia de un autor mediato requiere desde un punto de vista lógico la existencia, a su vez, de un autor inmediato, y precisamente el instrumento humano sin culpabilidad no es apto para ser autor de un hecho criminal» (5). Además, en su respuesta a las palabras de Hergt (6), de que «el autor mediato no es verdadero autor, él no es autor en el mismo sentido que

autoría mediata y la inmediata, pero de los que ya me he ocupado en otras publicaciones. Esta conclusión es, a diferencia de para los delitos de comunes, más evidente, pues el propio legislador ha positivado en ciertas ocasiones la autoría mediata como forma de autoría, ya en el tipo. Así, el artículo 419 referido al delito de cohecho tipifica igualmente el comportamiento del que solicite dádiva por sí (autoría inmediata) o «por persona interpuesta» (autoría mediata). Otro tanto habría que decir del artículo 432, y otros. El motivo es sencillo: puesto que el autor de estos delitos quebranta un deber especial personalísimo, no lo quebranta «por medio de otro», sino siempre, también, de forma personalísima e inmediata. Cfr. a respecto, SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung, Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, Berlín 1999, pp. 161 ss.; el mismo, *Delitos de funcionarios, aproximación a su parte general*, Rev. Canaria de Ciencias Penales, núm. 3, pp. 7 ss., (pp. 25 s.).

(5) BINDING, Karl, *Strafrechtliche und Strafprozessuale Abhandlungen*, tomo 1.º: Strafrecht, München y Leipzig 1915, p. 264 (sin cursivas en el original); véase también, el mismo, *Grundriss des Deutschen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, 7.ª ed. corregida y aumentada, Leipzig 1907, p. 146.

(6) HERGT, Raimund, *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen, – Darstellung und Kritik der Theorien über die Teilnahme am Verbrechen von Feuerbach bis zur Gegenwart, Eine strafrechtliche Studie*, Heidelberg 1909, p 160.

el autor inmediato», Binding va más allá. Con la severidad académica al uso de aquel entonces, Binding señala que la opinión defendida por Hergt es característica de la «torpeza» de los «teóricos» alemanes; «¡por supuesto que el autor mediato es verdadero autor, no es otra cosa!», espeta tajante (7). Así pues, si según Binding en los casos de autoría mediata «de todas maneras (la voluntad delictiva) se lleva a cabo de forma inmediata», si estamos ante un «autor único», «como cuando se usa un animal», la pregunta, resulta evidente: ¿En base a qué criterio establecer pues el *tertium comparationis* entre autoría inmediata y delito de mano ajena? (8).

Lo cierto es que hasta la época de Binding no se tematiza especialmente la diferencia entre autoría mediata e inmediata, a pesar de que ya era conocido –y aceptado– que el autor podía usar un instrumento humano para la comisión del delito. Esto indicaría, por tanto, que se tuvo por obvio, que el autor puede utilizar *de igual forma* un instrumento con o sin vida, no necesitando este último caso de mayores explicaciones. Citaré tan sólo tres autores, a título de ejemplo. Merkel afirmaba: «La autoría no queda en general excluida por el hecho de que la ejecución de los elementos del delito dependa de un ejecutor posterior ajeno, sea de las energías de la naturaleza o sea de *las humanas*, incluso aunque el número de eslabones en la cadena entre la acción y el resultado sea grande, en tanto en cuanto concurren al menos los presupuestos de imputabilidad del último (...). En particular, *la autoría* de alguien no queda excluida, cuando para alcanzar su objetivo el autor se vale de la ejecución de un tercero, ya sea porque él la ha causado, ya sea porque había contado con ella» (9). Tampoco otro de los grandes penalistas del siglo pasado, Hugo Hälschner, se sintió obligado a fundamentar especialmente la autoría mediata para diferenciarla de la inmediata; simplemente escribe: «Existe una-

(7) BINDING, *Abhandlungen*, cit., p. 284 nota 38. En el mismo sentido que BINDING, LANGE, RICHARD, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*, Berlín y Leipzig 1935, p. 62.

(8) LANGER, Winrich, *Das Sonderverbrechen. – Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, Berlín 1972, p. 35, por ejemplo, sostiene que una definición de los delitos de propia mano es sólo posible cuando se hace referencia a la autoría mediata; cfr. también AUERBACH, Heinz, *Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG*, Frankfurt am Main y otras 1978, p. 35, quien sostiene con razón que desde el concepto extensivo de autor, en el que autoría mediata e inmediata son equivalentes, no se pueden justificar los delitos de propia mano (con referencias a los autores v. BAHR, PETRI, SCHREIBER, WINTER, LONY, ROEDER, PIOTET y FRÜHAUF en p. 11).

(9) MERKEL, Adolf, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1889, p. 140 (sin cursivas en el original).

nimidad en que hay que considerar autor a aquel que ha colocado a otro en un error y se sirve del que yerra –culpable o no– para la ejecución del hecho que pretende» (10). Por último, von Liszt afirma: «Autoría es, a diferencia de la participación, la causación (mediata o inmediata) o el no impedir el resultado jurídicopenalmente relevante. Autor es, en primer lugar, aquel que ejecuta por sí solo la acción delictiva completa, el que lleva a cabo solo el tipo del delito. (...) *Pero autor también es aquel que se sirve de otro hombre como instrumento* (quizá incluso de la propia víctima)» (11). En suma, para algunos de los grandes criminalistas anteriores o contemporáneos de Binding el autor mediato era, sencillamente, autor.

Pero también tras Binding –aunque ya de forma más minoritaria–, se mantuvo esta opinión entre algunos autores que subrayaron –con mayor o menor énfasis– la equivalencia material entre la autoría mediata e inmediata. A diferencia de sus antecesoras, estas opiniones son ya, ciertamente, más elaboradas, pues ellas han ya de tomar posición frente a la doctrina mayoritaria que separaba de forma cada vez más radical la autoría mediata de la inmediata. También aquí citaré tan sólo *ad exemplum* tres de los autores más destacados (12). Así, M. E. Mayer, respetado no sólo como penalista sino

(10) HÄLSCHNER, Hugo, *Das gemeine deutsche Strafrecht, systematisch dargestellt*, tomo 1.º: *Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren*, Bonn 1881, p. 368 con nota 5 (con más referencias bibliográficas); en sentido parecido, KÖSTLIN, Christian Reinhold, *Neue Revision der Grundbegriffe des Kriminalrechts*, Tübingen 1845, § 140 (pp. 510 ss.); el mismo, *System des deutschen Strafrechts*, Tübingen 1885, I, pp. 301, 318 y 285.

(11) LISZT, Franz von, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 8.ª ed., Berlín 1897, p. 221 (sin cursivas en el original); véase también DAHM, Georg, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Untersuchungen über die Beziehungen zwischen Theorie und Praxis im Strafrecht des Spätmittelalters*, namentlich im XIV. Jahrhundert, Berlín y Leipzig 1931, pp. 207, 227; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid 1990, pp. 170 ss. con notas.

(12) Cfr. en sentido parecido, quizá sin llegar tan lejos (si bien es cierto que muchos de estos autores aportaron argumentos que hoy día pueden considerarse superados o aceptaron consecuencias que son incompatibles con una equiparación consecuente entre la autoría mediata y la inmediata como, v. gr., la teoría del delito de propia mano): MEZGER, Edmund, *Strafrecht, Ein Lehrbuch*, München y Leipzig 1933, p. 425; el mismo, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 6.ª ed. ampliada, München y Berlín 1955, p. 218; STOOSS, Carl, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrecht, Erste Hälfte, Allgemeiner Teil*, 2.ª ed., Wien y Leipzig 1912, p. 128; ALTMANN, Ludwig/JACOB, Siegfried, *Kommentar zum österreichischen Strafrecht*, con la colaboración de Erwein HÖPLER, Ernst LOHSING y Karl MAGER, tomo 1.º, Wien 1928, Anm. 8 a) tras el parágrafo 6 (p. 73); MAYER, Hellmuth, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart 1936, pp. 325 ss.; FRÜHAUF, Martin, *Eigenhändige Delikte*, Tesis doctoral no publicada, Frankfurt am Main 1959, p. 33; ENGELSING, Herbert W., *Eigenhändige Delikte, Eine Untersuchung über die Grenzen mittelbarer Täterschaft*,

también como filósofo del Derecho, escribía: «La autoría mediata se encuentra al mismo nivel desde el punto de vista jurídico que la inmediata; la denominación lo único que hace es poner de relieve (una) particularidad fáctica; indica por qué el sujeto pasivo es el autor. La expresión de *autoría fingida* –que podemos encontrar de vez en cuando– es, pues, errónea. La autoría es absolutamente real; en efecto, es una opinión tosca y superficial limitar la realidad de la autoría a la –por así decirlo– ejecución de propia mano. Quien determina a un joven que todavía se halla por debajo de la edad penal, a encender un fuego, no es, ni menos incendiario, ni de otra forma, que quien prende las llamas con su propia mano» (13). Por su parte, otro de los penalistas más influyentes de la primera mitad del presente siglo precisamente en lo que respecta a la dogmática de la autoría y participación, Johannes Nagler, era de la misma opinión: «La autoría mediata no constituye, pues, (...) ninguna especialidad en la comisión delictiva para la cual preceptos positivos expresos tengan que lograr artificialmente la justificación de su existencia. Por contra, la autoría mediata es una figura que ha nacido de la propia naturaleza de

Breslau 1926, p. 14; WACHENFELD, F., *Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug*, ZStW 40 (1919), pp. 30 ss., 129 ss., 321 ss. (pp. 341, 129 s.); WINTER, Ernst, *Die mittelbare Täterschaft, – insbesondere eine systematische Behandlung der einzelnen Fälle*, Tesis doctoral inédita, Münster 1915, pp. 1, 12 s., 33 ss.; KÄPERNICK, Hans, *Die Akzessorietät der Teilnahme und die sog. mittelbare Täterschaft – dargestellt nach dem deutschen und österreichischen geltenden Recht und dem gemeinsamen Entwurf von 1927*, en: *Untersuchungen zur deutsch-österreichischen Rechtsangleichung*, ed. por K. Blomeyer y otros, tomo 10.º, Leipzig 1932, pp. 73 s.; PETRI, Konrad, *Die mittelbare Täterschaft*, Breslau 1911, p. 4 s.; OETKER, *Teilnahme am Verbrechen*, GS 94 (1927), pp. 1 ss. (pp. 3 s.); MITTERMAIER, W., *Gutachten über § 300 RStGB*, ZStW 21 (1901), pp. 197 ss. (pp. 249 ss.); para algunos supuestos, BELING, Ernst, *Zur Lehre von der «Ausführung» strafbarer Handlungen*, ZStW 28 (1908), pp. 589 ss. (p. 599); en contra de la figura de la autoría mediata sin distinción alguna, RITTNER, Theodor, *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, tomo 1.º, Allgemeiner Teil, Wien 1954, pp. 297, 295 ss. – En la misma dirección, aún sin llegar tan lejos: RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, en: *Comentarios al Código Penal*, por CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, Barcelona 1972, tomo I, p. 803; CEREZO MIR, José, Welzel FS, pp. 635 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, *La autoría en Derecho penal*, Barcelona 1991, nota 359 en p. 644; LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en: *Estudios Penales*, Barcelona 1991, pp. 197 ss. (p. 224). En contra expresamente: RUÍZ ANTÓN, Luis Felipe, *El agente provocador en el Derecho penal*, Madrid 1982, p. 159: «dos realidades sustancialmente opuestas», «dos comportamientos –el de autor inmediato y el de autor mediato– estructuralmente diferentes».

(13) MAYER, Max Ernst, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Lehrbuch, Heidelberg 1915, p. 376.

las cosas, que no puede ser determinada por disposiciones especiales del legislador, sino que se regula únicamente en atención al transcurso real de las cosas» (14). Por último, Eb. Schmidt, uno de los principales detractores del delito de propia mano, señala que la autoría mediata también es simplemente un «tipo de autoría», que «se diferencia de la autoría inmediata tan sólo en las manifestaciones externas», las cuales «por tanto (...) carecen de relevancia jurídica» (15).

También en la actualidad se pueden encontrar opiniones en este sentido de varios autores de peso, aunque se siga tratando de una opinión minoritaria. Así, cuando Schmidhäuser en su Tratado de Derecho Penal se dispone a analizar los diversos casos que la doctrina considera habitualmente como de autoría mediata, señala: «El grupo de casos que se expone a continuación de ningún modo comprende todos los supuestos en los que un suceso que se causa por mano ajena, se le imputa objetivamente como su hecho a otra persona. Puesto que la autoría mediata no es otra cosa distinta que precisamente la autoría tal y como ha sido esbozada en la mayoría de los tipos de injusto, no es en absoluto necesario llevar a cabo aquí una exposición completa. (...) Aquí hay que analizar tan sólo los grupos de casos que en la discusión de la teoría y praxis (por el peso de la historia) se tratan habitualmente como de autoría mediata. Estamos, en general, ante una parte de un ámbito más amplio: la imputación objetiva, cuyos límites resultan problemáticos respecto de la simple participación (inducción y complicidad), es decir, se trata de los casos en los que el uso jurídico subraya que no estamos sólo ante inducción o sólo ante complicidad, sino precisamente ante autoría (mediata)» (16). También Bustos Ramírez y Homazábal Malarée han subrayado la cercanía de la autoría mediata con el concepto general de autor, al afirmar que «no habría razón, aunque no dijese nada la ley, para abarcar en el concepto de autor al autor mediato, ya que no es una forma extensiva de la punibilidad» (17), y en parecido sentido señala Freund en su

(14) NAGLER, Johannes, *Die Teilnahme am Sonderverbrechen – Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, Leipzig 1903, p. 68; véase también pp. 65 s.

(15) SCHMIDT, Eberhard, *Die mittelbare Täterschaft, en: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, ed. por August Hegler, Tübingen 1930, tomo II, pp. 106 ss. (p. 120); sobre el sistema de SCHMIDT, detallado, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría*, cit., pp. 261 ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, cit., pp. 296 ss.

(16) SCHMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht, Allgemeiner Teil – Lehrbuch*, 2.ª ed., Tübingen 1975, 14/40.

(17) BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal*, Parte general, 4.ª ed. aumentada, corregida y puesta al día por Hernán HORMAZÁBAL MALARÉE, Barcelona

reciente Manual que «la autoría mediata es un subcaso fenomenológico de (...) autoría» y que, por tanto, la norma del Código Penal alemán que la regula «posee simplemente carácter declaratorio» (18). Günther Jakobs, por su parte, llega a la misma conclusión —como ya anunciaba el tratamiento del tema en su Tratado— analizando los casos de la denominada autoría mediata como supuestos de imputación objetiva: la única diferencia entre la autoría mediata y la inmediata es que en la primera «la naturaleza se presenta fenotípicamente (fenomenológicamente) como un comportamiento personal»; entre ambas existiría, sin embargo, una «identidad material» (19).

No es preciso ya aumentar las referencias bibliográficas. Y es que, en verdad, esto que los autores mencionados han sostenido primero de una forma más o menos intuitiva y, después, de una manera más sistemática —la equiparación entre la autoría mediata y la inmediata—, puede ser confirmado desde diversas perspectivas. Veamos algunas de las que considero han de ser tenidas como las más relevantes.

III. AUTOLESIÓN Y AUTORÍA MEDIATA COMO CASO LÍMITE A DISCUTIR

Los límites entre autoría mediata e inmediata se desdibujan especialmente allí, donde el instrumento utilizado es la propia víctima que se lesiona a sí misma o lesiona bienes de su propiedad (20). La discu-

1994, p. 436; en parecido sentido, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), MORALES PRATS, FERMÍN, PRATS CANUT, José Miguel, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Pamplona 1999, p. 549.

(18) FREUND, Georg, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, Berlín y otras 1998, 10/3.

(19) JAKOBS, Günther, *Objektive Zurechnung bei mittelbare Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug*, GA 1997, pp. 553 ss. (pp. 560 s., 569); en parecido sentido, SAMSON, en *Systematischer Kommentar (SK)*, § 25, números marginales 57, 61 al 63; en contra, por todos, SCHÖNKE/SCHRÖDER-CRAMER, § 25, número marginal 6; MAURACH, REINHART/ZIPF, HEINZ, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1: Grundlegenden des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Ein Lehrbuch*, 8.ª ed., Heidelberg 1992, 48/17.

(20) Sobre esta cuestión cfr. también la amplia exposición de HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada 1996, pp. 85 ss., con quien, sin embargo, como se analizará *infra* no se coincide en la solución. Para otros casos límite, véase, SCHUMANN, Heribert, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen 1986, pp. 81 ss., 89 ss., 96.

sión de la doctrina alemana se inicia principalmente a raíz de un suceso enjuiciado por el antiguo Tribunal Supremo del Imperio. Se trató de un caso en el que el acusado obligó a su joven empleado, como castigo, a comer un pedazo de intestino sin limpiar, a consecuencia de lo cual éste enfermó (21). El delito de lesiones es también posible, argumentaba la sentencia, cuando se conduce a la propia víctima, mediante engaño o porque se le ha influido antijurídicamente en su voluntad de cualquier otra forma, a causarse a sí misma las lesiones. Este caso, en el que no se especificaba claramente si se trataba de una autoría mediata o inmediata –aunque parece que el Tribunal se inclinó por esta última solución–, despertó la discusión doctrinal en torno a la distinción entre ambas formas de autoría. En el actual debate doctrinal, el ejemplo clásico de cátedra consiste en problematizar la forma de autoría de alguien que echa veneno en el café de la víctima que ésta bebe posteriormente desconociendo tal circunstancia. En ambos casos –y en otros similares– la pregunta es siempre la misma: ¿Estamos ante un supuesto de autoría inmediata o de autoría mediata?

Mientras que un sector de la doctrina –entre ellos, Welzel– se ha inclinado –de una forma tradicional– por afirmar en estos casos la existencia de autoría *mediata*, argumentando que la víctima, igual que en los supuestos clásicos de la autoría mediata, se encuentra coaccionada, inmersa en error, etc. (22); otras voces –entre ellas, la de Roxin– se han alzado sosteniendo que nos hallamos simplemente ante supuestos de autoría *inmediata* puesto que la posición de la víctima sería irrelevante en el desarrollo del suceso; por último, una tercera opinión doctrinal, minoritaria, en el mismo sentido que se señaló *supra*, pero

(21) RG 26, 242.

(22) WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung* (en adelante: Lehrbuch), 11.ª ed. revisada y ampliada, Berlín 1969, p. 103; BAUMANN, Jürgen, *Täterschaft und Teilnahme*, JuS 1963, pp. 85 ss. (p. 91 *in fine*); BOCKELMANN, Paul/VOLK, Klaus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4.ª ed., München 1987, p. 180; HERZBERG, Rolf Dietrich, *Täterschaft und Teilnahme, Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, München 1977, p. 18; HEGLER, August, *Mittelbare Täterschaft bei nichtrechtswidrigem Handeln der Mittelperson*, en: Festgabe für Richard Schmidt zu seinem siebzigsten Geburtstag, ed. por Heinrich Lehmann y Gotthold Bohne, tomo 2.º, Leipzig 1932, pp. 51 ss. (pp. 56 s. con notas 26 s.); FEISENBERGER, A., *Aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts*, ZStW 38 (1917), pp. 530 ss. (pp. 530 s.); también, últimamente, KÜPPER, Georg, *Zur Abgrenzung der Täterschaftsformen*, GA 1998, pp. 519 ss. (pp. 520 s.); WOLF, Paul, *Betrachtungen über die mittelbare Täterschaft*, Breslau 1927, nota 12 en pp. 17 s., quien especifica que puesto que la autoría mediata es pura autoría, no hace falta decir en estos casos que estamos ante autoría inmediata, sino que los mismos serían directamente de autoría mediata.

sólo para el caso concreto que estamos analizando aquí, defiende la solución de que, bien mediata, bien inmediata, estaríamos en todo caso ante una cuestión meramente terminológica (23). Detengámonos brevemente en la segunda de las posiciones descritas, por ser ésta –junto con la tercera, que veremos a continuación– la que más puede llamar la atención.

Para apuntalar más su solución, Roxin plantea el conocido ejemplo, de alguien que dice a un tercero, T, que encienda la luz de una habitación, a cuyo interruptor –lo que el tercero desconoce– se encuentra conectado el mecanismo que inicia la explosión de una bomba en otro edificio. Señala Roxin que aquí T sería un factor condicional ciego más en la cadena causal, cuyo significado para el desarrollo de la acción no sería mayor que cualquier otra condición del resultado, por ejemplo, la electricidad que pone en marcha el mecanismo. En general, continúa Roxin –con gran parte de la doctrina científica–, el instrumento que yerra no actuaría en su cualidad específicamente humana, sino como un mero factor ciego que habría condicionado el resultado. Todo esto, le hace concluir: «A causa de esta igualdad estructural, en realidad estamos ante una supuesto de dominio del hecho directo por parte del hombre de atrás» (24). Entre nosotros, también Gimbernat, ha señalado que quien, por ejemplo, envía a un botones a coger una sortija ajena indicándole que es de su propiedad (de quien le envió) sería autor directo. Él «no es autor mediato, sino inmediato de un hurto, que tiene lugar cuando, con ánimo de

(23) JOHANNES, Hartmut, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmässigem Handeln des Werkzeuges, Ein Scheinproblem*, Frankfurt am Main 1963, pp. 18 s.; HOEGEL, *Akzessorische Natur der Teilnahme, mittelbare Täterschaft, Eventualvorsatz*, ZStW 37 (1916), pp. 651 ss. (pp. 669, 677); MEZGER, Edmund, *Mittelbare Täterschaft und rechtswidriges Handeln*, ZStW 52 (1932), pp. 529 ss. (pp. 543 s.); v. HIPPEL, Robert, *Deutsches Strafrecht*, tomo 2.º: Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlín 1930, p. 403; SCHILLING, Georg, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, Köln y otras 1975, pp. 104 s.; últimamente, SCHILD, Wolfgang, *Täterschaft und Tatherrschaft*, Berlín y New York 1994, pp. 19 s. En sentido parecido, LEB, Günter, *Gibt es strafbare mittelbare Täterschaft, wenn der Tatmittler rechtmäßig handelt?* Ein Beitrag zur Lehre vom Verbrechen, JZ 1951, pp. 550 ss. (p. 552); PETRI, *Die mittelbare Täterschaft*, cit., nota 3 en p. 16, pp. 24, 47; BERGES, August, *Der gegenwärtige Stand der Lehre vom dolosen Werkzeug in Wissenschaft und Rechtsprechung. – Beitrag zur Lehre von der Täterschaft*, Breslau 1934, p. 98; SAMSON, SK, cit., parágrafo 25, nota marginal 63.

(24) ROXIN, Claus, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., Berlín y New York 1999 (en adelante citado: TuT), pp. 173, 170 ss.; ya desde: KERN, Eduard, *Die Teilnahme im E. 25*, GS 92 (1926), pp. 125 ss. (p. 145), quien sostiene que se trata de autoría inmediata, pero apostilla: «que se quiera hablar aquí de autoría mediata o que se afirme autoría inmediata, es una cuestión de gusto».

lucro, toma la cosa del botones» y, en verdad, «del mismo modo que es autor inmediato de un hurto el que toma de su perro amaestrado la cosa ajena que éste le trae». Y concluye: «La palabra empleada por la ley –tomar– permite subsumir directamente la actividad del supuesto autor mediato en el tipo del hurto» (25).

Ciertamente, la postura de estos autores ha de ser calificada de paradójica dentro de la doctrina mayoritaria: lo que para algunos es el caso paradigmático de autoría mediata (uso de instrumento sin dolo) (26), para otros lo sería de autoría inmediata. Quizá para soslayar este dilema, se ha propuesto en ocasiones un criterio meramente formal: si hay tres sujetos en el desarrollo del suceso, víctima, instrumento y autor, nos hallaríamos ante un caso de *autoría mediata*, en tanto que si los sujetos son tan sólo dos, autor y víctima –que a la vez es instrumento–, la autoría sería *inmediata* (27). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español no ha seguido este criterio. Así, en los supuestos de falsedades en los que sólo intervienen dos sujetos, ha condenado en repetidas ocasiones por autoría mediata. Su doctrina al respecto –sin poder entrar aquí en los aspectos concretos de la denominada falsedad ideológica–, reza: «Por falsedad ideológica o intelectual se entiende, bien la constatación de una circunstancia falsa en un documento público hecha a sabiendas por un funcionario público o la simple manifestación *engañosa de un particular que provoca el que el funcionario, como mero instrumento, dé contenido falso a un documento ignorando tal circunstancia, actuando entonces el particular como autor mediato, valiéndose del funcionario, alcanzando a aquél la responsabilidad como si hubiera ejecutado él mismo el hecho típico*» (28). Esta doctrina –existiría autoría mediata a pesar de la con-

(25) GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid 1966, pp. 225 s.

(26) Por todos, BACIGALUPO, PG, cit., pp. 369 s.; OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley 2000*, cit., p. 5 s.

(27) SPENDEL, Günter, *Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung*, JuS 1974, pp. 749 ss. (p. 752 con nota 34); el mismo, *Der «Täter hinter dem Täter» – eine notwendige Rechtsfigur?*, *Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft*, en: *Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag*, ed. por Günter Warda y otros, Berlín y New York 1976, pp. 147 ss. (pp. 167 ss., 169); también un criterio intermedio y diferenciador propone HERZBERG, Rolf Dietrich, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmäßig oder unverboden handelndem Werkzeug*, Berlín 1967, p. 55: hay que estarse a si el engaño del causante ha convertido al que se autolesiona en un factor meramente causal ciego o no («si la conciencia de la tipicidad del que se mata o lesiona a sí mismo no alcanza, al menos, la forma –en sentido no técnico– de la imprudencia consciente, habría, en realidad, autoría inmediata»).

(28) STS de 26 de abril de 1983 (sin cursivas en el original).

currencia tan sólo de dos sujetos— ha sido confirmada recientemente: en un caso en el que los intervinientes en el delito (en sentido amplio) eran el autor de la supuesta falsedad y el instrumento que materialmente abrió las cuentas corrientes y cartillas de ahorros a nombre de una identidad inexistente —comportamiento que el Tribunal Supremo consideró como de falsedad ideológica del número 4 del artículo 302 Código Penal de 1973— (29), se volvió a considerar que estábamos ante «un supuesto claro de autoría mediata» (30), a pesar, de nuevo, de no tratarse de la clásica composición «autor mediato-instrumento-víctima». Se podrá alegar que en estos últimos casos planteados, en puridad, el instrumento no era la víctima de la falsedad documental. Pero en todo caso, habrá de reconocerse, que a la luz de la concepción tradicional de la dogmática de la autoría tanto estos casos como los anteriormente mencionados de autolesión de la víctima son de muy dificultosa solución.

IV. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: EL DILEMA NO SE RESUELVE SINO QUE RESULTA SUPERADO; LA EQUIVALENCIA ENTRE LA AUTORÍA MEDIATA Y LA INMEDIATA

Desde luego, en primer lugar, lo que parece indudable es que toda víctima aporta, en principio, una condición para la producción del resultado, de tal forma que los casos de autoría «absolutamente directa» constituyen extraña excepción en la práctica forense; es más: precisamente hoy día afirmar lo contrario desconocería la realidad de la actual criminalidad económica, medioambiental, organizada, etc. En otras palabras, raro es el delito en el que la propia víctima no es *instrumentalizada* por el autor, de modo que «colabora» en la producción del mismo resultado que la convierte en víctima del delito. Así, esto sucede no sólo en los casos señalados en

(29) En realidad, al tratarse aquí de una falsedad ideológica de particular, no estaríamos ante una falsedad documental sino simplemente, en su caso, ante el comienzo de ejecución de un delito de estafa. Cfr. al respecto, BACIGALUPO, Enrique, *El delito de falsedad documental*, Cuadernos «Luis Jiménez de Asúa» núm. 1, Madrid 1999, pp. 45 ss., 57 s.; véase también, CALLE RODRÍGUEZ, María Victoria, *Falsedades documentales no punibles*, Madrid 1998; crítica, GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Valencia 1997, pp. 134 s.

(30) STS de 8 de octubre de 1992.

ocasiones por parte de la doctrina (31), como cuando se instrumentaliza a la víctima que lee la carta injuriosa –sin saber aún de que se trata– o cuando la víctima se toma el café envenenado (32), sino en general, por ejemplo, en aquellas formas de consumación que requieren una presencia física de la víctima. En estos casos, dicha presencia se logra mediante un engaño o, desde luego, instrumentalizando a la víctima. Quien acude al domicilio donde se comete su asesinato, o a una cafetería donde se lleva a cabo el hurto, es obvio que no habría acudido si hubiese sabido de los planes criminales, esto es, es obvio que se encuentra instrumentalizado por parte del autor del delito.

Esta equivalencia entre la autoría mediata y la inmediata a la que me estoy refiriendo, se aprecia también con gran nitidez cuando el hombre de atrás no influye directamente en el hombre de delante, sino *en la situación de hecho* en la que éste se mueve, de tal manera que dicha influencia da lugar al resultado lesivo; por ejemplo, el autor del delito extrae las sujeciones de un tramo de vías para que cuando pase el tren, éste descarrile (33). En estos casos, nadie duda de que la autoría es *inmediata*, a pesar de que aquí también se instrumentaliza a alguien, que incluso puede no resultar víctima: si el maquinista hubiese sabido del estado de la vía, es evidente que no hubiese intentado pasar. Como se ve, nos hallamos siempre ante la misma «construcción»; también en todos estos casos –no sólo en los de autolesión–, la propia víctima –o un tercero (el maquinista respecto de las lesiones de los pasajeros)– coloca una condición para la lesión y, en verdad, una condición de *forma instrumentalizada*, por lo que en puridad –siguiendo cierta doctrina ya comentada–, habría que clasificar estos supuestos de *autoría mediata*. Pero es que incluso aun se puede ir más lejos: el autor que espera a que la víctima cobre un décimo de lotería para robárselo también la instrumentaliza, puesto que de saberlo no lo hubiera cobrado, y aquella otra víctima que es

(31) Y con esto analizamos, como se anunció, las opiniones que consideran que y determinar si en los supuestos de autolesión estamos ante autoría mediata o inmediata es una cuestión meramente terminológica.

(32) Cfr. sobre esto, especialmente, JOHANNES, *Mittelbare Täterschaft*, cit., p. 18; SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, cit., pp. 92 s., 89 ss.

(33) De todas formas, como a continuación se expone en el texto, en cierta medida siempre se influye también en el hombre de delante y no sólo en la situación de hecho, puesto que éste, mediante la situación de hecho, es inducido a un error, es engañado, lo cual evidentemente representa una forma de influirle: el maquinista conduce la locomotora –como todos los días–, pero sometido a un error, pues no sabe que por faltar las fijaciones se va a producir un accidente (de otra opinión, probablemente, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 119).

asesinada, también ha puesto asimismo una condición del resultado aun sin quererlo: el estar con vida. El hecho de que la construcción «autor-instrumentaliza-a-víctima» sea más o menos compleja, que unos casos se encuentren más contruidos que otros, el hecho de que en unos aparentemente la «fuente de peligro» sea llevada hacia la víctima (se dispara), en tanto en otros –también aparentemente– la víctima «colisiona» con la fuente de peligro (se sitúa una bomba por donde ella ha de pasar), etc. –se puede modificar la formulación discrecionalmente–, no puede hacer variar la calificación jurídica, sino sólo una –como se ve, de todo punto irrelevante– consideración fenomenológica del delito.

Y es que, en verdad, la discusión es estéril. Es obvio que sería absurdo calificar todos estos supuestos –sobre todo los últimos casos mencionados–, como de autoría mediata. El hecho de que *estructuralmente* parezca que nos hallamos ante autorías mediatas –creo que tal extremo no puede ser negado–, no deshace en absoluto el aparente absurdo de calificar prácticamente toda autoría como autoría mediata. Pero este dilema lo único que demuestra es que nos hallamos ante una cuestión meramente terminológica.

En efecto, lo dogmáticamente necesario no es decidir si estamos ante autoría mediata o inmediata, sino si el suceso se imputa o no al hombre «de atrás» (si es que se le quiere llamar así) y el fundamento de ello. Una vez afirmada la *imputación objetiva* al hombre de atrás, la cuestión de si la autoría es calificada como mediata o inmediata, pasa a ser una cuestión absolutamente secundaria. No es que estemos, pues, ante un problema de autoría y participación, sino ante una cuestión de imputación objetiva. En esta dirección apunta la solución adoptada por Cancio Meliá en su estudio –precisamente– sobre la conducta de la víctima y la imputación objetiva. Cancio relativiza correctamente –en el marco de la imputación objetiva– el valor de la figura de la autoría mediata para resolver la cuestión del ámbito de responsabilidad de la víctima y, aunque distingue entre autoría mediata e inmediata, lo cierto es que lo hace con un lacónico condicional «podría hablarse de ...», indicando que las soluciones deben ser equivalentes. En el pasaje decisivo, que transcribo, señala: «La solución a desarrollar respecto de las características de la instrumentalización ha de ser *materialmente la misma* para los supuestos en los que es la víctima la que ejecuta la acción generadora del riesgo (en los que se *podría hablar* de autoría mediata), como para aquellos otros casos en los que la víctima interviene en la organización conjunta en un papel menos destacado (casos en los que *podría tratarse* de autoría

directa)» (34). No marca, pues, Cancio Meliá límites precisos; y con razón: como aquí se defiende, tales fronteras no son necesarias.

La mismo cabe decir cuando el autor «hombre de atrás» utiliza a un instrumento que obra sin capacidad de acción, otra de las situaciones en la que la doctrina también discute si estamos ante supuestos de autoría mediata o inmediata. Mientras el sector mayoritario de la literatura científica aboga por afirmar autoría inmediata (35), un grupo minoritario cree ver también aquí casos de autoría mediata: un hipnotizador que «obliga al hipnotizado a cometer un delito» o un «sujeto (autor mediato) que empuja a otro (instrumento) sobre un tercero y lo lesiona», serían supuestos de autoría mediata (36). Por nuestra parte, entendemos que la discusión es, nuevamente, estéril y, en todo caso, que muestra una vez más la ya predicada equivalencia entre la autoría mediata y la inmediata. ¿Habría que casar una sentencia que condenase por un delito de daños (art. 263 Código Penal) a quien haya roto un escaparate empujando a una persona que pasa por delante del mismo, si el Tribunal *a quo* hubiese especificado en su fundamentación que el autor delinquirió por medio de otro del que se sirvió de instrumento? La respuesta sólo puede ser negativa y así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo que, a modo de *obiter dictum*, ha señalado ya en alguna ocasión como posibles supuestos de autoría *mediata* también los de falta de acción (37).

(34) CANCIO MELIÁ, Manuel, *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal. – Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, Barcelona 1998, p. 349 (sin cursivas en el original). – Esta equiparación no significa que haya que dejar de investigar los límites de la imputación a la víctima en supuestos de superioridad de la imputación al hombre de atrás (llámese a ésta autoría mediata o inmediata); véase al respecto CANCIO MELIÁ, *idem*, pp. 354 ss., 363 ss.

(35) Cfr., por todos, BACIGALUPO, PG, cit., p. 369; OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley 2000*, cit., p. 4; MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal, Parte General*, 4.ª ed. (existe posterior), Barcelona 1996, 14/44. Al respecto, detallado, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pp. 93 ss., con exhaustivas referencias de la literatura científica. En la doctrina alemana también este punto de vista es el mayoritario, véase ya desde PETRI, *Die mittelbare Täterschaft*, cit., p. 24, mencionando a v. LISZT y FINGER.

(36) MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 3.ª ed., Valencia 1998, p. 483; CEREZO MIR, José, *Autoría y participación en el Código penal vigente y el futuro Código penal*, en: el mismo, *Problemas fundamentales del Derecho penal*, Madrid 1982, pp. 333 ss. (pp. 340 s.).

(37) Así, la sentencia de 12 de mayo de 1971 señala como casos de autoría mediata cuando «la persona intermedia, por sufrir un error esencial, hallarse obligado por la fuerza física y carente de acción o resultar inimputable penalmente, queda al margen de toda responsabilidad punitiva, que recae (...) en quien lo utiliza como mero instrumento» (sin cursivas en el original).

En suma, todo parece indicar que nuestro análisis de las relaciones entre la autoría mediata y la inmediata conduce siempre a la misma conclusión: ambas formas de autoría son, desde un punto de vista jurídico penal, absolutamente equivalentes.

V. LOS ARGUMENTOS DE M.-K. MEYER Y NUESTROS CONTRAARGUMENTOS

Sin embargo, una de las monografistas sobre el tema, Maria-Katharina Meyer, se ha mostrado especialmente crítica con todo intento de relativizar la diferencia entre autoría mediata y la inmediata (38). En efecto, siendo el tema de su escrito de habilitación para la obtención de una cátedra «Exclusión de la autonomía a través de error», esto es, un caso clásico de autoría mediata, se sintió obligada –a mi modo de ver, innecesariamente– (39) a distinguir desde el principio de su trabajo entre autoría mediata e inmediata. Y es que baste recordar que Roxin había señalado respecto de esos casos de error que en ellos se podría hablar incluso de autoría inmediata o directa, por lo que la acotación de Meyer sí era necesaria para algunos sectores doctrinales.

(38) MEYER, Maria-Katharina, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum, Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Colonia y otras, 1984, especialmente pp. 8 a 31, situándose con ello en una línea opuesta a la defendida, como ya se expuso, por su maestro Schmidhäuser (en: AT, cit., 14/40).

(39) En realidad, el hecho de que –como aquí se defiende– se equiparen la autoría mediata y la inmediata, no significa –como probablemente Meyer pensase– que una investigación sobre los casos de error de un hombre de delante, sea superflua o que dichos supuestos tengan que dejar de ser objeto de cuidadoso análisis. Lo han de seguir siendo de parecida manera y, en todo caso, con igual profundidad que hasta ahora, pero no en el marco de la denominada autoría mediata, sino en el de la imputación objetiva. Y es que, la mayoría de lo que hasta ahora venía estudiándose bajo la rúbrica de la autoría mediata, no son sino problemas de imputación objetiva. Se tratará, pues, de establecer, igual que antes, en qué condiciones el error del hombre de delante trae como consecuencia la imputación objetiva al hombre de atrás, por resultar este último competente. Por tanto, un gran número de problemas de la denominada autoría mediata no desaparecen a pesar de afirmar una equiparación con la autoría inmediata (pero otros sí, como los referidos a los llamados delitos de propia mano, a la tentativa, etc.). Para un tratamiento de la denominada autoría mediata como problema de imputación objetiva, cfr. JAKOBS, GA 1997, cit., pp. 556 ss., especialmente p. 561 con nota 23 y pp. 559 ss.; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, cit., pp. 354 ss., 363 ss.

«Si bien es cierto que por lo que respecta a la consecuencia jurídica de la pena, es indiferente si [...] se habla de autoría mediata o inmediata», comienza Meyer su exposición, «no lo es menos que entre ambos conceptos se ha de diferenciar» (40). «Dejando de lado», explica, «que, según la ley, la punibilidad de la autoría mediata y de la inmediata es la misma», de todas formas, «para la consideración valorativa del Derecho» sería «algo distinto si alguien comete un delito él mismo o a través de otro». Esta necesidad de diferenciación entre ambas figuras habría encontrado respuesta en el § 25 Abs. 1 StGB referido a la autoría mediata (cfr. nuestro art. 28, primer párrafo, 2.^a alternativa, Código Penal). Con ello se habría hecho un «requerimiento directo a la teoría y a la praxis» para que establezca tales diferencias entre ambas formas de autoría. El hecho de que en la ley penal se mencione expresamente la posibilidad de cometer el delito por medio de otro, obligaría a distinguir autoría mediata e inmediata, concluye la autora en esa primera aproximación al tema.

Desde la posición aquí defendida, empero, ninguno de estos primeros motivos convence. En primer lugar, si el legislador «por lo que respecta a la [...] pena» no ha establecido ninguna diferencia entre la autoría mediata y la inmediata, no se entiende por qué «para la consideración valorativa del Derecho» habría de ser «algo distinto si alguien comete un delito él mismo o a través de otro», como afirma Meyer. Si la pena es igual y las dos son formas de autoría ¿por qué para la consideración valorativa del Derecho habrían de ser algo distinto? (41). Más bien parece todo lo contrario. Pero es que hay más: no es cierto, como pretende hacer ver Meyer, que de la regulación legal se haya de inferir la absoluta separación entre autoría mediata e inmediata. La regulación legal española –y exactamente lo mismo cabe decir de la alemana– no menciona la figura de la autoría mediata, sino que establece que son «autores», entre otros, los que «realizan el hecho [...] por medio de otro del que se sirven como instrumento». El que «realiza el hecho por medio de otro» no es «considerado autor»

(40) Véase, aquí y en lo siguiente, M.-K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, cit., p. 8 (en el mismo sentido, también, ídem, pp. 18, 22).

(41) Con esto no se quiere decir, evidentemente, que también la inducción –que tiene asignada igual pena que la autoría– también sea equivalente a ésta. Entre otras muchas razones, porque el propio artículo 28 CP señala que el inductor no es autor, sino que se le considerará como tal. Como es sabido, el inductor a un hecho justificado es impune, el autor mediato que usa a un instrumento que obre justificadamente responderá precisamente por ello; al inductor a un delito de infracción de deber, por carecer de la cualificación especial, se le aminora la pena, al autor mediato, no (cfr. SÁNCHEZ-VERA, Javier, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., Berlín, 1999, pp. 211 ss.); etc.

como sucede con el inductor o el cooperador necesario, ni siquiera *es considerado* autor mediato –¡eso no lo dice la ley!–, sino que *es*, simplemente, autor –eso y sólo eso es lo que señalan el artículo 28 del Código Penal o el § 25 Abs. 1 StGB–. Si «los que realizan el hecho por sí solos» «son autores» y «los que realizan el hecho por medio de otro del que se sirven como instrumento» «son autores», ¿dónde se encuentra la pretendida diferente consideración valorativa del Derecho? Sobre este tema se volverá más adelante.

Lo cierto es que en los párrafos *supra* transcritos, Meyer no establece criterios de distinción entre la autoría mediata y la inmediata, sino que se limita a señalar por qué, a su juicio, ambas formas de autoría deben de ser diferenciadas. El criterio que separa ambas es señalado por Meyer algunas páginas después. Para ella, el hecho fenomenológico de que un autor pueda cometer el delito por sí solo o por medio de otro, «este modo de ver las cosas, en principio cognitivo-naturalista, ha sido sustituido por una forma de ver las cosas normativa [...]. De esta manera, la autoría mediata se convierte en un problema de valoración» (42). «La divergencia entre autoría mediata e inmediata» sería «en definitiva, comparable a la de un delito de comisión y uno de omisión». Y extrae su principal conclusión: «Igual que la omisión, de acuerdo con las circunstancias, ha de ser equivalente a la comisión del tipo por acción, la autoría mediata ha de corresponderse en su contenido de injusto con la autoría inmediata» (43). Para Meyer, en la autoría mediata estaríamos, pues, ante un problema valorativo: la comisión mediata ha de ser equiparable a la comisión inmediata para que pueda ser punible, igual que no toda omisión es punible, sino sólo aquella que es equivalente a la comisión. La diferencia entre ambas formas de autoría residiría, por tanto, en que la autoría inmediata siempre sería punible, *en tanto que la autoría mediata sólo cuando fuese equiparable a la autoría inmediata*. Algo parecido ha señalado Küpper últimamente: «Una diferencia (entre la autoría mediata y la inmediata) se infiere ya de que el que actúa de forma inmediata tiene *per se* el dominio del hecho, mientras que en la autoría mediata los criterios y grupos de casos encierran polémica» (44).

Sin embargo, a mi entender, tampoco estos otros argumentos parecen poder convencer. En primer lugar, la argumentación presupone de nuevo que ambas formas de comisión no son equivalentes, a pesar del

(42) M.-K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, cit., p. 29.

(43) M.-K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, cit., p. 28.

(44) KÜPPER, GA 1998, cit., p. 519.

idéntico tratamiento que de ellas hace la ley (45), tanto respecto de la denominación –ambas: autoría–, como de las consecuencias jurídicas. Pero es que, además, Meyer emplea en su argumentación una *petitio principii*: para fundamentar que ambas formas de autoría han de ser diferenciadas, presupone lo que debería de haber sido probado, a saber, presupone que ambas formas de autoría no son iguales y que, por tanto, una ha de equipararse a la otra. En suma: habrían de ser diferenciadas porque no son iguales. No se quiere dudar aquí de que la autoría a través de un instrumento humano, y aquélla a través de un instrumento no humano, son algo diferente desde un punto de vista fenomenológico. Por ello, es correcto cuando Díaz y García Conlledo señala que entre la autoría mediata y la inmediata existen estas diferencias «objetivas» (fenomenológicas), de tal modo que el legislador «puede tenerlas en cuenta de algún modo, aunque obviamente no está obligado a ello y puede tratar a ambas de idéntica forma» (46), aunque habría que añadir que lo cierto es que el legislador no tiene ningún motivo para atender a dichas diferencias fenomenológico-naturalistas, como de hecho se ha plasmado en nuestro artículo 28 del Código Penal.

Tampoco la comparación entre autoría mediata/inmediata y comisión activa/omisiva parece que pueda desbaratar la equiparación material aquí defendida entre autoría mediata e inmediata. En primer lugar, existe un sector de la doctrina que ya habla abiertamente de una equiparación entre las formas de comisión activa y omisiva (47). Pero es que, aun en el caso de que se rechacen estas opiniones, lo cierto es que ambas situaciones no son comparables. En efecto, en Alemania –regulación a la que se refiere Meyer– existe una cláusula de equiparación entre comisión y omisión, incluso con posibilidad de aminoración de la pena para esta última (§ 13 StGB), en tanto en España, en el artículo 11, el Código Penal menciona expresamente los casos en que un delito «se entenderá» cometido por omisión. ¿Por qué el legislador no habría entonces mencionado también expresamente los supuestos en que la autoría mediata debería equivaler a la inmediata? Como sabemos, el legislador no sólo no ha hecho eso, sino que ha equipa-

(45) Lo acabamos de ver y se profundizará aún más en ello.

(46) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, cit., nota 38 en p. 268.

(47) Cfr. las referencias bibliográficas –en especial a Günther JAKOBS– en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, «Intervención omisiva, posición de garante y prohibición de sobrevaloración del aporte», *ADPCP*, 1995, pp. 187 ss. (pp. 190 ss., notas 3 ss.), adhiriéndome también a esta opinión.

rado ambas expresamente en el artículo 28 del Código Penal –o en el § 25 Abs. 1 del StGB alemán.

Por ello, en último lugar, tampoco es a nuestro juicio acertada la conclusión de que la diferencia entre la autoría mediata y la inmediata residiría en que mientras que en todos los casos que fenomenológicamente son de autoría inmediata se responde, en aquellos que fenomenológicamente son de autoría mediata habría de comprobarse además que son equiparables a los de autoría inmediata. El último que actúa –simplificando lo que se entiende por autoría inmediata– no siempre responde, puesto que además hace falta que se cumplan los requisitos de la imputación objetiva igual que en la autoría mediata. Este requisito ha sido últimamente denominado «posición de garante» también en los delitos de comisión (48), por lo que, desde nuestro punto de vista, no sería correcto –como sostiene Meyer– que en la autoría inmediata –a diferencia de en la autoría mediata– siempre se responda. Dejemos pues los argumentos de M.-K. Meyer, para seguir con los propios.

VI. UN APUNTE JURISPRUDENCIAL

Con la regulación de la autoría mediata en el Código Penal, el legislador ha dejado claro que la diferencia fenomenológica existente entre la autoría mediata y la inmediata es, desde un punto de vista normativo, absolutamente irrelevante. Los jueces deberán declarar en sus sentencias que el resultado es imputable al autor (juicio de imputación), esto es: concluir que una determinada persona es autor y por qué lo es –esto exige exclusivamente el principio de fundamentación de las sentencias–. Cuando se explica que una determinada persona vertió una sustancia venenosa en el café de la víctima, y se analizan los criterios de imputación objetiva (riesgo permitido, prohibición de regreso, principio de confianza y actuación a propio riesgo) para concluir que tal comportamiento se subsume en el artículo 138 o en el 139 del Código Penal, y que quien esto hizo es responsable del delito correspondiente *en calidad de autor*, es obvio que se habrá respetado el principio de fundamentación escrupulosamente, a pesar de faltar la especificación de si el juzgador considera el caso como de autoría

(48) Cfr. las referencias bibliográficas en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *ADPCP*, 1995, cit., pp. 213 ss.; en España, especialmente, BACIGALUPO, *PG*, cit., pp. 164 s., 192 ss.

mediata o inmediata. Si en este juicio de imputación, por haberse ya impuesto así por la praxis, se resalta que cuando la víctima es conducida mediante un engaño al peligro, la imputación se realiza a título de la denominada autoría mediata, esto será tan correcto jurídicamente como cuando se destaque, por ejemplo en los casos en que sea la fuente de peligro la que se dirija a la víctima, que la imputación se realizó a un autor que obró por sí solo (autoría inmediata). Pero los casos inversos, serán igual de legítimos. O, como ya se señaló *supra*, ¿habría que casar acaso una sentencia que señalase que el autor realizó el hecho por sí solo en un caso en el que la víctima murió envenenada tras beber el café servido por el autor?, ¿o sería incorrecto quizá sostener que el autor realizó el hecho por medio de otro en un caso de estafa, delito que siempre requiere que se instrumentalice a otro? En ambos casos la respuesta debe ser negativa. Es correcto, pues, cuando el Tribunal Supremo, en un delito contra la salud pública (arts. 359 ss. Código Penal), en el que decidió casar la sentencia de instancia porque la secretaria de uno de los cabecillas de una organización de narcotraficantes que venía siendo condenada, en verdad tan sólo había sido instrumentalizada por él, no por ello cambió el título de imputación de este último para señalar que no se trataba ya, pues, de un autor inmediato, sino de –al menos en parte– de uno mediato; la calificación del tribunal *a quo* de «simple» autoría fue considerada, lógicamente, suficiente (49).

Hay otros ejemplos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que equiparan autoría mediata e inmediata y, al menos, en cuatro de ellos quiero todavía detenerme brevemente. Así, respecto de la antigua regulación, la STS de 13 de junio de 1992 establecía: «lo decisivo es que [...] el acusado haya tenido el dominio funcional del acto y por ello [...] que la autoría fuese directa o simplemente mediata es irrelevante, al estar ambas hipótesis parificadas punitivamente en el artículo 14 del Código Penal». También la STS de 5 de diciembre de 1972 puede resultar paradigmática, pues tras explicar con detalle una forma de comportamiento que habitualmente es considerada como prototipo de autoría mediata, califica al hombre de atrás de autor inmediato, sin atender a la hora de la calificación *normativa* de la autoría –a mi juicio, correctamente– a la fenomenología que acaba de describir. En el pasaje decisivo se señala: «[...] cuando el delincuente se vale para realizar sus fines criminales de la actividad parcial de otro sujeto, que obra como persona intermedia y con error esencial en cuanto a los propósitos y fines de aquél, efectuando lo que cree una

(49) Cfr. STS de 5 de noviembre de 1991.

actuación válida a la faz del Derecho y que en las relaciones humanas resulta normal y no lesiva, es *obvio* que el *autor inmediato* y responsable *sólo puede serlo el primero*, como si todo el dinamismo delictivo lo realizara él sólo, pues los actos que da vida la persona intermedia, previos y aparentemente normales, que no obedecen a un plan conocido y aceptado, son de quehacer parcial, ciego e instrumental, que no pueden ser imputados a quien desconoce ser utilizado engañosamente por quien se aprovecha de su ignorancia [...]» (50). También la STS de 9 de mayo de 1990, sin miedo a pecar de incongruente, equipara autoría mediata e inmediata. Al hilo de una petición de la defensa del recurrente se dice: «Más aún, si se cuestionara la coautoría en sí misma, ello no podría beneficiar al recurrente, pues sus poderes reales de dirección del hecho en la etapa ejecutiva serían suficientes, de todos modos, para *fundar su autoría directa o, en su caso, su autoría mediata*, utilizando como instrumentos a personas que obraron ciertamente con dolo, pero sin el *animus rem sibi habendi* requerido para la autoría del robo y, por lo tanto, de manera no típica» (51). Por último, tampoco parece preocuparle la diversidad fenomenológica de la autoría mediata o inmediata a la STS de 29 de enero de 1982, que incluso equipara ambas formas de autoría respecto de un delito que —de seguir las premisas de la doctrina mayoritaria— podría ser considerado de propia mano o, al menos, de pura actividad, delitos para los que esa misma doctrina mayoritaria duda precisamente de la posibilidad de autoría mediata (52). En efecto, a pesar de que la formulación «alterar las indicaciones o aparatos contadores» tal y como venía recogido en el número 3.º del antiguo artículo 536 (53), referido a las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas, parecería referirse a una concreta actividad que haya de realizar el autor directamente, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo señaló acertadamente que es «irrelevante» a los efectos del delito, que la «alteración haya sido realizada bien directa y materialmente por el sujeto imputado, o

(50) La cursiva es añadida. Véase, además, en sentido parecido, la STS de 10 de octubre de 1973; asimismo, la de 5 de noviembre de 1991: «Existiendo una acción potencial y directamente agresiva (blandir de forma amenazante un palo contra la que resultó víctima) que produce como resultado una alteración de la integridad física de la persona contra la que va dirigida, resulta indiferente que las lesiones se causen como consecuencia directa de un golpe dirigido al cuerpo de la víctima, o cuando ésta, para defenderse, inicia un movimiento instintivo de retroceso que provoca su pérdida de equilibrio y la correspondiente caída (causa de la lesión)».

(51) La primera cursiva es añadida.

(52) Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y Cómplice*, cit., pp. 223 ss., 247 ss.

(53) En igual sentido el nuevo artículo 255 del CP de 1995.

(que) éste haya empleado a tal fin una persona inculpable [autoría mediata (54)]» (55).

VII. PRIMERAS CONCLUSIONES

Así pues, todo parece indicar que estamos en condiciones de elevar algunas conclusiones de un modo ya general y no sólo en los supuestos de autolesión, en los que entiendo que quedó ya suficientemente claro que existe una identidad material entre la autoría mediata y la inmediata. Existe, en suma, una equivalencia normativa entre la autoría mediata y la inmediata, equivalencia que ensombrece lógicamente cualquier intento de tratar de forma diversa para una u otra forma de autoría el momento de consumación o tentativa del delito, o de sostener que existiría una categoría de delitos, los de propia mano, en los que el ámbito de la denominada autoría mediata merecería un

(54) En el texto de la Colección Jurisprudencial editada por el BOE aparece «autoría inmediata», debido, sin lugar a dudas, a un error de transcripción.

(55) De todas formas, es de señalar que debido al tenor literal de la antigua regulación sobre la autoría, el juez, si es que quería hacer un apoyo expreso en la regulación legal, tenía a incardinar la autoría mediata en el concepto de autoría inmediata del artículo 14.1.º ó 2.º (primera alternativa), para así no apartarse en demasía de un Derecho positivo que no mencionaba expresamente la autoría mediata [amplio panorama jurisprudencial en MORENO Y BRAVO, Emilio, *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo (coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión)*, Madrid, 1997, pp. 106 ss.]. En otras ocasiones, estos supuestos se incardinaron, en cambio, en otros números del artículo 14, como en la inducción (núm. 2.º, segunda alternativa). Así, la STS de 23 de mayo de 1981, respecto de un delito de falsedad: «... el empleo de una persona inculpable que desconocía por completo la ilicitud de la actuación que se le encargaba [...] no excluye la responsabilidad (del recurrente), sino que da lugar a la figura penal de la llamada autoría mediata, creada y desarrollada extensamente por la dogmática alemana, que la extiende a aquellos supuestos en los que el autor inmediato produce un error en otra persona, pidiéndole que realice por él un acto de cooperación necesaria, haciéndole creer que se trata de un acto lícito cuando en realidad es ilícito; caso que en nuestro Derecho legislado cae bajo la vigencia del número segundo del artículo 14 (del CP), a tenor del cual el inductor es considerado responsable en lugar del inducido [...]; sin que para estimar la existencia de tal inducción, sobre todo en aquellos casos en los que [...] el inducido desconoce la ilicitud o antijuridicidad de su acción, se requiera la prueba de la existencia de una fuerza moral intensa, sino que basta un simple estímulo eficaz, como puede ser un encargo o mandato [...]». Cfr. al respecto, también, RUIZ ANTÓN, Luis Felipe, «La autoría y la participación en el proyecto de ley orgánica del código penal de 1992», en *Política criminal y reforma penal, Libro Homenaje a Juan del Rosal*, Madrid, 1993, p. 970; RODRÍGUEZ MOURULLO, en *Comentarios al Código Penal*, I, cit., pp. 803 s.

tratamiento distinto que el de la inmediata, etc. La autoría mediata se encuentra ya *per definitionem* contenida en el concepto de autoría; no es más que una forma de presentarse ésta, como el propio Código Penal español reconoce. No estamos —como dijera, sin embargo, uno de nuestros grandes autores— ante «una categoría de codelincuentes creada por la ciencia penal alemana» (56), sino ante una forma de autoría nacida de la propia naturaleza de las cosas, esto es, una autoría nacida del hecho de que una persona puede utilizar como parte de sus planes, entre otros instrumentos, a otros hombres (57). Nos hallamos, pues, ante una verdadera autoría y no ante una simple ficción, como se afirmó —consecuentemente— desde la teoría formal objetiva de la autoría (58). La afirmación de Mittermaier: «La denominada autoría mediata, una extensión artificial, que tiene como objetivo cubrir casos indudablemente relevantes desde un punto de vista jurídico-penal que si no quedarían impunes, es siempre una construcción jurídica» (59), sólo es, por ello, en parte cierta, pues si bien la autoría mediata no es ninguna extensión, pues es pura autoría, sí es artificial o una construcción jurídica, aunque no lo es menos —y esto debe de ser subrayado—

(56) La cita es de ANTÓN ONECA, José, *Derecho Penal*, 2.ª ed., anotada y puesta al día por José J. Hernández Guijarro y Luis Benéitez Merino, Madrid, 1985, p. 469, pero podría serlo de otros muchos (cfr. en el mismo sentido, por ejemplo, la STS de 23 de mayo de 1981), que, en términos parecidos, hablan de mera construcción doctrinal —y hasta cierto punto artificial— procedente de Alemania. Por lo demás, como hemos visto *supra*, ha sido precisamente en la ciencia del Derecho penal alemana donde se ha puesto en duda más seriamente la figura de la autoría mediata como categoría independiente de la autoría inmediata.

(57) En principio de acuerdo, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «El autor mediato en Derecho penal español», *ADPCP*, 1969, pp. 461 ss. (p. 468): «La noción de autoría mediata responde a una realidad sustancial: la de que los hombres pueden realizar ciertos hechos a través de otras personas que actúan como instrumentos [...] Del mismo modo que se reconoce que el hombre puede efectuar determinadas obras predisponiendo y sirviéndose de animales o aparatos mecánicos, hay que admitir igualmente que puede realizar ciertos hechos a través de otras personas que obran como instrumentos»; sin embargo, Rodríguez Mourullo no ha afirmado —como aquí— de una forma tajante la absoluta equivalencia entre la autoría mediata y la inmediata; SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal, Parte General, Tomo III: Culabilidad, punibilidad. Formas de aparición*, Barcelona 1985, p. 178.

(58) Cfr. sólo, HEGLER, *FS Richard Schmidt*, cit., p. 24, nota 85.

(59) MITTERMAIER, *ZStW* 21 (1901), cit., p. 212. En sentido parecido: BEROLZHEIMER, Hans, *Die akzessorische Natur der Teilnahme*, München y Berlin, 1909, p. 23; WUTTIG, *Fahrlässige Teilnahme am Verbrechen*, cit., p. 50. Ya en contra, de esa misma época, véase, por ejemplo, PETRI, *Die mittelbare Täterschaft*, cit., p. 12; KNOLLER, Rudolf, *Die Begehung strafbarer Handlungen durch Benutzung von Organen der Strafrechtspflege zu Amtshandlungen gegen einen Unschuldigen*, Breslau, 1931, pp. 80 s., con amplísimas referencias bibliográficas.

que la propia autoría inmediata. ¿Por qué preocuparse de que el instrumento sea un hombre si en los demás casos de autoría tampoco interesa qué tipo de instrumento se ha utilizado? (60).

Ante estas aseveraciones, ciertamente tajantes, la respuesta por parte de la doctrina mayoritaria probablemente rece que precisamente el hecho de que el instrumento sea un hombre es lo que marca la diferencia (61). No podría ser lo mismo utilizar para la comisión delictiva, por ejemplo, un arma de fuego, que a un hombre. Pero esta alegación, a nuestro entender, respondería a una concepción naturalista del Derecho penal y que, por lo tanto, habría de ser considerada ajena al mismo. Por contra, habrá de estarse a una valoración normativa del suceso. Así, desde una concepción normativa –propia de una ciencia del Derecho–, no estamos ante una persona en sentido propio, sino ante un instrumento, ante un pedazo de naturaleza (aunque esa naturaleza sea consecuencia de otra persona) y, si esto se quiere negar –por chocante que pueda parecer llamar a un hombre «mero objeto»–, entonces habrá que negar también la denominada auto-

(60) Este extremo resulta irrelevante, al menos, para el concepto de autoría.

(61) De esta opinión, probablemente, aquellos que habían destacado la necesidad de que el nuevo CP de 1995 regule expresamente la autoría mediata: CEREZO MIR, *Autoría y participación*, cit., pp. 339 s.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Autoría y participación en el Borrador de anteproyecto de la parte general de un nuevo código penal de 1990, algunas observaciones», *La Ley*, 1992-2, pp. 1029 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho Penal, Parte General, Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986, pp. 484 ss., 487; SAINZ CANTERO, *Parte General*, cit., pp. 805 s. (de otra opinión MORENO Y BRAVO, *Autoría*, cit., p. 119). Así, también, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 60, para quien «el principio de legalidad se refuerza (se esta refiriendo a la regulación expresa de la figura de la autoría mediata) si además de regular la conducta prohibida u ordenada se alude a cómo se realiza la conducta prohibida y a quién la realiza o la forma en que puede realizarse. Y aunque es tarea de la doctrina formular un concepto de autor, no está de más tener una base legal, sobre todo para la autoría mediata cuando el instrumento realiza la acción típica [...]». A mi entender, sin embargo, el principio de legalidad se cumple o no se cumple, no es, pues, graduable ni capaz de intensificación (de reforzarse). En cuanto a regular «cómo se realiza la conducta prohibida y a quién la realiza o la forma en que puede realizarse», ha de tenerse en cuenta que una regulación demasiado casuística es, en la mayoría de las ocasiones, como es sabido, más perjudicial que beneficiosa. En cualquier caso, la mera referencia expresa del Código Penal a que el hecho se puede cometer «por medio de otro» no puede ser considerada perjudicial. Ha de ser considerada, simplemente, como el «resto histórico» de la teoría formal objetiva en el Derecho penal, que se ha introducido en nuestro Derecho, por lo demás, cuando ya no era necesario –puesto que tanto doctrina como jurisprudencia reconocían sin mayores problemas la posibilidad de llevar a cabo el hecho por medio de otro.

ría mediata (62). O bien hablamos de instrumento, de comportamiento sin sentido social, y con ello de autoría mediata, o bien hablamos de comportamiento personal y por tanto poseedor de sentido, pero entonces habrá que hablar, indefectiblemente, de coautoría o de participación por parte del sujeto «de atrás»: *tertium non datur* (63). La razón le asiste, pues, al Tribunal Supremo cuando en su lejana sentencia de 21 de diciembre de 1967 calificaba a los instrumentos como «*máquina humana* que los artífices del delito manejaron para la ejecución de éste» (64), o en la de 3 de mayo de 1978, que califica al sujeto de delante como «instrumento inconsciente» (65), o, finalmente, en la de 5 de diciembre de 1972, donde explica el comportamiento del hombre de delante como «quehacer parcial, ciego e instrumental» por ser él un «inconsciente colaborador falto de culpabilidad». Cuando el Código Penal habla de «servirse de otro como instrumento», demuestra con ello, en efecto, que no estamos realmente ante una persona, sino ante un mero objeto; si no: ¿se atrevería el Código Penal a llamar a una persona «instrumento»? Y es que, si el hombre de delante no tuviese la cualidad de instrumento de la misma manera que la tiene un objeto, lo único consecuente sería afirmar la «autoría mediata» como una forma de participación accesoria (66).

(62) Subrayado con acierto por JAKOBS, Günther, «Die sogenannte actio libera in causa», en *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*, ed. por Albin Eser, Baden-Baden, 1998, pp. 105 ss., citado según la traducción de Pilar González Rivero, La denominada *actio libera in causa*, en *Poder Judicial* 50, pp. 241 ss. (p. 247), con más referencias bibliográficas; véase, también, el mismo, GA 1997, cit., pp. 560 s., 569.

(63) Que nadie se ruborice porque se llame aquí «objeto», «cosa» o «pedazo de naturaleza» a un ser humano; la ley le llama «instrumento», lo que no es, en realidad, sino la descripción del mismo fenómeno desde otra perspectiva: desde la perspectiva de su posibilidad de utilidad o no. Sin embargo, hay autores que se muestran en contra de la terminología «instrumento mecánico», por ejemplo, desde KLOKE, Werner, *Der strafrechtliche Täterbegriff, tesis doctoral inédita*, Marburg, 1933, p. 34, hasta, hoy día, KÜPPER, GA 1998, cit., p. 520. Así, también, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1969, cit., p. 468: «Que el concepto de autor mediato se reserve [...] para las hipótesis en las que el instrumento es una persona humana, está plenamente justificado (entre otras razones) por el motivo emocional que impele a repudiar una plena equiparación entre la persona intermedia y las cosas interpuestas de que se vale el autor».

(64) Sin cursivas en el original.

(65) Confirmada por la STS de 17 de marzo de 1979. En el mismo sentido, la de 12 de mayo de 1971: «mero instrumento», «obediente» al plan del hombre de delante, «simples instrumentos ciegos para la perpetración ejecutiva».

(66) Cercano a esta posición, por ejemplo, BELING, Ernst, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 454 s., 462; quizá, también, GIMBERNAT ORDEIG, *Autor y cómplice*, cit., p. 249, para quien toda autoría mediata encierra, a la vez, la forma de participación de la cooperación necesaria; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, cit., nota 51 en p. 727; HOEGEL, *ZStW* 37 (1916), cit., pp. 667 ss. Sobre la discusión,

Así pues, para la existencia de autoría es indiferente que el autor se sirva (67), de fuerzas ciegas de la naturaleza como la fuerza del agua —que provoque una inundación, *v. gr.*, mediante la rotura de una presa— o de otras fuerzas de la naturaleza, como la fuerza del propio hombre que es utilizado a modo de instrumento, que —como hombre y no como *persona*— (68) es, indudablemente, también sólo naturaleza (69). ¿Por qué habría de diferenciarse entre un instrumento humano y otro que no lo es, si *en su cualidad de instrumentos* ambos —el humano y el no-humano— *son iguales* y en el mismo momento en el que el instrumento humano dejase de ser simplemente objeto para convertirse en *persona* dejaría de ser también instrumento? El hombre como instrumento no es más que un *factum* sin cualidad jurídica alguna, que es utilizado por el hombre de atrás sin que esto tenga consecuencias especiales en relación a otros casos de autoría.

Quizá —pese a su extensión— sea conveniente recordar en este contexto unas antiguas palabras del jurista alemán Wachenfeld, que, aun tras el paso de los años, no han perdido en absoluto actualidad. «La esencia del Derecho penal no permite la representación en la comisión de un delito; ni la responsabilidad, ni la

cfr. SIMONS, H., *Die mittelbare Täterschaft und ihr Verhältnis zur Teilnahme*, GS 101 (1932), pp. 241 ss., quien —a mi entender, acertado— rechaza tal posibilidad; véase además, PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, cit., p. 59; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, p. 80.

(67) Lógicamente, para poder imputar el resultado al hombre de atrás, no basta con que el hombre de delante sea un instrumento, sea mero factor natural-causal, sino que además el hombre de atrás habrá de ser competente respecto de ese defecto del hombre de delante; este aspecto, sin embargo, no interesa para la discusión que se está llevando a cabo en este estudio.

(68) Me estoy refiriendo al concepto de «persona» en sentido hegeliano; cfr. al respecto SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., p. 58, con más referencias bibliográficas en nota 21.

(69) Probablemente, contra esto se alegrará que existen casos en los que no podría considerarse que el hombre de delante actúe como una simple cosa. Ejemplo: para conseguir librarse de un vecino molesto, alguien consigue mediante la presentación de una denuncia y pruebas falsas que un juez dicte su prisión provisional: delito de detención ilegal (art. 163 CP) en autoría mediata por parte del que presentó la denuncia. Sostener aquí que el instrumento, el juez que dicta la resolución equivocada, es una mera cosa, parece ir demasiado lejos. Pero lo cierto es que en referencia al delito de privación de libertad en el que es instrumentalizado, el juez sí ha de ser considerado como un mero factor causal al modo de un simple elemento natural. Si esto no fuese así, no podríamos afirmar tampoco la autoría mediata. Evidentemente, en casos límite, se puede discutir y dudar si el hombre de delante es realmente un instrumento, si es naturaleza, etc., o no, pero esto no influye en el criterio descrito en el texto: el hombre de delante ha de ser mera naturaleza —no persona— para que haya autoría mediata.

punibilidad por culpa ajena. Por ello, en su ámbito es imposible plantear la cuestión del Derecho civil de si un hombre ha actuado en nombre propio o en nombre de tal o cual persona. Sólo se puede plantear la cuestión de si en el comportamiento del actuante éste ha obrado en realidad *como persona*. Lo normal es que así sea, y que el hombre que ha causado un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico responda por ello personalmente. Pero también es posible que la *persona pase a segundo término* [...] de tal manera que se convierta en un instrumento en la mano de otro. Cuando esto ocurre, se puede fundamentar la autoría de éste último». Y es que «el Derecho contrapone *persona* y *cosa*. Esta diferencia no procede de la esencia misma de *persona* y *cosa*, sino que se establece desde fuera. Es una diferencia meramente jurídica. Desde el punto de vista de la vida corriente, se entiende por cosas tan sólo los objetos inanimados. Pero la ciencia jurídica va más allá y considera también al animal como cosa. Incluso el hombre puede ser cosa en sentido jurídico, como lo demuestra la posición jurídica del esclavo en Roma. Los animales y los esclavos son, desde el punto de vista jurídico, cosas. *El hombre libre conserva su personalidad. Pero esto no impide que, en una acción concreta, su actuar, su movimiento corporal, se muestre exclusivamente como el movimiento de una cosa* [...] Cuando un hombre en un hecho concreto tiene las características de una cosa animada, entonces tiene naturaleza de instrumento en relación con ese hecho y un tercero puede servirse de él» (70).

Desde la actual dogmática de la autoría mediata, basada en el principio de la autorresponsabilidad, también las conclusiones han de ser las mismas: se ha de afirmar una total equiparación entre el instrumento humano y el no humano, lo cual significa una total equiparación entre la autoría mediata y la inmediata. En efecto, si el hombre de delante es libre, no será posible afirmar una situación de autoría mediata, pues un hombre libre no actúa instrumentalizado (principio de autorresponsabilidad); en cambio, si se afirma la calidad de instrumento del hombre de delante, es indudable que habrá de ser equiparado con un instrumento no humano, pues entonces no habrá actuación libre. Como ha resumido con acierto Gallas: «La utilización de un instrumento que actúa dolosamente

(70) WACHENFELD, F., *Mittelbare Täterschaft und doloses Werkzeug*, ZStW 40 (1919), pp. 30 ss., 129 ss., 321 ss. (cita: pp. 129 s.; sin cursivas en el original); la cita es impecable a pesar de ser este autor partidario de la teoría formal objetiva de la autoría (cfr. al respecto DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, pp. 417, 446).

pero sin libertad [...] fundamenta la autoría mediata. Por contra, hay que negar un dominio del hecho fundamentador de autoría mediata de aquel que da lugar al delito cuando el actuante inmediato es totalmente responsable [...] Un comportamiento no puede aparecer a la vez como libre y como dominable por un tercero, esto es, como no libre» (71)(72).

Por último, también del tratamiento que la doctrina ha dado a las relaciones entre la coautoría y la autoría mediata se puede inferir la equiparación entre la autoría mediata y la inmediata, pues también en este contexto se ha afirmado rotundamente por la doctrina mayoritaria el carácter de mero factor causal instrumental del hombre de delante en la actuación por medio de otro. En efecto, a aquellas voces que han sostenido que la coautoría constituye una combinación entre autoría mediata e inmediata, o un supuesto de autoría mediata recíproca (73), se ha replicado –correctamente– que en la coautoría ningún coautor actúa como mero nexo causal sin responsabilidad al

(71) GALLAS, Wilhelm, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, Berlín, 1968, p. 99; cfr., asimismo, ROXIN, TuT, cit., pp. 143 ss., 170 ss., 196; GONZÁLEZ RUS, Juan J., «Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría», en: *Problemas de autoría* (Dir.: Bernardo del Rosal Blasco), publicaciones del Consejo General del Poder Judicial, noviembre de 1994, Madrid, p. 102; M.-K. MEYER, *Ausschluß der Autonomie durch Irrtum*, cit., pp. 86, 57 s.; HEGLER, *Richard Schmidt FS*, cit., p. 61; HERZBERG, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 12 s., 24; el mismo, *Abergläubische Gefahrabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums* –BGH 35, 347–, Jura, 1990, pp. 18 ss. (p. 22); KÜPER, Wilfried, *Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip, Zugleich zu BGH 15.9.1988, 4 StR 352/88 («Katzenkönig» Urteil)*, JZ 1989, pp. 935 ss. (p. 947); SCHUMANN, *Selbstverantwortung*, cit., pp. 91 ss. Cfr., también, STS de 15 de junio de 1994 (FJ 5.º *in fine*). Referido al tema del suicidio –autoría mediata dependiendo de si el hombre de delante, suicida, actúa o no con libertad–: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, «La responsabilidad penal del médico por omisión», *La Ley*, 1987, I, pp. 955 ss. (p. 963).

(72) Precisamente por ello, las pocas excepciones que se pretenden al principio de que cuando el hombre de delante actúa con libertad no hay autoría mediata (autoría mediata en casos de error sobre el concreto sentido de la acción y en supuestos de dominio del hecho mediante un aparato organizado de poder) son muy debatidas; subrayado acertadamente por PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, cit., p. 290.

(73) Cfr., por ejemplo, BAUMANN, Jürgen, *Täterschaft und Teilnahme*, JuS 1963, pp. 85 ss. (p. 85); SAX, Walter, *Dogmatische Streifzüge durch den Entwurf des Allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der Großen Strafrechtskommission*, ZStW 69 (1957), pp. 412 ss. (pp. 434 s.); LANGE, *Der moderne Täterbegriff*, cit., pp. 58 s. Sobre esto, véase también PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, cit., pp. 146 s.; caso distinto es el de la denominada «coautoría mediata», cfr. al respecto, OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 2000, cit., p. 4.

servicio del otro coautor (74) o, lo que es lo mismo, se ha argumentado –para delimitar autoría mediata de coautoría– precisamente en base al aquí defendido carácter de mero factor natural del instrumento. En definitiva, la conclusión es nuevamente la misma: siendo el hombre de delante mera naturaleza, un mero objeto, él mismo es equiparable a los otros objetos que pueda usar el autor «por sí solo» para la realización del hecho; se llega con ello también desde este punto de vista a la equiparación normativa entre la autoría mediata y la inmediata.

VIII. AFIANZAMIENTO DE LAS TESIS OBTENIDAS, EN DISCUSIÓN CON NUESTRO MONOGRAFISTA SOBRE EL TEMA: JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA

Lo cierto es que, como ya se hizo referencia al comienzo de este estudio, las conclusiones a las que hemos llegado no han tenido todavía demasiada acogida entre la doctrina mayoritaria. Por eso –la lucha contra el consenso establecido es siempre más dura–, parece lógico que nos detengamos todavía unas páginas en profundizar lo hasta ahora argumentado. Para ello, nada más adecuado que hacerlo, en discusión científica, a la luz de las afirmaciones de Hernández Plasencia, monografista de la autoría mediata en España, en cuyo exhaustivo e inteligente estudio se ha alineado –al menos en lo referente a la separación entre autoría mediata e inmediata– junto a la doctrina mayoritaria.

1. Sobre el concepto de ejecución típica en la denominada autoría mediata

Hernández Plasencia reconoce que si bien la autoría mediata presenta un elemento común con la autoría directa, el dominio del hecho, «la diferencia que marca a la autoría mediata» residiría «en la *no completa ejecución del tipo por el sujeto de atrás*, pues la lesión del bien

(74) WELZEL, Hans, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), pp. 491 ss. (p. 550); el mismo, *Lehrbuch*, cit., p. 107; OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 2000, cit., p. 5; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, p. 399; PÉREZ ALONSO, Esteban Juan, *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, 1998, pp. 207, 208 s. Más referencias *pro et contra* en PUPPE, Ingeborg, *Der objektive Tatbestand der Anstiftung*, GA 1984, pp. 101 ss. (nota 43 en p. 112) y, últimamente KÜPPER, GA 1998, cit., pp. 522 s.

jurídico en los casos de autoría mediata» sería «producto, al menos, de dos comportamientos humanos» (75). Profundizando en este argumento de la *ejecución del tipo*, Hernández Plasencia sostiene que, en ocasiones, el hombre de atrás no ejecutaría absolutamente ninguno de los elementos del tipo: «[...] el autor mediato en muchos supuestos no realiza actos ejecutivos, por ejemplo, cuando el instrumento no es a la vez víctima del delito; así, el que coacciona a otro para que comience a reunir leña con la que posteriormente le obligará a que incendie una casa, no está comenzando a incendiar, sino a preparar la acción de incendio» (76). También el Tribunal Supremo se ha pronunciado en ocasiones en parecido sentido –si bien referido a la antigua regulación de la autoría–. Así, sería autor inmediato «la persona que ejecute directa y personalmente el delito», mientras que «merecerá la estimación de autor mediato», el que «sin efectuar dicha actividad, causa, sin embargo, el resultado, sirviéndose de otra persona como medio o instrumento para la *perpetración ejecutiva* [...]»; el hombre de delante no sería «ejecutor», sino «aparente y material realizador» (77).

A mi juicio, sin embargo, el sujeto de atrás *ejecuta* indudablemente el tipo por completo (78), puesto que de otra forma en ningún caso podría ser condenado como autor (79). El hecho de que desde un punto de vista naturalista no «ejecute» nada, no posee ninguna relevancia para la valoración normativa del suceso (80). ¿Dudaría alguien

(75) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pp. 88, 87 ss.

(76) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 102. La idea de que el hombre de atrás «no ejecuta» tiene, por lo demás, una gran aceptación; por todos, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, en: *Comentarios al nuevo Código penal*, Dir.: el mismo, comentado además por: Fermín Morales Prats, José Manuel Valle Muñiz, José Miguel Prats Canut, José María Tamarit Sumalla y Ramón García Alberó, Pamplona, 1996, p. 303; OCTAVIO DE TOLEDO, *La Ley*, 2000, p. 5.

(77) STS de 12 de mayo de 1971 (sin cursivas en el original).

(78) Sólo en el ejemplo propuesto por Hernández Plasencia no: en el caso del incendio, el hombre de atrás no lleva a efecto ningún tipo de «actos ejecutivos», pero, esto entiendo que no tiene nada que ver con el hecho de que actúe a través de un instrumento –como sostiene Hernández Plasencia–; en efecto, tampoco quien directamente, sin instrumento alguno, comienza a reunir leña para luego incendiar, «está comenzando a incendiar», sino únicamente está empezando «a preparar la acción de incendio».

(79) Como aquí, con más referencias, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, «Autoría y participación», *La Ley*, 2-1996, pp. 1283 ss. (p. 1286), si bien él entiende que, debido al tenor literal de algunos tipos, la aquí defendida equiparación material entre la autoría mediata y la inmediata no existe en general, por ejemplo, en los delitos denominados de propia mano.

(80) La única especialidad podría ser quizá, que a causa de la lejanía –fenomenológica, que no normativa– existente entre autor y resultado, el juicio de imputación del resultado es probablemente más complejo de explicar a un lego, como también ocurre, por ejemplo, con la comisión por omisión.

de que la madre que deja morir a su hijo de hambre –en el clásico ejemplo– ha ejecutado el tipo penal del homicidio (art. 138 CP), a pesar de que –al igual que en el caso del autor mediato– ella tampoco ha «ejecutado» nada desde un punto de vista naturalista? Obviamente no, pues dudar que la madre *ha ejecutado*, sin negar a la vez su punibilidad –de todo punto innegable–, sería tanto como decir que la madre es autora y que hay una víctima, a pesar de que nadie *ejecutó* el tipo del homicidio.

Pues bien, en los supuestos de autoría mediata habrá que concluir, por los mismos motivos, que el hombre de atrás *ejecuta*. Y es que, de seguirse la doctrina del Tribunal Supremo antes referida, en los casos de autoría mediata el delito extrañamente no habría sido ejecutado, en verdad, por nadie, pues el hombre de delante «realiza», en tanto que el de detrás –se dice– no ejecutaría. En este sentido, Díaz y García Conlledo, a pesar de no ser partidario de una equiparación entre autoría mediata e inmediata, ha señalado –acertadamente– que «cuando un sujeto domin(a) la voluntad de otro que físicamente, de propia mano, reali(za) una acción de las que se consideran ejecutivas», no hay «ningún problema para decir que el sujeto dominante ha realizado (mediatamente) esa acción, que, obviamente, no dejará de ser ejecutiva». Y continúa: «Si dijéramos que el autor mediato no ejecuta, ¿cómo podríamos castigar al cómplice de este autor mediato? Desde luego no siempre como cómplice en la ejecución del hecho realizado directamente por el ejecutor inmediato, pues éste, en muchos casos de autoría mediata actúa de forma no típicamente antijurídica; ¿habría que absolver por este motivo al cómplice? Nadie defendería tal cosa, lo que demuestra que el cómplice coopera en la ejecución del hecho que realiza el autor mediato, o sea, que el autor mediato ejecuta, aunque no de propia mano» (81). Me limito pues, con los argumentos *supra* defendidos, a suscribir estas palabras.

Para evitar tener que afirmar que el hombre de atrás «ejecuta» el tipo, un sector doctrinal habla de una manera más general de la «realización del tipo» por parte del autor mediato (82). Entiendo que esto

(81) DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, cit., pp. 477 s.

(82) ASÍ GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito, Derecho penal, Parte general*, 1.ª ed., Madrid, 1984 (hay ediciones posteriores), p. 141; RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, cit., p. 476, quien habla de que el hombre de atrás «realiza el tipo» –únicamente esto sería lo relevante–, aunque no lleve a efecto la «ejecución física (directo-corporal)», que carecería de importancia; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG, cit., p. 479, entienden que «realizar» es más amplio que «ejecutar» y que por ello en la nueva redacción del CP sí cabe la autoría mediata; más referencias bibliográficas en HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pp. 98 ss.

no pasa de ser más que una cuestión meramente terminológica, sin ninguna trascendencia práctica: quien «realiza» la ejecución del tipo mediante otro, «ejecuta» también el tipo, siendo lo demás un apego innecesario a criterios naturalistas. También esta opinión encuentra ya apoyos en nuestra doctrina. González Rus por ejemplo, ha señalado que las dos posturas que aquí se están analizando, la que defiende que el autor mediato «ejecuta» y la que prefiere decir que «realiza» el tipo, no son en absoluto incompatibles: «también quienes insisten en la idea de *realización* del tipo», dice, «lo hacen para llegar a la conclusión de que la misma no necesita la ejecución de propia mano, que es precisamente el punto final de la argumentación –más fundamentada, a mi juicio– de quienes insisten en que el autor mediato *ejecuta* el hecho, puesto que ejecución no significa ejecución de propia mano» (83). El propio Hernández Plasencia ha señalado que, en su concepción de la autoría mediata, «un sujeto (no responde) por lo que hace otro, sino por lo que él realiza mediante o a través de otro» (84), lo cual parece confirmar –como aquí se sostiene– que el hombre de atrás no responde por la ejecución ajena, sino que él mismo ejecuta, si bien mediante o a través de otro. En otras palabras, no se imputa un hecho de otro (una ejecución ajena), sino uno propio ejecutado a través de otro (85).

(83) GONZÁLEZ RUS, *Autoría*, cit., p. 108 (cursivas en el original).

(84) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 125.

(85) Esclarecedoras en su sencillez argumental resultan de nuevo las palabras de WACHENFELD ya en 1919 (ZStW 40, cit., pp. 149 ss.): «Se entiende como un axioma del Derecho penal que el autor tiene que haber llevado a cabo una parte de la acción ejecutiva. Que él solo efectúe la totalidad de la acción ejecutiva no es necesario. En la [...] coautoría tenemos un ejemplo en el que la realización de una parte de la acción ejecutiva fundamenta la autoría [...] Sin embargo, sin que el sujeto haya realizado aunque sea una pequeñísima parte de la actividad criminal por sí mismo, no puede ser autor. Esta premisa rige para toda forma de autoría, también para la autoría mediata, puesto que ella no es otra cosa, en definitiva, sino autoría. No obstante, parece, al menos a simple vista, que no es el autor mediato, sino el instrumento, quien realiza la acción ejecutiva. Así, es este último el que echa mano del bien ajeno, o descarga el arma de fuego. Pero un estudio más detenido demuestra que el intermediario es sólo intermediario e instrumento. Allí donde se utiliza un instrumento, sólo podemos establecer mediante un análisis más detallado del contexto causal, si podemos reconducir el resultado criminal a una determinada persona. No resulta claro sin más que el perro que se lleva cosas del establecimiento lo haga por orden del amo, ni si la carga que ha hecho explosión mediante electricidad fue accionada intencionadamente por el criminal. Sin embargo, sin duda estamos allí ante un hurto y aquí ante un asesinato, a pesar de que el autor ni ha tocado los objetos hurtados, ni el artefacto explosivo mortal. Nadie duda de que el autor en un caso ha sustraído y en el otro ha matado. Él mismo ha ejecutado la actividad criminal por cuanto ha utilizado un instrumento [...] Sin tocar

2. De nuevo: intervención de la víctima (autolesión) e intervención del autor (mediato)

Anteriormente vimos que en la discusión entre la autoría mediata y la inmediata, parte de la doctrina distinguía una u otra forma de autoría atendiendo a cómo se había producido la lesión del bien jurídico en el caso concreto y, sobre todo, a si la víctima había intervenido o no en el suceso (86). Aunque dicha distinción, como se puso de relieve, carece, entre otros defectos, de la exactitud que debería tener, se puede resumir —de nuevo— como sigue: si la lesión se produjo porque el autor acerca o crea una «fuente de peligro» a la víctima sin intervención de ésta, como en el ejemplo de aquel que daña las vías por las que habrá de pasar un tren, se trataría de autoría inmediata; en cambio, si lo que hace el autor es instrumentalizar a la víctima de tal forma que sea ésta la que se «acerque» al peligro de una manera, digamos, participativa, por ejemplo, cuando la víctima bebe el café envenenado, estaríamos ante autoría mediata. Hernández Plasencia, si bien mediante una concepción ciertamente más elaborada (87), se suma en el fondo también a esta posición.

el botón de la batería eléctrica no se inicia la descarga eléctrica que finalmente conduce a la explosión de la bomba; sólo a la señal del amo cobra el perro la presa [...] Pues bien, allí donde el autor utiliza como instrumento a un hombre, él deja que su intención surta efecto como en el caso de los otros instrumentos [...] Él mismo sustrae cuando impone su voluntad al inimputable, al que yerra, al coaccionado, en el mismo momento en el que el intermediario actúa según su voluntad (la del hombre de atrás)».

(86) Cfr. *supra* III.

(87) Y así, para afirmar autoría mediata, no sólo será necesario que la víctima actúe, sino que dicha actuación no debe venir recogida en el tipo, ser siempre imprescindible para lesionar el bien jurídico, etc. (véase, *v. gr.*, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., pp. 92, 85 ss. y a continuación en el texto). HERNÁNDEZ PLASENCIA, a modo de resumen, señala (ídem, p. 121): «... debemos concluir que no toda instrumentalización es idónea —como hemos visto con la autoinstrumentalización, la fuerza irresistible o una instrumentalización prevista expresamente en el tipo— para la aparición de los casos de autoría mediata; sólo aquella que le otorgue el dominio del hecho cuando actúa el instrumento bajo la influencia directa o indirecta del sujeto de atrás. Esta influencia sobre el instrumento provoca que éste actúe en la forma querida por el sujeto de atrás y que el instrumento haya actuado de esa forma precisamente debido a la influencia que ha ejercido sobre él el sujeto de atrás».

A continuación —en el texto— se analizará críticamente el sistema propuesto por Hernández Plasencia. Sin embargo, respecto de los casos de fuerza irresistible, donde él entiende que no habría autoría mediata, se puede discrepar, con base en lo ya expuesto a lo largo de este trabajo: si —con Hernández Plasencia— sólo hay autoría mediata cuando «la instrumentalización [...] otorgue el dominio del hecho» al hombre de atrás, «cuando actúa el instrumento bajo la influencia directa o indirecta del sujeto de atrás», *v. gr.*, cuando el hombre de delante tiene capacidad de acción pero

Así, respecto del primero de los supuestos (falta de intervención de la víctima: autoría inmediata), Hernández Plasencia sostiene que si A obliga violentamente a B a soportar heladas, A será autor inmediato del delito correspondiente (lesiones, homicidio, etc.), pues «aunque (el sujeto) no controla el fenómeno natural en sí (las heladas), sí controla *directamente* que la acción del fenómeno natural recaiga sobre la víctima»; la inmediatez de su autoría se inferiría también de que «los fenómenos naturales no matan, ni ejecutan actos del delito de homicidio, sólo producen determinados resultados, que el Derecho no desvalora, porque no los prohíbe» (88).

Pues bien, sin querer dudar aquí de que en el caso señalado estamos ante autoría inmediata, lo cierto es que la argumentación empleada parece que puede predicarse igualmente de todos los instrumentos, es decir, no sólo de los no humanos —como Hernández Plasencia hace—, sino también de los humanos, lo cual demuestra de nuevo la uniformidad de todo tipo de instrumentos, con la consecuencia de la aquí sostenida absoluta equiparación normativa entre la autoría mediata y la inmediata. En efecto, como se ha dicho, en tanto una persona se encuentre instrumentalizada —o en la medida en que se encuentre instrumentalizada— (89) será también *un mero factor natural* —igual que las heladas—. Un inimputable, o una persona en error —en lo que atañe al error—, se puede equiparar a un fenómeno natural

actúa con un error, ¿cómo no habría de haber autoría mediata precisamente en los casos en donde el sujeto ni tan siquiera tiene capacidad de acción?, ¿es que allí no hay dominio del hecho ni el instrumento se encuentra (no actúa) bajo la influencia directa del hombre de atrás?; ¿por qué negar que el hombre de delante se encuentra bajo la influencia directa del sujeto de atrás cuando es empujado contra un escape? Con estas preguntas, más que querer nosotros cualificar estos supuestos como de autoría mediata, lo que se quiere resaltar es, nuevamente, que la autoría mediata y la inmediata en estos y en otros casos son imposibles de diferenciar, ya que son normativamente equivalentes.

(88) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 122 con nota 202 (sin cursiva en el original).

(89) Ya vimos *supra*, en una nota a pie de página, que el instrumento puede obrar en parte con sentido, pero si es instrumento, siempre habrá una parte de su obrar que no lo posea, precisamente la parte en la que se encuentra instrumentalizado. Así, como ya se dijo *supra*, el comportamiento del juez que dicta sentencia injusta en materia penal, engañado por una de las partes, es cierto que posee sentido en general, que su actuar no es equiparable al de un inimputable, pero no lo es menos que en la parte en la que él resulta instrumentalizado, en la parte en que yerra, no se comporta sino como si fuese naturaleza, sin sentido jurídico penal: si no fuese así, también en esa parte la sentencia sería irrevocable. Aun cuando el juez respondiese por una prevaricación imprudente (art. 447 CP), de todas formas, habría una parte de su comportamiento que no posee sentido. Cfr. al respecto JAKOBS, GA 1997, cit., pp. 560 s. y *passim*.

—a las heladas del ejemplo—: ellos tampoco «matan», ni «ejecutan actos del delito de homicidio», sino que «sólo producen determinados resultados», por parafrasear a Hernández Plascencia. Si se quiere negar este carácter de *mero factor natural*, entonces habrá que ser consecuente y, a la vez que se niega esta cualidad, habrá que imponer una pena —por el mismo delito y título que al hombre de atrás— al inimpunable o al que como simple eslabón causal obró con error (90).

También respecto del segundo de los supuestos antes mencionados, respecto de los casos en que la propia víctima «se acerca» al peligro a causa de un engaño, se ha manifestado Hernández Plascencia. Se trataría, como sabemos, de aquel caso en que la víctima bebe el café envenenado: puesto que «tomarse el veneno es más peligroso para el bien jurídico que colocarlo en la taza» (91), esto es, «lo importante y esencial es que el instrumento (la víctima) actúe» (92), habría *autoría mediata*. Tan sólo no habría autoría mediata cuando «desde un punto de vista ontológico» la actuación del pretendido instrumento *a)* aparezca «recogida específicamente en el tipo delictivo», o *b)* resulte «*siempre* imprescindible para que la acción del sujeto de atrás pueda lesionar típicamente el bien jurídico»; en otras palabras, cuando sea siempre condición del resultado. Por ello, no habría autoría mediata cuando la víctima lee la carta injuriosa, y no la habría tampoco cuando alguien espera a que llegue la víctima para dispararle: «[...] la lesividad de la acción del sujeto que dispara no se desprende de lo cerca que está la víctima del agresor, sino del disparo, y condición del tipo de homicidio en autoría directa no es que la víctima se encuentre cerca del homicida, sino que la acción de éste por sí sola produzca el resultado de muerte, según el curso causal que haya elegido». En general «si la acción del sujeto de atrás es inidónea por sí sola, haga lo que haga el instrumento [,] para producir la lesión del bien jurídico y a no ser que la actividad de la otra persona se halle contenida expresamente en el tipo, entonces habrá que acudir a la autoría mediata, pues el sujeto no habrá realizado por sí

(90) Esto chocaría contra nuestro principio de culpabilidad. Sí hubo, en cambio, sociedades que impusieron penas incluso a instrumentos inanimados, a partes de la naturaleza, etc.; cfr. al respecto: VON HENTIG, Hans, *Die Strafe*, tomo I: *Frühformen und Kulturgeschichtliche Zusammenhänge*, Berlín y otras, 1954, pp. 19 ss.; KELSEN, Hans, *Vergeltung und Kausalität, Eine soziologische Untersuchung*, Den Haag, 1941, § 15 s., 17 ss.

(91) HERNÁNDEZ PLASCENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 93.

(92) Aquí y en lo siguiente, HERNÁNDEZ PLASCENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 92, con nota 101.

mismo el tipo penal, no habrá matado directamente, sino a través de la actuación de otras personas» (93).

Pero, igual que anteriormente vimos que los criterios y presupuestos que según Hernández Plasencia conducían a afirmar autoría inmediata se cumplían, en realidad, también en casos en los que habitualmente se afirma autoría mediata, los criterios y presupuestos que se acaban de exponer y que –pretendidamente– conducen a autoría mediata, son igual de aplicables a lo que se supone que son excepciones y que por tanto deberían clasificarse como casos de autoría inmediata.

Así, según Hernández Plasencia, cuando la víctima lee la carta injuriosa estaríamos ante autoría inmediata. Sin embargo, en el delito de injurias, la actuación del instrumento ni «aparece específicamente recogida en el tipo», ni «siempre es imprescindible para que el sujeto de atrás pueda lesionar el bien jurídico». En las injurias verbales –sin mediar carta–, por ejemplo, esto no es así. Probablemente se arguya que, también en estas últimas, siempre sea necesario que *otra persona* lea, escuche (etc.) las expresiones injuriosas –la necesidad de la actuación de otra persona sí estaría por tanto incluida en el tipo– (94), pero esto sería a mi juicio tan poco convincente como argumentar –desde la teoría de la autoría mediata– que cuando se engaña a un inimputable para que se mate, no estamos ante un homicidio en autoría mediata, porque siempre es necesario que la víctima esté con vida y no se suicide antes del engaño –esto es, aquí también siempre sería necesaria «una actividad de la otra persona (el instrumento) que siempre está incluida en el tipo (no matarse antes, no dejarse morir de hambre, seguir viviendo, etc.)».

Tampoco el ejemplo del disparo, a mi juicio, puede convencer. En este caso, Hernández Plasencia sostiene autoría inmediata, lo cual parece plausible. Pero, según los presupuestos del propio Hernández Plasencia –en general, los presupuestos de la doctrina mayo-

(93) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 93.

(94) Por lo demás, si a lo que se refiere Hernández Plasencia con el ejemplo de las injurias es, en cambio, a que siempre cuando se trate de una carta injuriosa –¡en esta forma de comisión!– hace falta un sujeto de delante para leerla y, por tanto –al ser la actuación del instrumento *en ese caso* imprescindible– no habría autoría mediata, tampoco la habría –en contra de la opinión mayoritaria y, probablemente, de la del propio Hernández Plasencia– en el clásico supuesto de quien mata a su víctima engañando a un cazador (diciéndole que es un animal, etc.), pues aquí –¡en esta forma de comisión!– también siempre haría falta ese instrumento –el cazador que dispara–, igual que en el supuesto de la carta hace falta siempre como instrumento la propia víctima que lee la carta.

ritaria—, en este caso también sería perfectamente posible hablar de autoría mediata (95). En efecto, también en el caso del disparo la conducta de la víctima, su actuación, es «condición del resultado», «se encuentra dominada por el sujeto de atrás» y «no aparece específicamente recogida en el tipo», ni «resulta siempre imprescindible para la acción del sujeto de atrás» —lo que daría lugar a autoría mediata según Hernández Plasencia—. A nuestro entender, en contra de lo que cree Hernández Plasencia, si el hecho de que la víctima se acerque en este caso no fuese condición del resultado de muerte, entonces se podría afirmar el resultado de muerte sin que ésta se acerque o, *ad absurdum*, sin víctima. Además, la lesividad de un disparo parece que siempre depende de lo cerca que esté la víctima: un disparo con una escopeta a escasa distancia se encuentra jurídicamente desaprobado, si la distancia es mucho mayor, no dará lugar probablemente más que a una tentativa, y si la distancia es de varios cientos de kilómetros, dicho comportamiento —por no ser comunicativamente relevante— no alcanzará ni tan siquiera la calificación de tentativa, siendo, sin más, impune (tentativa irreal). En suma, si —con Hernández Plasencia— se sostiene que cuando «la acción del sujeto de atrás es inidónea por sí sola [...] para producir la lesión [...] y a no ser que la actividad de la otra persona se halle contenida expresamente en el tipo, entonces habrá [...] autoría mediata» (96), el caso del disparo también podría ser clasificado como un supuesto de autoría mediata: un disparo a una persona que, mediante engaño, no se ha acercado a la distancia de tiro del autor es, por sí, inidónea para producir el resultado de muerte y, por lo demás, la actividad de acercarse no se encuentra recogida en el tipo de homicidio (puede que sea el autor quien se acerque a la víctima).

No es necesario seguir discutiendo estos casos. Tampoco yo creo que merezca la pena calificar el supuesto del disparo u otros parecidos como de autoría mediata (97). Pero la discusión sí resulta válida

(95) Véase al respecto ya, *supra*, los puntos III y IV.

(96) HERNÁNDEZ PLASENCIA, como en la cita anterior, *La autoría mediata*, cit., p. 93.

(97) Ante opiniones parecidas a la expuesta —aunque no hayan ido tan lejos—, arguye Hernández Plasencia que la distinción entre autoría mediata e inmediata sería «de importancia capital, porque si no se vaciaría de contenido la autoría inmediata»; si se pudiese «llamar autor mediato al sujeto que únicamente se vale de las fuerzas de la naturaleza para cometer el delito», continúa, «entonces ¿a quién denomina(ríamos) autor directo?». Además, añade: «La preocupación por delimitar la autoría mediata de la inmediata es muy loable, pues demuestra la necesidad de esta figura dogmática y los límites de la autoría directa [...]». (HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 89).

y fructífera para demostrar, de nuevo, que los intentos de separación radical entre autoría mediata e inmediata están condenados al fracaso. Los mismos supuestos se pueden calificar, sin excesivas dificultades y sin forzar conceptos, ni definiciones, como de autoría mediata o inmediata, indistintamente. El propio Hernández Plasencia, a pesar de su rechazo a la igualdad normativa entre ambas formas de autoría, ha admitido *de facto* en otras partes de su profundo estudio, que dicha equivalencia existe, y que, para la solución de diversos problemas, no puede ser olvidada. Así, al comienzo de su monografía, señala que «la autoría mediata debe estar, al menos, en una relación de equivalencia valorativa con la ejecución de propia

A mi juicio, tales aserveraciones pueden ser rebatidas. Respecto de lo primero, lo dicho por Hernández Plasencia concierne en realidad tan sólo un problema terminológico, que no afecta en absoluto al transfondo de lo aquí defendido. No se trata de llamar autor mediato al «sujeto que únicamente se vale de fuerzas de la naturaleza», ni de vaciar de contenido la autoría inmediata, sino de poner de manifiesto, a la luz de estas comparaciones, la equivalencia normativa existente entre las dos formas de autoría. La cuestión terminológica, aunque, como tal, es *de todo punto contingente* e irrelevante, podría quedar a mi juicio –algún nombre hay que dar a las cosas– de la siguiente manera: puesto que el propio CP en el artículo 28 ha seguido –como residuo histórico que llega ahora al texto legal– la clasificación fenomenológica «por medio de otro del que se sirve como instrumento», no habría inconveniente en mantener la terminología actual, que divide la autoría en mediata e inmediata. Sin embargo, sería más consecuente con esta concepción naturalista, en su caso, hacer una distinción entre la autoría inmediata en la que el autor por su cercanía a la víctima haya quebrado el tabú naturalista de «las manos manchadas de sangre», por un lado, y, por otro, la autoría mediata con instrumento humano o no humano (instrumentos mecánicos, animales), en donde tal tabú no se habría quebrado. Sin lugar a dudas, la autoría inmediata resultaría entonces la excepción en la actual sociedad posindustrial. En realidad, como ya indiqué, la discusión no debería centrarse en la pareja «autoría mediata/autoría inmediata», o viceversa, sino en el par «supuestos de imputación/supuestos de no imputación». Sobre la terminología, cfr., también, WINTER, Ernst, *Die mittelbare Täterschaft – insbesondere eine systematische Behandlung der einzelnen Fälle*, tesis doctoral inédita, Münster, 1915, p. 13: «Correcto sería [...] en el supuesto de la denominada autoría inmediata, hablar de autoría con resultado delictivo inmediato, y en el supuesto de autoría mediata, hablar de autoría con resultado delictivo mediato».

Por último, creo que también se puede discrepar de la otra afirmación de Hernández Plasencia cuando sostiene que: «la preocupación por delimitar la autoría mediata de la inmediata es muy loable, pues demuestra la necesidad de esta figura dogmática y los límites de la autoría directa». Y es que la preocupación por delimitar la autoría mediata de la inmediata no demuestra obviamente la necesidad de la figura, sino que la presupone. Quien trata de delimitar dos conceptos no demuestra la necesidad de su existencia separada, sino que evidentemente *la presupone*, faltándole tan sólo fijar los límites exactos entre ambos. Delimitar no es sino señalar con precisión los límites entre dos cosas, cuya existencia separada, pues, se presupone.

mano» (98), y, por lo que se refiere a la cuestión de la ejecución del tipo, relativiza acertadamente la cuestión de la diferencia entre la autoría mediata y la inmediata para centrarse tan sólo en el dominio del hecho: «Las formas de autoría responderían a la idea del dominio de la ejecución del tipo, *con independencia de si el autor ejecuta o no por sí mismo el propio delito*. Lo esencial de la autoría radicaría pues, más que en ejecutar el hecho, en dominar su ejecución. Las formas de autoría y sus límites vendrían dados entonces por la forma de dominar el curso del acontecimiento típico» (99). Pero no sólo en estas cuestiones puntuales y quizá sacadas en parte de su contexto, existiría cierta sintonía entre lo aquí defendido y lo sostenido por Hernández Plasencia –quizás aún sin quererlo–, sino también en el tratamiento de cuestiones de mayor alcance. Veamos al menos dos de ellas a título de ejemplo.

En primer lugar, respecto del comienzo de la tentativa en la denominada autoría mediata (100), en donde aparentemente –según un sector de la doctrina– los criterios de decisión serían distintos y las dificultades mayores por tratarse de un instrumento humano (101), Hernández Plasencia ha señalado: «Debiéramos admitir, como premisa, que la tentativa debe comenzar para el autor mediato de igual forma [...] que para el autor directo, y, esto, no sólo porque *el Código Penal no establece un criterio diferente*, sino por razones de *justicia material*, pues *ambos son autores* e incurrir en la misma responsabilidad penal, con independencia de

(98) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 3, aunque puede que se esté refiriendo al mismo aspecto que vimos –y criticamos– *supra* en M.-K. MEYER, en el sentido de que la autoría mediata ha de ser equivalente a la inmediata, como la omisión a la acción. Cfr. también, PÉREZ ALONSO, *Coautoría y complicidad necesaria*, quien en numerosas ocasiones habla de que la autoría mediata «es una forma empírica de estructurar el comportamiento humano para la realización del hecho típico» (v. gr., pp. 170, 200, 202), y en las pp. 379 s. señala: «No cabe duda que esta fórmula legal (art. 28.1.º CP) también desempeña una *función ciertamente aclaratoria* sobre cuáles son las tres formas de autoría en sentido estricto, sobre todo en lo que se refiere a la autoría mediata [...]. De esta forma se disipa cualquier género de duda sobre la verdadera naturaleza de estas dos formas de intervención criminal como auténticas modalidades de autoría, evitando el riesgo de confusión con las formas de participación y, además, superando algunos recelos doctrinales que venían a considerar estas dos figuras como formas de extensión del concepto restrictivo de autor».

(99) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 4.

(100) Cfr. al respecto, por todos, MIR PUIG, PG, cit., 14/61 ss.

(101) En realidad, como se trata de demostrar, no hay dificultades que no puedan encontrarse en los casos de la denominada autoría directa.

cómo llegue a calificarse la forma de autoría para la realización del hecho» (102).

En segundo término, también la defensa que Hernández Plasencia hace de la posibilidad de autoría mediata en los delitos imprudentes, denota que en el fondo está equiparando autoría mediata e inmediata. Así, Hernández Plasencia y otros sectores doctrinales consideran que se ha de calificar como autoría mediata el hecho de una enfermera que, por equivocación, prepara un biberón con una sustancia tóxica, porque cuando ella se lo dio a la madre para que se lo suministrara a su recién nacido (103), la enfermera no produjo directamente la muerte del recién nacido, sino que la acción letal fue llevada a cabo directamente por la madre (104). En realidad, el argumento que se encuentra en la base de esta concepción, en contra quizá de lo que pretenden sus defensores, confirma nuevamente la aquí defendida equivalencia absoluta entre la autoría mediata y la inmediata. Uno de los autores en los que Hernández Plasencia apoya sus argumentos, Rodríguez Mourullo, ha ejemplificado la construcción de la autoría mediata imprudente de la mano de una sentencia del Tribunal Supremo en materia de delitos del tráfico rodado, tradicionalmente considerados de propia mano, con lo cual —aun sin quererlo— ha equiparado ambas formas de autoría precisamente allí donde la doctrina habitualmente la niega (105). La sen-

(102) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 105 (sin cursivas en el original).

(103) STS 18 de octubre de 1982.

(104) HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., p. 333: Como HERNÁNDEZ PLASENCIA; PÉREZ ALONSO, *Coautoría y complicidad necesaria*, cit., p. 406; COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho Penal, Parte General*, 5.ª ed., Valencia, 1999, p. 751; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito*, cit., p. 294; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La Autoría*, pp. 625 ss., adhiriéndose a la concepción de su maestro, Luzón Peña; LÓPEZ PEREGRÍN, M.ª del Carmen, *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997, nota 86 en pp. 405 s.; SAINZ CANTERO, PG, cit., p. 180; cfr. además CUERDA RIEZU, Antonio, «Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho penal español», *ADPCP*, 1992, pp. 491 ss. (pp. 500 s.). Véase también la STS de 5 de junio de 1957; más referencias a sentencias del Tribunal Supremo en JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, 1990, pp. 125 s. En contra, por todos, JAÉN VALLEJO, Manuel en: *Código Penal Comentado*, coord. por: Jacobo López Barja de Quiroga y Luis Rodríguez Ramos, Madrid, 1990, p. 119; GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, cit., p. 150; véase, también, desde la antigua teoría finalista de Welzel, BACIGALUPO, Enrique, *La noción de autor en el Código Penal*, Buenos Aires, 1965, pp. 43, 37 ss. Más referencias bibliográficas en CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, cit., nota 426 en pp. 349 s.

(105) RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1969, cit., pp. 477 ss., 485 ss.; el mismo, *Comentarios al Código Penal*, I, cit., pp. 817 ss.; siguiéndole, GONZÁLEZ RUS, *Auto-*

tencia (106) había condenado como autor de un delito de homicidio por imprudencia temeraria a un sujeto que daba instrucciones a un camionero para que en una operación de descarga fuera reculando con su vehículo, siguiendo el chófer puntualmente las órdenes, sin advertir ninguno de los dos que por detrás pasaba una persona que finalmente resultó aplastada contra un muro. Para Rodríguez Mourullo existiría entre el autor de la imprudencia y el chófer, puesto que este último –según los hechos probados– seguía «puntualmente las órdenes o instrucciones dadas», la típica relación «señor-instrumento» propia de la autoría mediata, por lo que fue autor del delito «a través de mano ajena». Rodríguez Mourullo olvida, pues, por un momento –por lo demás, correctamente–, que según la teoría general de la autoría mediata y la especial del delito de propia mano, autor de un delito en el tráfico rodado es tan sólo aquel que realmente conduce, «el conductor» (cfr. arts. 379 ss. CP). Esto es correcto y a mi entender se apoya, aun cuando Hernández Plasencia no argumente así, en la equiparación existente entre la autoría mediata y la inmediata (107).

IX. RESUMEN DE CONCLUSIONES

Resumiendo lo dicho, someto a discusión las siguientes tesis:

El tratamiento de la denominada autoría mediata por parte de la doctrina mayoritaria ha de ser replanteado desde una perspectiva puramente normativista, pues mediante dicha figura se intenta dar solución a una cuestión *jurídico-penal* y no a una meramente fenome-

ría, cit., pp. 114 s.; en contra –la sentencia del Tribunal Supremo sólo se referiría a un homicidio imprudente, y no a la actividad de la conducción– GÓMEZ PAVÓN, Pilar, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, 3.ª ed., Barcelona, 1998, pp. 169 s., así como las referencias bibliográficas en nota precedente.

(106) STS de 5 de junio de 1957.

(107) Un último apunte. Además de todo lo dicho, *no se exponen* por Hernández Plasencia, en definitiva, las *supuestas diferentes consecuencias* que resultarían de la clasificación de un supuesto como de autoría inmediata o como de autoría mediata, por lo que habrá que concluir que, aparte de las meramente expositivas a efectos didácticos, no habrá ninguna otra razón para diferenciar ambas formas de autoría –y, evidentemente, debido a meros motivos didácticos no se pueden extraer consecuencias dogmáticas, como es señalar especialidades para el comienzo de la tentativa en la denominada autoría mediata (a diferencia de en la inmediata), o como es negar la posibilidad de realización en autoría mediata de los llamados delitos de propia mano, etc.

nológica de las ciencias de la naturaleza. La nueva perspectiva a adoptar ha de nacer de una premisa básica, confirmada a lo largo de este trabajo: *la denominada autoría mediata y la autoría inmediata son absolutamente equivalentes en el plano normativo, punto de vista que es, lógicamente, el único que importa al Derecho penal*. Que ambas formas de autoría sean diferentes desde un punto de vista fenomenológico-natural, carece de trascendencia para nuestra ciencia.

Aunque siempre fue ésta una posición minoritaria entre la literatura científica y la jurisprudencia, de todas formas se han podido encontrar algunos ejemplos de voces que han defendido esta posición, si bien muchas de ellas lo hicieron de una forma más bien intuitiva y asistemática. Por lo demás, la tesis que acaba de ser mencionada se ha visto también corroborada tras una revisión crítica de los postulados contrarios a ella de dos importantes monografistas sobre el tema: M.-K. Meyer y José Ulises Hernández Plasencia.

El supuesto clásico en el que la tesis *supra* presentada resulta más claro –aunque hasta ahora esta consecuencia no hubiese sido extraída–, es el de la «autolesión» de la víctima: la víctima que bebe el café envenenado es instrumentalizada por el autor del delito, de tal forma que tanto una autoría mediata, como una inmediata, podrían ser afirmadas sin mayores problemas. Esta conclusión ha de ser generalizada: también la víctima que acude al lugar del asesinato es instrumentalizada –¿autoría mediata?– o el maquinista del tren que conduce la locomotora hasta el lugar preparado por un tercero para su descarrilamiento ha puesto una condición necesaria engañado por el hombre de atrás; de haber sabido la acción del tercero, no hubiera conducido la locomotora hasta el lugar del accidente. No se ha querido con estos y otros ejemplos realizar una extensión desmesuradamente amplia del ámbito de la autoría mediata, sino todo lo contrario: estamos ante una cuestión terminológica –la discusión resulta, en sí, estéril–, pues la autoría mediata y la inmediata son absolutamente intercambiables, en otras palabras, normativamente equivalentes. ¿Por qué habría que diferenciar entre un instrumento humano (que no persona) y otro que no lo es, si en su cualidad de instrumentos, ambos –el humano y el no humano– son exactamente iguales, y en el mismo momento en el que el instrumento humano dejase de ser simplemente objeto para convertirse en persona, dejaría de ser también instrumento? También se ha comprobado que desde la moderna dogmática de la denominada autoría mediata, basada en la autorresponsabilidad, las conclusiones a las que se llega han de ser siempre las mismas: la absoluta equiparación entre la autoría mediata y la inmediata.

se podría ser nunca considerado autor, ni siquiera, lógicamente, autor mediato: se caería en la paradoja de sostener que hay un delito, un autor y una víctima, pero que, en cambio, nadie ha *ejecutado* el delito cometido. Por contra, se ha de afirmar que la imputación al hombre de atrás se lleva a cabo, en definitiva, no por una ejecución ajena —la cual nunca puede tener sentido jurídico-penal por estar instrumentalizada—, sino por una ejecución propia, si bien a través de otro (un instrumento humano, no persona). En todo caso, la discusión sobre si el hombre de atrás ejecuta o, simplemente, realiza, es, de nuevo, una discusión meramente terminológica.

Por todo ello, y como corolario principal de las tesis expuestas, *se ha de replantear tanto la discusión en torno a la tentativa en la llamada autoría mediata, como el tratamiento de los denominados delitos de propia mano*. Hasta ahora, en ambos ámbitos se ofrecían soluciones particulares para la autoría mediata, que les diferenciaban de lo sostenido en la autoría inmediata. En el campo de la tentativa, se discute vivamente cuándo comienza la misma en los casos de autoría mediata, mientras que para los delitos de propia mano se afirma que en los mismos no puede haber imputación al que actuó por medio de otro. Demostrado, en cambio, que la autoría mediata y la inmediata son absolutamente equivalentes desde un punto de vista normativo, cualquier solución dogmática que quiera dar una respuesta diferente a ambas formas de autoría —en el ámbito de la tentativa, en el de los delitos de propia mano o en cualquier otro— debería ser, de seguirse las tesis presentadas en este trabajo, revisada.

