

DEUS PROVIDE ET PROVA

Revista

Enero 2012

29

TIRANT



tirant lo blanch

Revista Penal

Número 29

Sumario

Doctrina

– La regulación de los delitos informáticos en el Código Penal argentino, por <i>Gustavo A. Arocena</i>	5
– La “ineficacia” de la prueba ilícita en el proceso penal italiano: entre el principio de taxatividad y la ponderación de intereses, por <i>Carlotta Conti</i>	29
– La pequeña criminalidad insidiosa en las infracciones contra el patrimonio. Análisis de las últimas reformas penales, por <i>M^a José Cuenca García</i>	48
– Incertidumbres y callejones sin salida en la elaboración de la doctrina italiana en materia de dolo eventual, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	69
– Nuevas formas de criminalidad patrimonial a través de Internet, por <i>Fátima Flores Mendoza</i>	75
– ¿Existe el principio de <i>la ley especial deroga la ley general</i> en materia penal? La confusión de un sector de la doctrina penalista respecto del principio de especialidad, por <i>Pablo Hernández-Romo Valencia y José Luis González Cussac</i>	87
– Responsabilidad penal del asesor jurídico, por <i>Diego-Manuel Luzón Peña</i>	97
– El derecho en la guerra contra el terrorismo. El derecho de la guerra, el derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del derecho penal interno (“derecho penal del enemigo”), por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	115
– Un problema de técnica-legislativa: las cláusulas innominadas en la reforma del Derecho penal económico, por <i>Irene Navarro Frías</i>	127
– El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes, por <i>Luciana de Oliveira Monteiro</i>	145
– La teoría de los delitos de infracción de deber —Fundamentos y consecuencias— por <i>Raúl Pariona Arana</i> ..	167
– La voluntad del legislador penal: del texto refundido de Código penal de 1973 a la reforma de 2010, por <i>Luis Ramón Ruiz Rodríguez</i>	178
– Historia y Dogmática del Derecho penal fragmentario, por <i>Thomas Vormbaum</i>	203
Sistemas penales comparados: Delitos contra la seguridad en el tráfico rodado.....	223
Bibliografía: Notas bibliográficas sobre la tortura, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	265
In Memoriam: Hans Joachim Hirsch, por <i>Eduardo Demetrio Crespo</i>	272
Crónicas	
– El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional, por <i>Salvador Herencia Carrasco</i>	277
– Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana. Göttingen (Alemania) 5-16 de septiembre de 2011, por <i>John E. Zuluaga</i>	289
Noticias	294



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaime I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela).

Sistemas penales comparados

Georg Steinberg y Martina Kratz (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Alejandro Rodríguez Barilla (Guatemala)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Gastón Chaves Hontou (Uruguay)
Giuseppe Amara (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL:
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

El fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización en los delitos dolosos e imprudentes The basis of perpetration-by-means and the requirements of orchestrating in intentional and negligent crimes

Luciana de Oliveira Monteiro

Doctora en Derecho por la Universidad
Pablo de Olavide
luciana.lumonteiro@gmail.com

Revista Penal, n.º 29.— Enero 2012

RESUMEN: El presente artículo trata de algunos aspectos controvertidos de la autoría mediata, con el objetivo de configurar las bases que posibilitan su admisibilidad tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes. A estos efectos analizamos el ámbito de aplicación de la autoría mediata y lo que entendemos deben ser los requisitos de la instrumentalización que la caracteriza, de modo a que se pueda delimitar, a grandes rasgos, en qué casos el sujeto de atrás puede ser llevado al centro del proceso de imputación en calidad de autor.

PALABRAS-CLAVE: Autoría mediata, instrumentalización, delitos dolosos e imprudentes.

ABSTRACT: The present article focuses on some controversial aspects of perpetration-by-means, with the aim of setting up the bases to enable its admissibility, both in intentional and negligent crimes. To this end, we analyze the scope of application of perpetration-by-means, and what we understand should be the requirements of the orchestrating which characterizes it, in order to broadly define the cases where the person behind the scenes can be held as a perpetrator.

KEY WORDS: Perpetration-by-means, orchestrating, intentional and negligent crimes.

I. Introducción

En la autoría mediata el sujeto de atrás realiza el delito, responde por su propio injusto, aunque el hecho se lleve a cabo a través de otro. Éste es un punto de partida acerca del cual se aglutina un amplio consenso en la doctrina allí donde se acoja un sistema diferenciador restrictivo de autor con diferentes formas de autoría.

La admisibilidad de esta forma de autoría no significa, sin embargo, que se encuentren despejadas las dudas acerca de su fundamentación, requisitos y aplicabilidad tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes¹.

Tal como entendemos, las respuestas a estas cuestiones no deben ser contestadas *a priori*, desde el propio discurso de las teorías de la autoría y de la participa-

1 Ciertamente no tenemos la pretensión de realizar aquí un estudio en profundidad de estas cuestiones, sino poner de manifiesto algunas de las conclusiones a las que hemos llegado tras un largo período de investigación acerca de la autoría mediata. En efecto, el presente artículo recoge algunas de las cuestiones que hemos desarrollado en el trabajo de investigación llevado a cabo dentro del Programa de Doctorado "Problemas Actuales del Derecho Penal y del Criminología" del Depto. de Derecho Público de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, y que ha dado lugar a la defensa de la tesis doctoral titulada "La autoría mediata en los delitos imprudentes", dirigida por la Profa. Dra. Carmen López Peregrín.

ción, sin antes precisar las premisas metodológicas sobre las cuales se apoyan.

A estos efectos, de manera resumida y a modo de introducción, partimos de la base de que el injusto penal —ya sea doloso o imprudente—, en cuanto desvalor de acción y desvalor de resultado, tiene por fundamento la concepción de la norma penal como norma de determinación y de valoración². Asimismo adoptamos la concepción teleológico-funcional de sistema penal desarrollada por ROXIN, a partir de la cual se puede deducir que las respuestas jurídico-penales deben estar fundamentadas, más allá de la aprehensión de la realidad empírica y la finalidad humana, en preceptos normativos que tienen por base la comprensión valorativa de los hechos, con vistas a la finalidad del Derecho Penal, también orientada en valores³.

La construcción del sistema penal y, en consecuencia, de las categorías dogmáticas en estos moldes permite la permeabilidad del sistema al mundo del ser en la comprensión valorativa de los hechos. Ello resulta de vital importancia en el entendimiento y enjuiciamiento, no sólo del comportamiento doloso, sino también

de la imprudencia que, en cuanto categoría normativa, estructurada a partir del deber ser, se ve necesitada de un componente individualizador capaz de garantizar la inadmisibilidad de la responsabilidad objetiva.

Lo que implica partir de la concepción personal del injusto y adoptar, asimismo, tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes, criterios de imputación objetiva en la identificación de la conducta típica y en la imputación del resultado⁴.

Desde esta perspectiva también defendemos, por un lado, que el tipo objetivo es común tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes⁵ y, por otro lado, que el delito imprudente también está compuesto por un tipo subjetivo⁶. Lo que significa que habrá que constatar si hubo al menos conocimiento o cognoscibilidad de los factores de riesgo en la realización de la acción típica.

Con esta base, consideramos por su parte que las cuestiones relacionadas con la intervención en el delito —concretamente la adopción de un determinado sistema de autor, la ponderación de si se aplica o no el principio de accesoriedad de la participación, y la

2 Seguimos la postura defendida, entre otros, por LUZÓN PEÑA, Curso de Derecho Penal. Parte General I, Madrid, 1996, pp. 339-341; ROXIN, Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Fundamentos de la teoría del delito. Traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, 1997, pp. 320-325; MIR PUIG, Estado, pena y delito, Montevideo, 2006, pp. 291-300; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Derecho Penal: Parte General, 8ª ed., Valencia, 2010, pp. 57-65. Sobre las distintas concepciones de la norma penal a partir de las teorías de los fines de la pena véanse ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, en ADPCP, 1998, pp. 369 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pp. 291 y ss., 505 y ss.

3 La propuesta de ROXIN puede verse en Política criminal y sistema del Derecho Penal. Traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, 2ª ed., Buenos Aires, 2000, pp. 49 y ss.; el mismo, Derecho Penal, Parte General, cit., 1997, pp. 216-231; el mismo, La evolución de la Política criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal. Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, Valencia, 2000, pp. 44-45.

4 Un amplio sector de la doctrina está de acuerdo en que la teoría de la imputación objetiva y la utilización de criterios normativos de imputación tiene aplicación tanto en el seno de los delitos dolosos como en los delitos imprudentes, cfr., entre otros, ROXIN, *La problemática de la imputación objetiva*. Traducción de Enrique Casas Barquero, en CPC, 1989, pp. 752 y ss.; el mismo, Derecho Penal. Parte General, cit., 1997, p. 999; SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, en JAKOBS, La imputación objetiva en Derecho Penal, Madrid, 1996, p. 37; JAKOBS, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid 1997, pp. 384-385; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad en el delito, Valencia, 1997, pp. 182 y ss., 233 y ss.

5 A favor de que el tipo objetivo es común para los delitos que vienen tipificados en la forma dolosa e imprudente LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad, cit., 1997, p. 249, n. 38; QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT, Manual de Derecho Penal, 3ª ed., Navarra, 2002, pp. 268, 317, 353-355 (que ponen incluso de manifiesto que esta unidad puede ser vista como una de las consecuencias del sistema de incriminación cerrado de la imprudencia introducido a través del art. 12 CP 1995); ROMEO CASABONA, Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo, Granada, 2005, pp. 69-70.

6 Aquí no se trata de la subjetivización del tipo, ni del juicio de antijuridicidad en el sentido de indagar si el sujeto era o no capaz de cumplir con el deber de cuidado, sino de valorar si el sujeto tiene a su alcance los datos de la realidad que configuran la peligrosidad de su conducta, encontrándose, por tanto, en condiciones de actuar conforme a cuidado, sin entrar a analizar si se trata de o no de un sujeto capaz de actuar motivadamente. Este juicio se realizará siempre desde la perspectiva *ex ante* —desde la perspectiva del observador con todos los conocimientos que dispone el sujeto en concreto en el momento de la realización de la conducta— y en base a los datos de la realidad demostrables empíricamente; lo que permite deducir que también aquí estamos ante un juicio objetivo, acerca de elementos individualizadores de la conducta. El *aspecto individualizador* puede en estos términos ser referido como *tipo subjetivo* sin confundirse con los elementos de la culpabilidad, y sin que la utilización de una nomenclatura u otra contamine el significado que le otorgamos: se trata del mismo elemento de la conducta que consideramos necesario para caracterizarla con el adjetivo de imprudente.

consecuente elección del criterio de autor— también pueden ser tratadas de manera uniforme de modo que se apliquen tanto a los delitos dolosos como a los delitos imprudentes.

Sin la pretensión de profundizar en el análisis específico de cada una de estas cuestiones, entendemos que lo más adecuado es la adopción de un sistema diferenciador restrictivo de autor tanto para los delitos dolosos como para los delitos imprudentes⁷. Asimismo, entendemos que si los tipos que prevén la punibilidad de la realización imprudente de un determinado delito comparten el tipo objetivo con el delito doloso de referencia, se puede deducir que los delitos imprudentes admiten las mismas formas de autoría que los delitos dolosos, entre ellas, la autoría mediata. Y respecto del criterio de autor, defendemos que lo más apropiado es la adopción de uno de carácter mixto, capaz de incorporar las ventajas de las propuestas objetivo-materiales y normativas, abandonando, definitivamente, extremismos que imposibiliten el diálogo entre escuelas y teorías. A estos efectos, en nuestra opinión, se puede partir de la teoría del dominio objetivo y positivo del hecho, propuesto inicialmente por LUZÓN PEÑA⁸ y desarrollado por sus seguidores⁹, y enriquecerlo con otros elementos, como el aspecto subjetivo y normativo, de modo que se evite la caracterización fortuita

o accidental de la autoría, así como excesos de punibilidad, especialmente en el ámbito de la realización mediata de un delito¹⁰.

La realización mediata de un delito no se explica, sin embargo, de manera adecuada desde una determinada concepción de autoría. Sino que también es necesario fundamentar el vínculo que se establece entre el sujeto de atrás y el sujeto de delante, y definir los requisitos que caracterizan esta forma de autoría¹¹. A este respecto, y entrando ya en el objeto central de este trabajo, defendemos que la instrumentalización constituye el elemento fundamental en la caracterización de la autoría mediata, es decir, es lo que permite identificar al hombre de atrás como autor de su propio injusto y no como partícipe accesorio en el delito llevado a cabo por otra persona.

II. La fundamentación de la autoría mediata

La utilización de otra persona como instrumento para la realización de una conducta típica aparece como consecuencia de la posición preponderante en la determinación del hecho que ostenta el sujeto de atrás, y constituye el factor decisivo de que la conducta se ejecute por el que obra por delante. Esta relación de instrumentalización es, en efecto, lo que en nuestra opi-

7 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *El autor mediato en Derecho penal español*, en ADPCP, 1969, p. 480; el mismo, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, 1972, pp. 814 y ss.; MIR PUIG, *Adiciones de Derecho español al § 61*, en JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, v. 2. Traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 914-915; LUZÓN PEÑA, *Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales*, en RDCir, 1984, pp. 277-278; el mismo, *La «determinación objetiva del hecho». Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado*, en ADPCP, 1989, pp. 892-900; el mismo, *Curso*, cit., 1996, pp. 507-511; JORGE BARREIRO, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990, pp. 121 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, pp. 292-295; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1991, pp. 485 y ss., 691; GÓMEZ RIVERO, *La inducción, a cometer el delito*, Valencia 1995, pp. 343 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad*, cit., 1997, pp. 405-406, nota 86; PÉREZ MANZANO, *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1999, pp. 62 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes: requisitos y límites materiales*, Zaragoza, 1999, pp. 76-77; ROSO CAÑADILLAS, *Autoría y participación imprudente*, Granada, 2002, pp. 207-209, 308-311; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención delictiva e imprudencia*, Granada, 2004, pp. 27, 384-385; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de «la responsabilidad penal por el producto»*. *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, pp. 850-852; BENÍTEZ ORTÚZAR, *La participación en el delito imprudente en el Código Penal español de 1995*, Madrid, 2007, pp. 15, 56-57; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Parte General*, cit., 2010, pp. 434, 440-441. Y ello con independencia de que se diferencie el injusto doloso respecto del imprudente, lo que no constituiría un impedimento para defender un mismo concepto de autor para ambas categorías delictivas. Pues las diferencias existentes en el ámbito del tipo subjetivo no implican que los delitos dolosos e imprudentes no compartan un tipo objetivo común sobre el cual se configura el concepto de autor.

8 Cfr. LUZÓN PEÑA, RDCir, cit., 1984, pp. 277-278; el mismo, ADPCP, cit., 1989, pp. 892-900.

9 Entre los cuales merecen ser destacados DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, *La autoría*, cit., 1991, pp. 532 y ss.; LÓPEZ PEREGRÍN, *La complicidad*, cit., 1997, pp. 398 y ss.; y ROSO CAÑADILLAS, *Autoría*, cit., 2002, pp. 518 y ss.

10 Como hemos evidenciado cuando realizamos el análisis del criterio de autor más adecuado para diferenciar entre autores y partícipes, en el Cap. III, Segunda Parte, de la tesis doctoral *La autoría mediata en los delitos imprudentes*, 2010.

11 En este sentido también se manifiesta DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, *La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente*, en *Documentos penales y criminológicos*, 2001, pp. 30-31, que asimismo enfatiza la necesidad de diferenciar los supuestos de autoría mediata de los de participación mediata.

nión permite atribuir la responsabilidad como autor del suceso al sujeto de atrás. Dicho de otra forma, cabe la atribución de responsabilidad a título de autoría mediata siempre y cuando se pueda constatar que el sujeto de atrás ha realizado la conducta típica descrita en el tipo penal a través de una instrumentalización eficaz.

En este sentido, partimos de la base de que la instrumentalización representa en la práctica el fundamento que permite atribuir responsabilidad penal a título de autor al sujeto de atrás, y que justifica la admisibilidad de esta forma de autoría, lo que no significa, como veremos más adelante, que sea éste el único y exclusivo responsable por el suceso, pudiendo darse el caso de que el que obra por delante también responda por su propio injusto.

En este sentido, en la autoría mediata debe quedar claramente definida y caracterizada la instrumentalización como conducta del hombre de atrás que de esta forma —instrumentalizando— configura el hecho constitutivo

de un delito desde la perspectiva jurídico-penal siendo, por tanto, responsable por su propio injusto.

La doctrina, sin embargo, no se ha manifestado con uniformidad a este respecto. Es posible identificar dos sectores claramente distintos en la fundamentación de la autoría mediata: de un lado los que optan por dar prioridad al fundamento material de la actuación a través de otro a partir de actos de dominio, que pueden tener el respaldo normativo, aunque no es un requisito en todo caso imprescindible¹²; de otro lado, los que parten de un fundamento estrictamente normativo, en base al principio de responsabilidad¹³. Entre estos dos extremos, encontramos propuestas conciliadoras o mixtas que pretenden comunicar estas dos perspectivas en la fundamentación del fenómeno de la autoría mediata¹⁴.

Como hemos enunciado al principio, en nuestra opinión la instrumentalización constituye el elemento fundamental en la caracterización de la autoría mediata, es decir, es lo que permite identificar al hombre de atrás

12 El planteamiento de ROXIN sobre el dominio de la voluntad ha representado un antes y un después en la fundamentación de la autoría mediata (cfr. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal, traducción de la séptima edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 2000, pp. 166 y ss.). A través de su contribución se han dejado prácticamente todas las dudas acerca de la posibilidad de explicar la realización mediata de un delito con criterios tangibles, sin provocar incoherencias sistemáticas, cuyo mayor respaldo ha sido la extendida aplicación práctica de su propuesta a lo largo de los últimos 30 años en diversos rincones del mundo. El éxito de su aportación es, en este sentido, indiscutible, aunque se pueda disentir de los límites en los que la ha desarrollado (para los delitos dolosos de dominio) y también del alcance de los actos de dominio en la amplia casuística de la autoría mediata. Lo que incluso ha producido adaptaciones de su planteamiento en aspectos puntuales, como es el caso en la doctrina española de la propuesta de HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, Granada, 1996, pp. 126 y ss.

13 La aplicación del principio de responsabilidad en la fundamentación de la autoría mediata no es específica de un único sector doctrinal, ni de una determinada concepción del sistema de Derecho Penal. En realidad, la aplicación de este principio ha servido tanto como fundamento de segundo nivel para determinar, en el ámbito de las teorías de dominio, en qué casos se caracteriza la instrumentalización y, por tanto, la autoría mediata, y en qué casos se da la inducción, cuanto como fundamento normativo directo de la autoría mediata. En ambos sectores se puede observar como punto de contacto que la pretensión de fundamentar la autoría mediata en base al principio de responsabilidad, en líneas generales, supedita la caracterización del hombre de atrás como autor a la calificación jurídica del de delante como sujeto no responsable. El sector de la doctrina que en la actualidad defiende un fundamento estrictamente normativo para la autoría mediata parte de la comprensión funcional-normativista de la dogmática penal, según la cual el principio de autorresponsabilidad o de propia responsabilidad constituye la piedra angular para la fundamentación del reparto de responsabilidades entre autores y partícipes y, en consecuencia, también para la fundamentación de la autoría mediata. En este ámbito se encuentran las propuestas formuladas por JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, cit., 1997, pp. 763 y ss.; el mismo, *Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica*. Traducción de Bernardo Feijoo Sánchez, en FEIJOO SÁNCHEZ/CANCIO MELIÁ (eds.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Madrid, 2008, pp. 199-200; CANCIO MELIÁ, *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (imputación a la víctima)*, Bogotá, 1998, pp. 264 y ss.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica «trascendencia»*, en ADPCP, 1998, pp. 347 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, *Homicidio y lesiones imprudentes*, cit., 1999, pp. 114-117; ROBLES PLANAS, *Participación en el delito e imprudencia*, en RDPC, 2000, pp. 228, 242-251; SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención*, cit., 2004, pp. 112 y ss., 245 y ss.; y MARAVER GÓMEZ, *Concepto restrictivo de autor y principio de autorresponsabilidad*, en Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra, 2005, pp. 633 y ss.; el mismo, *El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Navarra, 2009, p. 261, n. 19.

14 Como es el caso de la postura de BOLEA BARDON que en *Autoría mediata en Derecho Penal*, Valencia, 2000, pp. 153-165, desarrolla la idea de dominio normativo del hecho como fundamento de la autoría mediata. En opinión de esta autora, no es necesario en la fundamentación de la autoría mediata que el instrumento sea un sujeto exento de responsabilidad, aunque puede darse el caso de que esta circunstancia exista, sino que en esta figura es necesario que el hombre de atrás sea el sujeto responsable por la creación, no control o aumento de un riesgo que representa la conducta del sujeto de delante que actúa, como consecuencia de la instrumentalización, sin autonomía.

como autor del hecho llevado a cabo a través de otro, y no como partícipe accesorio en la realización de un delito por otra persona. La explicación y delimitación de esta relación que se establece entre el sujeto de atrás y el sujeto de delante es lo que en nuestra opinión permitirá identificar al primero, desde la perspectiva jurídico-penal, como el sujeto que determina la realización del delito desde una posición preponderante. En este contexto, la idea de autonomía puede ser utilizada en la fundamentación de la autoría mediata, pero siempre y cuando se indique la acepción del término más adecuada a estos efectos.

La idea de autonomía propugna la visión del individuo ante el ordenamiento jurídico como sujeto libre y capaz de autodeterminarse en la vida de relación. Esta libertad de actuar permite al sujeto desarrollarse y organizarse en beneficio de sus intereses personales, pero se encuentra limitada cuando repercute en el ámbito de los intereses de otros individuos. El ordenamiento jurídico cumple, por tanto, en la vida de relación, la función de establecer las pautas del contacto pacífico entre individuos autónomos, en que la responsabilidad por lo organizado significa la contrapartida de la libertad previamente otorgada¹⁵. En este sentido la idea de autonomía recuerda la imagen del hombre racional que inspira todo el sistema normativo y hace legítima la exigibilidad de que los mandatos y prohibiciones inscritos en los preceptos normativos sean cumplidos.

La idea de autonomía, sin embargo, no es utilizada exclusivamente en este ámbito, porque también cobra sentido en la valoración del sujeto en relación a los demás, cuando interactúan en la vida de relación e incluso cuando intervienen en un mismo hecho delictivo. Al

menos en las discusiones filosóficas acerca de la autonomía, ya se planteaba esta acepción del término. En efecto, “(e)n la autodeterminación de Kant lo principal no es la autodeterminación, sino más bien la autodeterminación de la voluntad incondicionada y no mediada por interés alguno”¹⁶.

Y es justamente desde esta perspectiva desde la que la autonomía entra en consideración para la fundamentación de la autoría mediata. Es decir, para viabilizar la caracterización del sujeto de atrás como autor mediato, porque realiza un determinado hecho a través de la influencia decisiva que ejerce sobre el que actúa por delante, en la medida en que interfiere en su esfera de autonomía. Esta interferencia es determinante del actuar del sujeto de delante con algún tipo de déficit personal que repercute en la responsabilidad. Pero antes de entrar a valorar los efectos jurídico-penales de la instrumentalización, veamos con mayor detalle el sentido que otorgamos aquí a la idea de autonomía y su relevancia para el concepto de instrumentalización que fundamenta la autoría mediata.

El planteamiento filosófico de la autonomía privada o moral fue desarrollado en el seno de las teorías filosóficas del liberalismo político de la época de la ilustración, que reivindicaba la preeminencia valorativa de los intereses del individuo frente a los de la colectividad y a los del Estado¹⁷. En este contexto, la idea de autonomía viene aparejada a la concepción de libertad negativa, según la cual “todo individuo, en cuanto persona, posee un marco propio de libertad sobre el cual ni terceras personas ni el Estado pueden interferir, marco que termina donde comienza el marco de libertad de terceras personas”¹⁸.

15 Cfr. BALDÓ LAVILLA, Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad», Barcelona, 1994, pp. 49-50.

16 SIERRA/PALACIOS GARCÍA, La autonomía moral de Kant, Madrid, 2006, p. 202.

17 Cfr. ALCÁCER GUIRAO, ADPCP, cit., 1998, pp. 473-475; NINO, Fundamentos de Derecho Penal, Buenos Aires, 2007, pp. 25 y ss. No entraremos en el debate filosófico, tan sólo nos interesa indicar a qué nos referimos cuando hablamos de autonomía frente a los demás.

18 ALCÁCER GUIRAO, ADPCP, cit., 1998, p. 473. Aunque en la opinión de SIERRA/PALACIOS GARCÍA la concepción de autonomía es aún más restringida que la de libertad: “Por lo que hace a la relación existente entre las nociones de autonomía y libertad es de notar que, pese a lo que algunos textos de Kant parecen indicar, la primera no puede coincidir con la segunda cuando el sujeto de esas propiedades es una voluntad como la humana. La autonomía no estriba en la mera independencia respecto de la determinación por motores o resortes sensibles o empíricos, sino que su significado ha de ser más restringido: son autónomas no todas las acciones libres, sino sólo las que, además de ser libres, son desinteresadas y por ello poseen valor moral. Estamos ante autonomía no siempre que falte determinación empírica, sino sólo cuando no hay ninguna condición empírica: para que un acto posea autonomía y por ende valor moral no basta que los resortes empíricos no fueren a la acción, es preciso que ni siquiera actúen como motivos. Así, soy autónomo no siempre que actúo libremente, sino sólo cuando lo hago según una máxima que no hace referencia alguna a mis deseos sensibles y no tiene en cuenta a la hora de producir la acción cuáles sean las inclinaciones que en ese momento acierten a afectar al sujeto en cuestión” (La autonomía, cit., 2006, p. 526). Lo que significa que para SIERRA/PALACIOS GARCÍA la autonomía requiere estar libre de toda presión o influencia —libre de coerción, de errores, e incluso de las motivaciones o intereses personales y de los deseos (en este sentido también lo interpreta NINO, Fundamentos, cit., 2007, p. 26)—, significado que no es el adoptado en este trabajo.

De esta forma, la libertad negativa garantiza la existencia de un espacio privado o personal del individuo (espacio de autonomía privada o moral del individuo) para la libre organización de sus intereses¹⁹.

Justamente porque la autonomía privada del individuo es reconocida como una garantía individual frente a los demás y al Estado, la afectación de esta autonomía no puede quedar incólume²⁰. Y aunque este planteamiento filosófico normalmente haya sido utilizado para fundamentar el desvalor de ciertas conductas que luego son objeto de prohibición, pasando a integrar el rango de conducta ilícita, consideramos que la concepción de autonomía privada del individuo también puede ser tenida en cuenta en la específica (des)valoración de la influencia del sujeto de atrás sobre el sujeto de delante.

Es decir, partiendo de la idea de que la autonomía es una garantía individual, se puede deducir que la prohibición de la interferencia ajena en el ámbito de la autonomía privada se extiende a la prohibición de interferir para instrumentalizar, en la medida en que esta interferencia implique una merma de la libertad del individuo para perseguir sus propios fines. Con esto queremos decir que el punto de referencia en la valoración de la conducta del sujeto de atrás constituye precisamente el sentido negativo de su comportamiento, el instrumentalizar, de tal manera que los efectos de su actuación le conducen a la obligación de responder por las consecuencias negativas generadas, atendidos los criterios de imputación objetiva. Así, cuando la conducta del sujeto de atrás represente una interferencia en la esfera de autonomía privada del sujeto de delante, cuyos efectos negativos en éste puedan ser reconocidos desde baremos normativos de valoración, el primero será conducido al centro del proceso de imputación como autor mediato del hecho realizado por el segundo.

Esta acepción del principio de autonomía es la que consideramos, por lo tanto, adecuada a la valoración

de la relación que se establece entre sujeto de atrás e instrumento en la autoría mediata. Pero no es la única, pues la idea de autonomía privada se complementa con la de persona autónoma, individualmente considerada. Nos referimos al concepto de persona del liberalismo, basado en un individualismo normativo, “caracterizada, en términos generales, por la autonomía, por una capacidad racional y reflexiva respecto a lo que le rodea, y por una orientación hacia el propio interés en sus acciones”, según la cual “los sujetos que participan en el acuerdo se atribuyen mutuamente dos capacidades esenciales: lo racional, entendido como la capacidad de desarrollar, revisar y perseguir racionalmente su concepción sobre el bien, es decir, sobre las creencias y convicciones adquiridas; y lo razonable, entendido como la capacidad de reconocer y mantener términos equitativos de cooperación social y, por tanto, de comprometerse para el futuro respecto a lo decidido. El primer atributo expresa la reflexividad propia de sujetos autónomos y emancipados, capaces de someter a crítica los valores adquiridos en su desarrollo moral en sociedad; el segundo expresa la tendencia a la cooperación propia de quienes acceden a someter el conflicto de intereses inherente a la convivencia a la sanción de un acuerdo vinculante, condición que asegura la integridad del acuerdo tomado y confirma lo que las partes pueden confiar mutuamente en que se entenderán y actuarán conforme a los principios que finalmente hayan convenido”²¹. Se habla, en este contexto, de un concepto normativo de persona individualmente considerada, sobre cuya base se ha desarrollado el sinalagma autonomía como presupuesto de la responsabilidad penal²².

Como consecuencia lógica de estas acepciones complementarias del concepto de autonomía para la valoración jurídico-penal de las conductas, cabe especificar que cuando una persona no actúe en condiciones óptimas de autonomía tal como se acaba de describir

19 En este sentido, “el principio de autonomía privada o moral garantiza al individuo la libertad necesaria para perseguir sus propios fines y para desarrollar sus proyectos de vida moral sin intromisión ni imposición exterior, así como para disentir libremente de la moral dominante. Así, el liberalismo político asume el respeto a la orientación moral y a los planes de vida de cada individuo, e impone, por ello, a los poderes públicos una exigencia de neutralidad respecto de las convicciones morales y religiosas de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, el Estado no está legitimado para intervenir en la conformación de las convicciones morales de sus súbditos, fomentando una moral o una religión determinada, o imponiendo a todos los individuos las valoraciones morales de una mayoría” (ALCÁCER GUIRAO, ADPCP, cit., 1998, p. 474).

20 Cfr. NINO, Fundamentos, cit., 2007, pp. 32 y ss.

21 ALCÁCER GUIRAO, ADPCP, cit., 1998, pp. 480-481, refiriéndose a la concepción de persona de RAWLS que puede verse en la obra Teoría de la justicia, 1995, pp. 37 y 164.

22 Incluso desde el sector de la doctrina que parte de planteamientos funcional-normativistas es posible llegar a conclusiones similares, como es el caso de CANCIO MELIÁ, cuando analiza críticamente la construcción de ZACZYK (Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, Heidelberg, 1993, pp. 18 y ss.) sobre el principio de autorresponsabilidad y defiende que este principio

—porque, por ejemplo, se encontraba bajo el influjo de un error, en una situación de necesidad o de inexigibilidad, o con una significativa reducción de la capacidad de entendimiento o de actuar conforme a ello—, esto no siempre significa que, en este contexto de déficit cognitivo o de la capacidad racional y/o reflexiva, haya sido despojado de su autonomía privada. Es decir, no significa que otra persona haya interferido en su esfera de autonomía privada. Aunque en el caso inverso, cuando una persona interfiere en la esfera de autonomía privada de otro para instrumentalizarlo esto significa que, de surtir efecto la instrumentalización, la autonomía individual se ha visto afectada.

Vista aisladamente en relación a un sujeto individualmente, la autonomía dejará de existir cuando el sujeto ya no sea capaz de autodeterminarse, o cuando ya no se le pueda exigir que actúe de acuerdo con las normas, porque se encuentre en alguno de los supuestos de situación de necesidad en sentido amplio o, incluso, de miedo insuperable. En estas condiciones extremas, aunque pueda ser visto como autor material del hecho, no podrá ser llamado a responder como autor responsable por sus actos.

Más allá de esto, el ordenamiento jurídico español está abierto a la valoración de casos no tan extremos de ausencia de autonomía (individual), puesto que tam-

bién se compone de preceptos normativos que tienen en cuenta los errores y déficits personales que pueden limitar las capacidades del sujeto autónomo. Y esto como consecuencia de que la repercusión en la responsabilidad por como uno se comporta en la vida de relación (que se reconoce en los preceptos normativos que afectan a la valoración de la tipicidad, de la antijuridicidad o de la culpabilidad, sin eliminarlas por completo) es justamente el contrapunto de cómo puede verse afectado el individuo en determinadas circunstancias. En los casos en los que el sujeto actúe con algún déficit que conduzca a un menor desvalor de injusto o a un menor grado de reprochabilidad de su conducta se puede llegar a admitir que su autonomía individual se ha visto afectada por estos déficits, pero sólo desde la perspectiva individual.

Dicho esto, consideramos que la interferencia en la esfera de autonomía privada que produce una merma de la autonomía individual relevante desde la perspectiva jurídico-penal puede ser reconocida no sólo cuando conduce a una ausencia de responsabilidad jurídico-penal, en el sentido propuesto por los partidarios del principio de responsabilidad, sino que la interferencia que aquí defendemos como la imagen de la instrumentalización, que constituye los supuestos de autoría mediata, puede ser reconocida también cuando el sujeto

refleja por un lado la imagen del ser humano como sujeto autónomo y capaz de autodeterminarse y, por otro, que cada uno debe responder de sus propios actos, siendo así que en los casos de intervención de varios sujetos es necesario establecer las esferas de responsabilidad de acuerdo con el modo en que cada uno ha organizado su propio ámbito vital (cfr. CANCIO MELIÁ, La exclusión de la tipicidad, cit., 1998, pp. 265-277). Lo que en síntesis significa que en el término autorresponsabilidad se funden dos perspectivas: "la «autonomía» y la «responsabilidad» derivada de ésta" (CANCIO MELIÁ, La exclusión de la tipicidad, cit., 1998, p. 277). Estas deducciones encuentran, no obstante, un límite concreto en la medida en que se supeditan a las circunstancias del caso. Como reconoce CANCIO MELIÁ, "al delimitarse el principio de autorresponsabilidad como atribución de un ámbito de responsabilidad preferente al titular del bien queda ya claro que el rendimiento que de él puede obtenerse para la solución del problema dogmático es muy limitado [...] sobre todo, habrá de determinarse cuáles son las circunstancias concretas que permiten [...] atribuir la situación de riesgo al titular" (La exclusión de la tipicidad, cit., 1998, p. 279). Es decir, admitiendo como punto de partida la autonomía del sujeto en abstracto que conduce, en términos genéricos, a la asunción de la responsabilidad por los riesgos creados, habrá que constatar en el caso concreto si, en relación a los demás en un contexto dado, se dan los requisitos para la atribución de responsabilidad en estos términos. De esta forma, si debido a la intervención de otra persona no hay libertad, por concurrir defectos en el que actúa que repercuten en su responsabilidad, y/o si no hay organización consciente por concurrir defectos cognitivos, no se puede afirmar la autorresponsabilidad del que actúa en el caso concreto, de modo que lo organizado en el ámbito de responsabilidad preferente de este sujeto puede ser imputado al otro (cfr. CANCIO MELIÁ, La exclusión de la tipicidad, cit., 1998, pp. 347 y ss., cuando profundiza en los límites de la responsabilidad de la víctima respecto de los casos de instrumentalización por tercero). En este sentido, según deducimos de la postura de CANCIO MELIÁ, en la caracterización de la autoría mediata en base al principio de autorresponsabilidad habrá que partir de la delimitación de ámbitos de responsabilidad en abstracto para luego verificar si el sujeto ha actuado efectivamente con autonomía dentro de su ámbito de organización en relación a los demás, pudiendo ser responsabilizado por ello —actuación autorresponsable—, o si por el contrario ha existido instrumentalización y autor es sólo el hombre de atrás. Es decir, si el hombre de atrás ha intervenido en el ámbito de responsabilidad del que realiza el hecho, afectando su autonomía en la toma de decisiones o en la ejecución de lo decidido —debido a un déficit cognitivo o un defecto que afecte a la atribución de la responsabilidad—, la autoría del suceso pasa al ámbito de responsabilidad del hombre de atrás (por haber interferido en el ámbito de autonomía ajeno). Tiene razón CANCIO MELIÁ en este razonamiento en la medida en que establece la naturaleza de la relación entre el sujeto de delante y el hombre de atrás en la autoría mediata, aunque luego no aclare qué tipo de defecto o déficit en la actuación del sujeto de delante es suficiente para constatar que fue instrumentalizado y qué vínculo (directo o indirecto) debe establecerse entre los sujetos para atribuir la autoría mediata al hombre de atrás.

por ella afectado actúe con algún déficit que conduzca a un menor desvalor de injusto o a un menor grado de reprochabilidad de su conducta, contemplado normativamente.

No estamos, por tanto, de acuerdo con el argumento de que la libertad del ejecutor en la adopción de la resolución delictiva, como baremo delimitador de la inducción frente a la autoría mediata, está necesariamente vinculada a la responsabilidad criminal del que ejecuta. Ni consideramos correcto que en el caso de que el sujeto de delante posea una responsabilidad plena o atenuada, y no se cumplan los requisitos de la inducción, haya que recurrir a la coautoría o la autoría accesoria²³. En primer lugar porque la valoración de la conducta humana relevante a efectos penales que permite el legislador penal español no se ajusta a la dicotomía responsable-no responsable, sino que admite gradación tanto del injusto como de la culpabilidad. En segundo lugar, porque la única figura que acoge en su estructura típica la relación de sujeción o de preponderancia verticalizada es la autoría mediata —no así la coautoría ni, tampoco, la autoría accesoria— en cuyo ámbito, por tanto, deben estar contenidas todas las relaciones de instrumentalización que, como mínimo, puedan encontrarse reflejadas normativamente en algunas de las hipótesis de gradación de la responsabilidad en virtud de los déficits personales reconocidos por el ordenamiento jurídico.

La relación de instrumentalización que sirve de fundamento a la autoría mediata puede plasmarse, entonces, en la siguiente imagen: determinar a la ejecución de una conducta a un sujeto que actúa sin la plena posibilidad o sin la plena capacidad, en el momento de los hechos, de oponer resistencia a la capacidad de determinación que ostenta el sujeto de atrás. Y, según entendemos, sólo será coherente admitir, con referentes estables, que un sujeto actúe instrumentalizado cuando se encuentre en alguna de las circunstancias de déficit personal que el ordenamiento jurídico reconoce.

La imagen de la instrumentalización que consideramos adecuada necesita, por tanto, de un referente normativo estable y depende de cómo el ordenamiento jurídico valora los déficits personales porque la instru-

mentalización, al fin y al cabo, depende de cómo se ve afectado el sujeto de delante como consecuencia de la influencia ejercida por el sujeto de atrás.

Para ser autor el sujeto de atrás debe ocupar una posición preponderante en la realización de actos típicos. En la autoría mediata esto requiere la percepción de las circunstancias que permiten realizar objetivamente la conducta típica y la utilización voluntaria de ellas en la efectiva realización de la conducta, aunque el sujeto no elabore en el momento de su actuar un juicio acerca de la peligrosidad de su conducta. La conducta del autor se caracteriza entonces, y en un primer momento, como el actuar consciente y voluntario que determina objetivamente el curso de los acontecimientos (por oposición al supuesto de ausencia de acción), en que habrá, como mínimo, el acceso a los factores de riesgo (por oposición a la actuación fortuita o accidental)²⁴.

Esta posición preponderante en la determinación del suceso puede ser consecuencia de una intervención activa en la puesta en peligro o en la lesión del bien jurídico afectado, o de una posición normativa que ocupa el sujeto en un determinado contexto social y que le posibilita tomar las decisiones que afectan al bien jurídico, aunque en este último caso la posición normativa deberá corresponder en la práctica con una efectiva determinación objetivo-material del curso de los acontecimientos.

De ser así, en la autoría mediata el hombre de atrás debe ejercer un papel preponderante en la determinación del suceso a través de otro, aunque no sea consciente en el momento de los hechos de la peligrosidad de su actuar y de las consecuencias que pueda alcanzar. Este protagonismo que le permite decidir la realización del hecho, a pesar de no ejecutar de propia mano la conducta típica, haciéndole responsable por lo sucedido en categoría de autor, permitirá asimismo diferenciar la autoría mediata de la coautoría y de los actos de participación en la conducta de otro. Y ello en la medida en que su carácter de autor mediato esté fundamentado en la capacidad de decidir la realización del suceso, no por el estímulo a la ejecución del que obra por delante, tampoco por el apoyo o colaboración prestada a otro, sino por la capacidad de configurar el

23 Cfr., entre otros, OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, Madrid, 1999, pp. 574-575. En esta línea tampoco estamos de acuerdo con COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN en admitir que el empleo de violencia física o moral puedan ser vistos como un medio eficaz para inducir, es decir, para originar en otro la resolución delictiva (cfr. *Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Valencia, 1999, p. 758), pues en este caso no se podría decir que el autor ha actuado con autonomía en relación al sujeto de atrás.

24 En estos términos es posible, asimismo, identificar un supuesto de autoría mediata, diferenciando esta forma de autoría de una hipotética acción de participación mediata.

hecho a través de otra persona, que es utilizada como instrumento en sus manos.

En estos términos, la instrumentalización debe reflejar en la práctica el carácter preponderante del sujeto de atrás en la determinación del suceso, su autonomía en relación al instrumento, y constituye, según consideramos, la clave de esta forma de realización del hecho debiendo quedar configurada de modo que sea posible afirmar la responsabilidad del sujeto de atrás como autor²⁵.

Y como venimos indicando, no es determinante para fundamentar la autoría mediata la previa afirmación de la ausencia de responsabilidad del instrumento, aunque esta circunstancia pueda darse en mayor o menor medida dentro de la casuística de la autoría mediata.

En efecto, el carácter de autor del sujeto de atrás se debe a la gravedad de su propia forma de actuar, por el desvalor del injusto que supone poner en marcha un proceso lesivo o peligroso determinando a otro a que realice una conducta que luego resulta constitutiva de un delito. Lo que podrá caracterizarse incluso cuando el autor mediato no sea consciente del carácter lesivo o peligroso del hecho que determina, y a pesar de que el instrumento también pueda responder en alguna medida por el hecho realizado por determinación del sujeto de atrás.

Sin una posición de preponderancia, que se imponga a partir de la instrumentalización, y sin una clara determinación del instrumento a la realización de la conducta que genera un riesgo prohibido, no es posible seguir hablando de autoría mediata del sujeto de atrás. Esta relación de instrumentalización, vista desde la perspectiva del que sufre sus efectos, quedará plasmada en la siguiente imagen: haber sido determinado a la ejecución de una conducta, sin la posibilidad o sin la capacidad, en el momento de los hechos, de oponer resistencia a la capacidad de determinación que ostenta el sujeto de atrás, o sin que le sea plenamente exigible oponer resistencia a la determinación del sujeto de atrás. Y, según entendemos, sólo será coherente admitir, con referentes estables, que un sujeto actúe instrumentalizado cuando tal circunstancia se encuentre plasmada en algunos de

los casos en que el ordenamiento jurídico reconoce la relevancia de déficits personales.

III. **Ámbito de la autoría mediata**

Una vez que hemos manifestado nuestra postura en torno a la fundamentación de la autoría mediata, pasaremos al estudio de las cuestiones que, a partir del fundamento propuesto, afectan a la delimitación de su ámbito. Todo ello con el objetivo de establecer los requisitos de la instrumentalización que caracterizan esta forma de autoría, tanto en los delitos dolosos como en los delitos imprudentes.

1. **Sujetos: el número de intervinientes en la autoría mediata**

Generalmente la doctrina requiere en la autoría mediata al menos la presencia de dos personas —sujeto de atrás e instrumento— para caracterizar la realización a través de otro de la conducta que resulta lesiva o peligrosa²⁶.

La autoría mediata se articula sobre la base de que el sujeto de atrás con su sola intervención no puede o no desea realizar una determinada conducta y por ello recurre a un tercero que instrumentalizado actúa bajo su determinación y realiza el hecho. Como hemos indicado anteriormente, la acción del sujeto de atrás aparece en este contexto como la que de forma preponderante determina la realización del hecho ejecutado a través de otro —aunque no exista en el momento de la acción la conciencia de la peligrosidad de la conducta o del resultado que puede alcanzar—, y como tal dicho sujeto responde por su propio injusto.

En este sentido, es el sujeto de atrás quien determina, a través de la actuación del instrumento, la creación de un riesgo prohibido (ya sea de forma intencionada, o de manera imprudente con la violación de la norma de cuidado), por lo que, de generarse un resultado típico, será punible en concepto de autor por el delito consumado. La autoría mediata se explica, por tanto, para punir al sujeto de atrás que lesiona o pone en peligro un bien

25 Aunque en determinados casos la preponderancia del sujeto de atrás podrá presentarse ya caracterizada desde la perspectiva de la posición formal de competencia que éste ocupa en un determinado contexto de la vida de relación, organizado a partir del reparto de atribuciones y de responsabilidades que se rigen por el principio de confianza (como es el caso de la actividad médico-sanitaria, de la actividad empresarial, de las relaciones de trabajo dentro del sector de la construcción, etc.), de modo que sus decisiones sean acatadas por agentes intermedios sin la necesidad de incidir directamente sobre el que las lleva a cabo a través del empleo de coacción o engaño. Aquí el que obra por delante actúa igualmente en condición de instrumento cuando la realización del hecho atiende a este estricto esquema funcional, es decir, cuando cada interviniente actúa dentro de su ámbito de competencia y atribuciones, y el sujeto de delante no tiene razones ni posibilidad de cuestionar las órdenes recibidas, ni tampoco es de su incumbencia hacerlo.

26 Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., 1996, p. 88, y BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, cit., 2000, p. 145.

jurídico a través de otro, aunque pueda darse el caso de que el propio instrumento no quede exento de pena. La actuación del sujeto de atrás expresa en estos casos el mismo desvalor de acción y un injusto de gravedad similar a las demás formas de autoría, diferenciándose de la mera participación, a grandes rasgos, por la capacidad que tiene su actuación de determinar, a través de la merma de la autonomía de ejecución o decisión del que obra por delante, a que éste, actuando instrumentalizado, realice el hecho.

Con lo cual la autoría mediata se compone generalmente de tres momentos personificados en sujetos diferentes: sujeto de atrás, instrumento y, en su caso, víctima. En la doctrina, sin embargo, se observa una amplia y extendida aceptación de la autoría mediata cuando instrumento y víctima coinciden, es decir, cuando el sujeto de atrás instrumentaliza a la propia víctima para que ésta lleve a cabo la acción que en definitiva provoca el resultado típico de peligro o de lesión de sus bienes jurídicos²⁷.

La admisibilidad de la autoría mediata en estos casos se supedita a una clara diferenciación de ésta respecto de la autoría individual, especialmente en aquellos casos en que el tipo penal realizado por el autor requiere precisamente la participación de la víctima.

En efecto, para que la realización mediata se configure de esta forma hace falta, por lo menos, diferenciar los supuestos en que se instrumentaliza a la propia víctima, de aquéllos en los que el propio legislador describe como conducta típica la lesión del bien jurídico de la víctima a través de su participación directa²⁸. Así, por ejemplo, cuando la víctima realiza la entrega de sus bienes en un caso de estafa (art. 248.1 CP) no se tratará de un supuesto de autoría mediata con instrumento-víctima, sino de autoría directa del sujeto que induce a la víctima a un error de modo que ésta realice una disposición patrimonial. El engaño de la víctima constituye ya, desde el principio, la conducta típica y la realiza el estafador directamente, que en estas condiciones responde como autor inmediato²⁹.

Con esta aclaración, los casos de autoría mediata con instrumento-víctima normalmente quedarán conformados cuando el sujeto de atrás logra que la víctima realice de propia mano la conducta típica que resulta lesiva o peligrosa para sus propios bienes jurídicos —así por ejemplo en las lesiones—. En este sentido la autoría mediata queda caracterizada cuando, al menos, intervienen dos personas, pudiendo coincidir instrumento y víctima, excepto cuando desde el principio el tipo describe la conducta de instrumentalización³⁰.

27 Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros*, en ADPCP, 1987, pp. 454-462; HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., 1996, pp. 87-88. Claramente favorable a la caracterización de la autoría mediata cuando la víctima es instrumentalizada para realizar una conducta lesiva de sus propios bienes jurídicos, JAKOBS, *Derecho Penal, Parte General*, cit., 1997, pp. 769-770, 775-777, 780-782. Como máximo exponente de la autoría mediata, ROXIN (cfr. *Autoría y dominio del hecho*, cit., 2000, pp. 185-187, 263-264) también admite caracterizar la autoría mediata cuando instrumento y víctima coinciden. Para el análisis específico de los casos en que la víctima resulta instrumentalizada, véanse, principalmente, desde perspectivas metodológicas distintas, CANCIO MELIÁ, *La exclusión de la tipicidad*, cit., 1998, pp. 349 y ss.; y GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro de la vida y/o integridad física asumida voluntariamente por su titular*, Valencia, 1999, pp. 177 y ss., 256 y ss.

28 Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata*, cit., 1996, p. 92.

29 Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal: Parte Especial*, 18ª ed., Valencia, 2010, pp. 433-434. Lo que sucede de manera similar en la conducta descrita en el art. 311.1 CP 1995, que tipifica la imposición "mediante engaño o abuso de situación de necesidad" al trabajador de condiciones laborales que le perjudiquen (cfr. MUÑOZ CONDE, *Parte Especial*, cit., 2010, p. 355, según el cual cuando la imposición de condiciones laborales perjudiciales se lleva a cabo mediante engaño se produce el concurso ideal con el delito de estafa). En este sentido podemos deducir que el art. 311.1 CP 1995 describe ya en el tipo una conducta de instrumentalización que, de manera similar a la técnica del delito de estafa, constituye autoría directa. Para que existiera instrumentalización propiamente dicha, característica de un supuesto de autoría mediata, el estafador debería valerse de un instrumento para que éste indujera a la víctima a un error, y el empresario debería valerse de un instrumento para que éste engañase al trabajador para imponerle condiciones laborales que le perjudicasen.

30 Desde una perspectiva metodológica distinta, con la cual no estamos de acuerdo, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES considera que la diferenciación entre autoría inmediata y mediata es meramente terminológica y dogmáticamente innecesaria. Además defiende que lo relevante en este ámbito es decidir si el suceso se imputa o no al hombre de atrás y el fundamento de la imputación: "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" (ADPCP, cit., 1998, p. 333, cursivas en el original, y, concretamente en contra de la caracterización de la autoría mediata con instrumento-víctima, en pp. 353-358). Sin embargo, en el propio seno de las concepciones funcional-normativistas de la autoría entre las que se encuentra la propuesta de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, se han levantado voces favorables a la diferenciación, aunque meramente formal, entre autoría inmediata y mediata, como es el caso, entre otros, de SÁNCHEZ LÁZARO, *Intervención*, cit., 2004, pp. 242-245.

2. ¿Es posible configurar la autoría mediata a través de una autoinstrumentalización?

Se ha planteado en la doctrina, por un lado, la posibilidad de que el mismo sujeto personifique los tres momentos de la autoría mediata, en los supuestos en los que se pudiera afirmar que una persona se instrumentaliza a sí misma para cometer el delito. Nos referimos a la posibilidad de tratar los casos de la *actio libera in causa* (alic) dolosa o imprudente³¹ como un supuesto de autoría mediata³².

La similitud de la estructura de la alic y de la autoría mediata puede ser reconocida, en la línea de los argumentos de ALCÁCER GUIRAO, en la medida en que tanto en una como en otra pueden identificarse dos fases en la realización del hecho, con independencia de quién actúa fácticamente en cada fase: “una primera realizada en perfectas condiciones tanto cognoscitivas como volitivas de motivación, y una segunda fase realizada en un error cognitivo o sobre la base de un déficit volitivo o de motivación”³³. En la primera fase encontraríamos los elementos para la determinación

del hecho y en la segunda fase, los elementos que la caracterizan como realización del hecho bajo los efectos de la instrumentalización. Estos dos momentos, que normalmente se asientan en personas distintas en la autoría mediata, están personificados en la misma persona en el caso de la alic.

Cabe matizar, sin embargo, como advierte el propio ALCÁCER GUIRAO, que esa similitud no puede ser interpretada desde una perspectiva fáctica o fenomenológica, sino normativa, en el sentido de que entre ambas figuras se puede establecer “un paralelismo en las estructuras de imputación”³⁴. En el sentido de que en ambos supuestos el momento decisivo para la configuración del presupuesto de la imputación y la caracterización del autor se encuentra en la primera fase. Aún así cabe diferenciar que los casos de alic no constituyen un supuesto más de autoría mediata, sino que constituyen una forma de autoría directa (inmediata) porque en la alic no cabe hablar con propiedad de instrumentalización³⁵.

En efecto, no consideramos adecuado hablar de «autoinstrumentalización», ni tampoco caracterizar como

31 En sentido amplio la *actio libera in causa* (alic) puede ser definida “como el conjunto de situaciones en las que un sujeto lesiona (o intenta lesionar) a un bien jurídico en un estado o situación que impide la imputación de responsabilidad penal (en sentido amplio), pero habiendo provocado él mismo, dolosa o imprudentemente, ese estado defectuoso” (ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa* dolosa e imprudente. La estructura temporal de la responsabilidad penal, Barcelona, 2004, p. 21). A partir de una concepción amplia se ha incluido en el ámbito de la alic desde la provocación de una situación de ausencia de acción, pasando por la provocación de una situación de necesidad justificante que afecta a la antijuridicidad, hasta la provocación de defectos de motivación que afectan a la imputabilidad, como hace, entre otros, HERNÁNDEZ PLASENCIA, que se refiere a la alic en todos estos supuestos (cfr. La autoría mediata, cit., 1996, pp. 81-84). Sin embargo, aunque no haya obstáculos teóricos insalvables a la acomodación de todos estos casos de auto-provocación de exención de responsabilidad penal bajo la estructura de la alic, desde otro sector se defiende que no todos son susceptibles de una solución unitaria y por ello se opta por limitar el concepto de alic al ámbito de los casos de provocación de un estado de ausencia de acción y de provocación de un estado de inimputabilidad (cfr. ALONSO ÁLAMO, *La acción «libera in causa»*, en ADPCP, 1989, pp. 74-76; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, cit., 2004, pp. 22-23), en lo que estamos de acuerdo pues, según consideramos, resulta más adecuado diferenciar, al menos para una exposición más ordenada de los casos, los supuestos de *actio libera in causa* (alic) en sentido estricto de los casos de provocación de una situación de necesidad, que pueden ser tratados como *actio illicita in causa* (alic). Acerca de la posibilidad de caracterización de alic dolosa e imprudente durante la vigencia del CP 1973 *vid.*, entre otros, ALONSO ÁLAMO, ADPCP, cit., 1989, pp. 55 y ss. y durante la vigencia del actual CP 1995, entre otros, ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, cit., 2004, pp. 94 y ss., 164 y ss.

32 Cfr. JAKOBS, Derecho Penal, Parte General, cit., 1997, pp. 611-613 y 789. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN también hacen referencia a esta posibilidad en los casos en los que el sujeto se coloca en estado de trastorno mental transitorio o de intoxicación a propósito, para delinquir, en cuyo caso “el hecho cometido debe imputarse a título de dolo, ya que el propio sujeto se utiliza como instrumento de comisión del delito en verdadera autoría mediata de sí mismo; pero en la medida en que el hecho cometido sea distinto o más grave que el que el sujeto quería cometer, éste sólo se podrá imputar a título de imprudencia” (MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, Parte General, cit., 2010, pp. 375-376, cursivas en el original).

33 *Actio libera in causa*, cit., 2004, p. 109.

34 *Actio libera in causa*, cit., 2004, p. 108 (cursivas en el original). Sobre la base de la similitud normativa defiende la posibilidad de aplicar los mismos criterios de imputación para caracterizar la tentativa en la alic y en la autoría mediata (cfr. *Actio libera in causa*, cit., 2004, pp. 110 y ss.). Volveremos a esta cuestión más adelante, cuando tratemos de la delimitación del comienzo de la tentativa.

35 En nuestra doctrina HERNÁNDEZ PLASENCIA rechaza con razón la posibilidad de enmarcar la alic en el ámbito de la autoría mediata y considera que aquélla debe ser tratada como un supuesto de autoría directa, cfr. La autoría mediata, cit., 1996, pp. 83-84. En esta línea también se manifiestan BOLEA BARDON, Autoría mediata, cit., 2000, p. 145; DEMETRIO CRESPO, La tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa, Granada, 2003, pp. 133-134; ALCÁCER GUIRAO, *Actio libera in causa*, cit., 2004, pp. 105-106; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, La autoría mediata en aparatos

supuesto de autoría mediata el caso en que el sujeto se coloca a sí mismo en una situación de ausencia de acción o de inimputabilidad para realizar una conducta constitutiva de delito.

Y ello porque representa un contrasentido lógico, al menos desde nuestra perspectiva, afirmar que un individuo pueda someter su propia libertad de autodeterminación para la práctica de una determinada conducta, sin capacidad de oponer resistencia a sí mismo y a su propia determinación. Esta hipótesis se acerca más bien a una descripción de la escisión entre individuo y personalidad, como si la misma persona pudiera, de momento, dividirse en dos, y una de sus partes pudiera someter a la otra, determinándola a actuar. De modo que rechazamos utilizar en estos casos el término instrumentalización, así como también rehusamos caracterizar en ellos la autoría mediata. El sujeto punible, en base a la conducta precedente, deberá responder como autor directo.

Este mismo razonamiento podemos aplicarlo a los supuestos en que el sujeto provoca una situación de necesidad y, a consecuencia de ello, actúa lesionando otro bien jurídico para la salvaguarda de un interés propio o ajeno. Nos referimos al planteamiento de la *actio illicita in causa* (aiic)³⁶. Aquí, de la misma forma, rechazamos caracterizar como autoría mediata la conducta del sujeto que provoca una situación de necesidad y actúa, él mismo, para la salvaguarda de un interés propio o ajeno.

Con esta aclaración podemos concluir que la autoría mediata requiere al menos la intervención de dos personas: sujeto de atrás e instrumento, siendo así que estas dos posiciones no pueden coincidir en la misma persona —no tiene sentido, según entendemos, hablar de «autoinstrumentalización»—, aunque sí es posible caracterizar la autoría mediata cuando instrumento y víctima coinciden.

3. La cualidad humana del instrumento

Por otro lado, respecto del sujeto utilizado por el hombre de atrás, un significativo sector de la doctrina defiende que en la autoría mediata solamente una persona humana puede asumir la cualidad de instrumento, pues sólo la conducta de una persona tiene significado jurídico, y no la de un animal ni el mecanismo de un aparato mecánico³⁷.

El entendimiento de la *necesaria* cualidad humana del instrumento se puede deducir, asimismo, de la propia caracterización de la autoría mediata como forma de autoría. A este respecto, como pone de manifiesto BOLEA BARDON, “la palabra «instrumento», sin poseer un significado jurídico concreto, logra expresar de forma gráfica en qué se basa esta forma de autoría, pues refleja la idea de instrumentalización de una persona por otra”³⁸.

Remontándonos a los orígenes de la autoría mediata, la necesidad de reconocer el carácter de autor, que no de mero inductor, del hombre de atrás tenía por finalidad ampliar el concepto de autoría más allá de la ejecución de propia mano y, así, evitar lagunas de punibilidad, como consecuencia de la accesoriedad extrema o máxima de la participación, allí donde el ejecutor directo no fuera culpable³⁹. En su posterior desarrollo, la autoría mediata ha adquirido sustantividad propia para dar respuesta a los casos en que el sujeto de delante ya no podía ser visto como un autor autónomo inducido a la práctica de un delito, pues la influencia decisiva del hombre de atrás representaba una conducta cualitativamente distinta de la mera inducción.

En todo caso, lo que pretendemos evidenciar aquí es que la figura de la autoría mediata tiene lugar para explicar cuándo el hombre de atrás es autor pese a que otra persona haya intervenido de manera inmediata en la realización del delito⁴⁰. De esta forma, sólo tiene sen-

organizados de poder, Granada, 2006, pp. 50-51. Durante la vigencia del CP 1973, ALONSO ÁLAMO ya se había manifestado en contra de la equiparación entre dichas figuras apuntando sus diferencias (cfr. ADPCP, cit., 1989, pp. 64-65).

36 A este respecto véase LUZÓN PEÑA, *Actio illicita in causa* y provocación en las causas de justificación, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Libro homenaje a Claus Roxin, Barcelona, 1997, pp. 245-267.

37 Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP, cit., 1969, pp. 468-469; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, cit., 2000, p. 157; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, *La autoría mediata*, cit., 2006, pp. 42-44.

38 *Autoría mediata*, cit., 2000, p. 146.

39 Cfr. PEÑARANDA RAMOS, *La participación*, cit., 1990, pp. 253-258; ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, cit., 2000, pp. 165-166; BOLEA BARDON, *Autoría mediata*, cit., 2000, pp. 25-28.

40 A este respecto, hace mucho tiempo RODRÍGUEZ MOURULLO puso ya de manifiesto que la cualidad humana del instrumento está justificada, entre otros aspectos, porque pretende explicar la autoría del hombre de atrás pese a que la conducta del sujeto de delante pueda llegar a ser relevante desde el punto de vista jurídico-penal. En palabras del autor, el rechazo a la equiparación entre instrumento humano y no humano se justifica “por la decisiva razón de que la conducta del instrumento humano puede revestir en sí misma un significado jurídico-penal. El instrumento humano puede actuar de modo típicamente antijurídico, y es posible incluso que aparezca, a su vez, como autor criminalmente responsable” (ADPCP, cit., 1969, p. 468).

tido referirse a la autoría mediata como la realización de un delito a través de un instrumento humano, porque de lo que se trata, en definitiva, es de demostrar que se ha utilizado a una persona que, pese a su intervención directa en la ejecución del tipo, ya no puede ser considerada como un sujeto autónomo meramente inducido.

Además, la importancia de esta diferenciación se ha podido constatar no sólo para precisar cuándo el hombre de atrás es inductor o autor mediato y, en consecuencia, cuándo el sujeto de delante ha sido inducido o instrumentalizado para llevar a cabo un delito que afecta a los bienes jurídicos de un tercero, sino también para precisar cuándo una determinada conducta puede ser considerada como una autopuesta en peligro o una autolesión imputable a la víctima, por constituir una libre disposición de sus propios bienes jurídicos, y cuándo debe ser constitutiva de un delito imputable al hombre de atrás, que debe responder como autor mediato, porque ha instrumentalizado a la víctima.

La necesidad de aclaraciones de este tipo no significa que reivindicuemos en este trabajo un tratamiento distinto para la autoría mediata en relación a la autoría inmediata. Según consideramos no cabe la menor duda de que todas las formas de autoría son equivalentes desde el punto de vista normativo. De hecho no creo que, para el sector de la doctrina actual que es partidario de un sistema restrictivo de autor, existan dudas a este respecto, por mucho que algunos se manifiesten en sentido contrario⁴¹. Lo que sucede es que con esa petición de principio —la equivalencia normativa de las formas de autoría— no se explica gran cosa acerca de cómo se identifica al autor desde el punto de vista jurídico-penal en cada caso, diferenciando, en lo que

aquí nos interesa destacar, por ejemplo, cuándo el hombre de atrás actúa como inductor, o cuándo actúa como autor mediato.

Por último, respecto de los sujetos que intervienen en la autoría mediata, concretamente de la calidad de la conducta del instrumento para que pueda ser considerado como tal, se puede afirmar que la conducta que realiza el sujeto de delante debe estar revestida, como mínimo, del presupuesto característico del actuar humano: la voluntariedad. De lo contrario, es decir, en aquellos casos en los que otra persona es utilizada como si fuera un mero objeto, un impulso material o mecánico, quedará caracterizado un supuesto de autoría directa. Así, por ejemplo, cuando “A”, atado y sin la posibilidad de moverse, es arrojado por “B” sobre otra persona, “C”, que resulta lesionada, “B” debe responder en calidad de autor directo, en la medida en que la conducta de “A” no presenta siquiera el requisito mínimo de la voluntariedad. Con este requisito cobra asimismo sentido excluir del ámbito de la autoría mediata los supuestos de fuerza irresistible (*vis absoluta*)⁴².

En efecto, sin acción voluntaria no hay capacidad de acción por parte del sujeto de delante, que en estos casos es utilizado como si fuera mero objeto corpóreo sin vida, caracterizando la conducta del sujeto de atrás como de autoría directa.

IV. La realización del hecho a través de otro: los requisitos de la instrumentalización que caracterizan a la autoría mediata

Como hemos adelantado *supra*, la instrumentalización del que obra por delante es lo que permite al sujeto de atrás determinar la realización del hecho y lo que le

41 Nos referimos concretamente a algunas de las cuestiones planteadas por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (ADPCP, cit., 1998, pp. 331 y ss.) en la defensa de la equivalencia normativa entre autoría mediata y autoría inmediata. Como hemos indicado en el texto, no creemos que quepa la menor duda de que las formas de autoría son equivalentes en el plano normativo. El esfuerzo de la doctrina de especificar en cada caso cómo se caracteriza, por ejemplo, la coautoría o la autoría mediata, no tiene la intención de predicar formas de autoría valorativamente distintas, sino que atiende a la necesidad de identificar, allí donde sea necesario, el título de imputación por el que debe responder cada interviniente en el delito, como autor (en una de sus manifestaciones) o como partícipe. Y más todavía si así lo especifica el legislador. A mayor fundamentación, mayor rigor y seguridad jurídica en la toma de decisiones, cuestión sobre la cual consideramos que hay poco que discutir en sede de Derecho Penal. De ahí que no nos parezca oportuno ni real el debate sobre la equiparación normativa. Con esto, sin embargo, no queremos decir que la equiparación normativa exista a todos los efectos que predica SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES (ADPCP, cit., 1998, pp. 342-343), lo que le conduce a la reducción de la discusión respecto, por ejemplo, de la tentativa, y, entre otros aspectos, a considerar que es indiferente la cualidad humana o no del instrumento, con lo cual tampoco estamos de acuerdo. Críticamente también sobre la equiparación entre instrumento humano y no humano, FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, La autoría mediata, cit., 2006, pp. 43-44.

42 Cfr. HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata, cit., 1996, pp. 93-97. En este sentido COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho Penal, cit., 1999, p. 749; ROXIN, Autoría y dominio del hecho, cit., 2000, pp. 157-158; BOLEA BARDON, Autoría mediata, cit., 2000, pp. 115-116, 253; MIR PUIG, Derecho Penal: Parte general, 7ª ed., Barcelona, 2004, p. 380; STRANTENWERTH, Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible, Traducción de la 4ª ed. por Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Buenos Aires, 2005, p. 380; y FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, La autoría mediata, cit., 2006, pp. 52-53.

hace responsable del resultado producido en calidad de autor.

La relación de instrumentalización que se establece entre ambos sujetos (hombre de atrás y sujeto de delante) se manifiesta, por tanto, en un doble aspecto: en primer lugar, en cómo incide el hombre de atrás sobre el sujeto de delante para instrumentalizarlo y, como consecuencia de lo primero, en cómo resulta afectada la autonomía privada del sujeto de delante. Asimismo, según entendemos, sólo será coherente admitir con referentes estables que la instrumentalización ha sido eficaz y que, por tanto, un sujeto actúa instrumentalizado —como efecto tangible y verificable de la instrumentalización— cuando tal circunstancia se encuentre plasmada en alguno de los casos en que el ordenamiento jurídico reconoce la presencia de déficits personales.

La instrumentalización que caracteriza a la autoría mediata expresa en estos términos una actuación compleja que involucra necesariamente a dos sujetos. Lo que requiere por parte del observador externo, a la hora de decidir si estamos o no ante un supuesto de autoría mediata, valorar los dos aspectos de la instrumentalización que, vista globalmente, debe alcanzar a efectos prácticos un cierto grado de influencia sobre el instrumentalizado, reconocible normativamente, de modo que lo ejecutado pueda ser visto, preponderantemente, como obra del sujeto de atrás, diferenciable de otras formas de autoría y de la participación accesoría.

Ya sabemos que el instrumento, como mínimo, debe ser un sujeto con capacidad de acción, de modo que la influencia del hombre de atrás no debe llegar a afectar la voluntariedad de la conducta del que obra por delante. Pero esta influencia en la esfera de autonomía privada del que obra por delante debe condicionar su libertad de ejecución o de decisión en el caso concreto, en el sentido de que ya no puede ser vista como resultado de una decisión reflexiva libre de la interferencia ajena.

De esta forma, nos interesa aquí poner de manifiesto que para caracterizar la autoría mediata es necesario demostrar que la instrumentalización ha sido eficaz, y para ello no sólo es necesario que la conducta del hombre de atrás haya repercutido en la esfera de autonomía privada del sujeto de delante, sino también que el sujeto de delante haya efectivamente actuado en el sentido de lo determinado por el primero. En estos términos, será necesario averiguar en el caso concreto si la conducta llevada a cabo por el instrumento coincide

con la creación del riesgo prohibido determinada por el hombre de atrás, de manera que éste pueda ser imputado por el resultado típico, o si la conducta ejecutada corresponde a una reacción completamente distinta del sentido de la determinación, en cuyo caso saldríamos del ámbito de la autoría mediata. Como supuesto límite entre estos dos extremos estarán los casos de exceso del instrumento.

1. Cuándo se instrumentaliza: la influencia directa e indirecta sobre el instrumento

Se discute ampliamente en la doctrina el modo en que debe influir el sujeto de atrás sobre el de delante para hacer posible la instrumentalización, así como hasta qué punto es posible afirmar que el que ejecuta ha actuado instrumentalizado, en el sentido de qué efecto debe producir la actuación del hombre de atrás en el instrumento para que se identifique claramente que éste actuó en tales condiciones.

Respecto de la primera cuestión, HERNÁNDEZ PLASENCIA defiende que “(1)a actividad que convierte al sujeto de atrás en autor mediato de un delito, utilizando para ello a otra persona, puede tener lugar bien actuando directamente sobre ésta para que ejecute una determinada acción o bien ejerciendo una influencia indirecta, es decir, sobre la situación fáctica en la que actúa el instrumento”⁷⁴³.

La influencia directa del sujeto de atrás sobre el sujeto de delante, coaccionándolo o induciéndole a error, constituye el prototipo de la instrumentalización. Aquí queda claramente reflejada la imagen de la autoría mediata, en la medida en que la conducta del sujeto de atrás se dirige a incidir sobre el instrumento, para que éste sea el que lleve a cabo todos los actos de ejecución. En este sentido, tiene razón HERNÁNDEZ PLASENCIA cuando pone de manifiesto que en estos casos “la intervención del autor sobre el instrumento se encamina a determinar una concreta resolución de voluntad de éste, dirigiéndola hacia la realización del fin que pretende el autor mediato”⁷⁴⁴. En efecto, en la medida en que es el sujeto de atrás quien determina la realización del hecho con preponderancia sobre la decisión del que obra por delante, no cabe duda de que la intervención del autor repercute en la “resolución de voluntad” del instrumento, que se ve afectado en su libertad de ejecución o decisión.

43 La autoría mediata, cit., 1996, p. 118.

44 HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata, cit., 1996, p. 119.

Sin embargo, respecto de la influencia indirecta, se cuestiona si no se trataría en verdad de un supuesto de autoría directa, pues la conducta del sujeto de atrás en este ámbito consiste en la realización de actos ejecutivos en el sentido de la tentativa. Así, por ejemplo, cuando el sujeto de atrás instala una bomba en el coche de la víctima a la espera de que ésta gire la llave de contacto y provoque la detonación, o cuando mezcla veneno en el café molido, esperando a que la víctima lo prepare y se lo tome. En estos casos queda claro que el sujeto de atrás no ha determinado directamente al instrumento a que realizara una concreta conducta, pero tampoco plantea la menor duda que el hombre de atrás ha intervenido en la esfera de autonomía privada del sujeto de delante, modificando sustancialmente el entorno con el que éste normalmente interactúa, a la espera de que realice la conducta decisiva para la lesión de sus propios bienes jurídicos.

A primera vista puede parecer indiferente caracterizar estos supuestos como de autoría mediata o inmediata, o puede incluso parecer lo más adecuado enmarcarlos como auténticos supuestos de autoría directa, especialmente cuando en la instrumentalización indirecta el instrumento y la víctima coinciden⁴⁵. Y esto porque si el hombre de atrás ya realiza actos directos de ejecución en el sentido de la tentativa y se produce, como consecuencia, un resultado de lesión, ¿qué importancia puede tener para su consideración como autor el hecho de que la víctima realice también una parte de la conducta típica?

Según consideramos, existen al menos dos razones de peso para que en este ámbito se analice si la víctima ha resultado o no instrumentalizada y de esta forma decidir si se trata o no de un supuesto de autoría mediata:

por un lado, porque interesa saber si la conducta de la víctima corresponde o no a una autopuesta en peligro o a una autolesión que ha contado con la cooperación de un tercero. A este respecto basta con imaginar la hipótesis de que la víctima finalmente lesionada por la bomba instalada en su coche pretendiera, por ejemplo, cobrar un cuantioso seguro para saldar sus deudas y garantizar el sustento de su familia de por vida. Y por otro lado, porque, pese a la idoneidad de la conducta realizada por el sujeto de atrás a efectos de comienzo de la tentativa en los ejemplos que hemos utilizado, el resultado jamás podrá llegar a producirse si la instrumentalización indirecta no surte efecto y la víctima no actúa en detrimento de sus propios bienes jurídicos. Pues en estos casos la conducta llevada a cabo por el sujeto de atrás nunca llega a alcanzar el status de tentativa acabada, faltando para el advenimiento del suceso actos esenciales, sin los cuales el resultado jamás llegará a producirse. Como puede ser el caso cuando la víctima se perca del diferente olor del café a causa del veneno y lo tira a la basura sin llegar nunca a consumirlo, o si tras las inundaciones provocadas por una fuerte tromba de agua el coche resulta totalmente siniestrado y la víctima lo da por perdido sin volver a intentar utilizarlo.

De manera que, desde nuestro punto de vista, la autoría mediata puede quedar caracterizada en los supuestos de instrumentalización indirecta cuando el sujeto de atrás, sin realizar todos los actos de ejecución, incide sobre la situación fáctica en la que actúa el hombre de delante, dejando a cargo de éste último el acto ejecutivo definitivo para la consumación del hecho, incluso cuando coincide el instrumento con la propia víctima y su conducta resulta lesiva a sus propios bienes jurídicos⁴⁶.

45 Como es el caso de la postura de SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, ADPCP, cit., 1998, pp. 353-358.

46 En este sentido también se manifiesta HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata, cit., 1996, pp. 118-119. A este respecto JAKOBS pone de manifiesto que lo más común en la autoría mediata es que el hombre de atrás incida directamente sobre el instrumento, sin embargo admite, cuando se refiere a la tentativa en la autoría mediata, que el hombre de atrás influya sobre la situación (y no directamente sobre el instrumento), poniendo como ejemplo el caso de que “el autor instala una barrera en la carretera, contra lo que colisionará un conductor que no lo barrunta, de donde resultará su muerte” (Derecho Penal, Parte General, cit., 1997, p. 785). También BOLEA BARDON analiza esta cuestión, concretamente en el ejemplo planteado por SCHUMANN (Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, 1986, pp. 89-93) en el que un sujeto instala una carga explosiva en la vivienda de otro, esperando a que un tercero active el mecanismo detonante al encender la luz en una habitación. Así como también se refiere al caso de la bomba colocada en el coche de la víctima que explota cuando conecta la ignición del coche poniéndole en marcha: “La calificación de estos casos como autoría inmediata o mediata puede resultar discutible, especialmente, si se entra a examinar la cualidad del error (así, por ejemplo, el grado de inevitabilidad del error), pues la falta total de conocimiento en el sujeto podría llegar a cuestionar la existencia de una acción en sentido jurídico-penal. No obstante, al prever el legislador, junto a la autoría inmediata, la posibilidad de la realización «por medio de otro» (art. 28 CP y § 25 StGB), parece más conveniente incluir estos supuestos de ausencia de conocimiento en el instrumento en el apartado del precepto que se refiere expresamente a la autoría mediata” (BOLEA BARDON, Autoría mediata, cit., 2000, pp. 183-184). Y considera que la manipulación de la situación practicada por el hombre de atrás, que, sin incidir directamente en el ejecutor material, provoca que éste actúe en un contexto sin el conocimiento de la situación de riesgo, es suficiente para caracterizar la instrumentalización.

Ahora bien, una vez establecido que el hombre de atrás puede actuar tanto directamente sobre el instrumento, como indirectamente, sobre las circunstancias, corresponde ahora poner de manifiesto de qué forma logra el hombre de atrás instrumentalizar, es decir, en qué debe consistir la influencia del hombre de atrás sobre el sujeto de delante.

Desde la perspectiva defendida en este trabajo, el hombre de atrás instrumentaliza cuando a) provoca en el sujeto de delante un déficit personal y éste actúa, en virtud de esa circunstancia, en el sentido de lo que le es determinado, o b) se aprovecha del contexto de déficit personal en que ya se encuentra el sujeto de delante (que puede, incluso, haber sido provocado por una tercera persona) para, prevaliéndose de esta circunstancia, lograr que el sujeto de delante actúe en un determinado sentido⁴⁷.

La provocación de un déficit personal (supuesto a) podrá ser llevada a cabo, por un lado, a través de la incidencia directa sobre el instrumento, sumiéndole, por ejemplo, en un error o en una situación de estado de necesidad coactivo⁴⁸. Imaginemos el caso de que el hombre de atrás “A” amenaza directamente al sujeto de delante “H” con matar a su hijo “J” si “H” no propina una paliza a “W”, o el caso del hombre de atrás que engaña al instrumento sobre la peligrosidad de su conducta y le determina a realizar el transporte de un material explosivo por carretera sin medidas de seguridad.

Por otro lado, la provocación de un déficit personal podrá ser llevado a cabo a través de una incidencia indirecta, actuando el hombre de atrás sobre las circunstancias que rodean al instrumento y le conducen a reaccionar en el sentido pretendido por el primero, por ejemplo, cuando el hombre de atrás provoca un incendio e inserta intencionadamente a “A” en una situación de estado de necesidad, compeliéndole a quitar la vida de “B” para conseguir escapar del local en llamas a tiempo de salvarse, o cuando el hombre de atrás

introduce veneno en el café molido almacenado en el domicilio de “R” a la espera de que éste prepare, sin darse cuenta, café envenenado y lo sirva a “S”.

Por su parte, respecto del aprovechamiento del contexto de déficit personal en que ya se encuentra el sujeto de delante (supuesto b) como medio para instrumentalizar, es necesario llevar a cabo algunas precisiones.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, una de las acepciones del verbo aprovechar es “sacar provecho de algo o de alguien, generalmente con astucia o abuso”⁴⁹. Partiendo de esta concepción que denota la intencionalidad de la conducta, se puede deducir que el que se aprovecha de otra persona se encuentra en una posición de preponderancia o superioridad respecto de aquél de quien se saca provecho, haciéndolo de manera intencionada, de ahí el predicado “con astucia o abuso”. Significado que también se ajusta a los requisitos que consideramos necesarios para configurar la realización a través de otro, y que puede ser válido, por tanto, para caracterizar la autoría mediata cuando el hombre de atrás se aprovecha de la situación de estado de necesidad o del error en que el sujeto de delante se encuentra, para que éste ejecute la conducta en manos de aquél.

Así, imaginemos el caso del inmigrante “D” que, teniendo a su familia amenazada de muerte en su país de origen por una red de traficantes, tiene que mandar una determinada suma de dinero para pagar una supuesta deuda contraída con dichos traficantes, y que a sabiendas de esta circunstancia “E”, el jefe de “D”, le ofrece dinero suficiente para que éste pague la deuda y ponga a salvo a su familia a cambio de que “D” realice periódicamente el transporte de sustancias químicas peligrosas por carretera en un camión sin las medidas de seguridad adecuadas. En uno de los viajes se produce un derramamiento de la sustancia transportada y por su alto potencial corrosivo provoca daños materiales en dos vehículos y quemaduras graves en los pasajeros. En este caso, el hombre de atrás se aprovecha directamente de la situación de

47 Aunque cabe matizar que la instrumentalización puede, asimismo, atender a específicos requisitos cuando la relación entre sujeto de atrás y sujeto de delante se rige por el principio de confianza.

48 De acuerdo con BALDÓ LAVILLA, en una situación de coacción, entendida como un acto de violencia o de intimidación que proviene de otra persona (agresión ilegítima), se considera preferente el ejercicio por el coaccionado de la facultad de defensa, sin embargo, si esta facultad de salvaguarda contra el agresor “resulta *inviabile* o supone una *relevante minoración* de las posibilidades de salvaguarda, entonces cabrá emprender una acción de salvaguarda en *estado de necesidad agresivo*, siempre y cuando no exista otra posibilidad de salvaguarda menos lesiva” (Estado de necesidad y legítima defensa, 1994, p. 154, cursivas en el original). En este sentido, concurre una situación de estado de necesidad coactivo *stricto sensu* cuando, no siendo viable el ejercicio de la legítima defensa frente al sujeto autor de la agresión ilegítima, el sujeto víctima de la agresión emprende “una acción de salvaguarda lesiva de intereses de sujetos ajenos a la situación de coacción —facultad de estado de necesidad agresivo— como único recurso” (BALDÓ LAVILLA, Estado de necesidad y legítima defensa, cit., 1994, p. 155).

49 Real Academia Española, Diccionario de la lengua española.

necesidad en que se encuentra el sujeto de delante para instrumentalizarlo. O cuando la enfermera de turno “A”, responsable de organizar entre los auxiliares de enfermería “B” y “C” las tareas de reparto y suministro de la medicación de los pacientes ingresados en la planta de infecciosos de un hospital, observa que uno de ellos, “B”, se confunde en la selección de los fármacos que deben ser suministrados a un paciente en estado grave ubicado en zona de aislamiento, separando para éste los mismos medicamentos que estaban prescritos para los pacientes estables y ya fuera de riesgo ubicados en habitaciones compartidas. La enfermera de turno “A”, pese a haberse dado cuenta de lo que sucedía, y deseando que despidiesen a “B” por las reiteradas equivocaciones que cometía, no saca a “B” de su error y, además, le determina a que se encargue de suministrar la medicación al paciente en la zona de aislamiento, mientras “C” atiende a los demás pacientes estables y fuera de riesgo. A consecuencia del error de “B”, el paciente en estado grave empeora su estado de salud, entra en estado de coma y fallece pocos días después. En este caso se observa un evidente aprovechamiento del error de “B” por parte de la enfermera de turno “A”, que por este motivo debe ser responsabilizada en calidad de autora mediata, incluso cuando “B” pudiera haberse percatado de su error.

En este sentido, el aprovechamiento del déficit personal como medio para instrumentalizar se presenta a través de una relación directa en la cual el hombre de atrás incide, no sobre las circunstancias, sino sobre el sujeto de delante, determinándole a que actúe en un determinado sentido.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre en los casos de provocación, no cabe la posibilidad de caracterizar como conducta constitutiva de instrumentalización el mero aprovechamiento indirecto del déficit personal en que ya se encuentra el sujeto de delante, pues de lo contrario entrarían en el ámbito de la autoría mediata los supuestos en los que el sujeto de atrás queda tan sólo a la expectativa de que el sujeto de delante actúe, o tan sólo le presta colaboración, sin haber propiamente influido en su esfera de autonomía privada. Por ejemplo, cuando el sujeto de atrás sabe del error en que está sumido el sujeto de delante y le acerca el vaso de agua para que suministre a un tercero una sustancia venenosa en lugar del medicamento.

2. Cuándo se es instrumento: los efectos de la instrumentalización

Entrando ahora en la segunda cuestión planteada, acerca de la delimitación del déficit de libertad en el

instrumento, este tema representa hasta hoy un punto de desencuentro en la doctrina, concretamente respecto de los efectos que debe generar la actuación del hombre de atrás en la calificación de la conducta del que obra por delante para que sea posible afirmar que éste actuó instrumentalizado.

Ya hemos manifestado nuestro desacuerdo con la aplicación estricta del principio de responsabilidad, de modo que para ser instrumento no es necesario que el ejecutor sea en todo caso un sujeto irresponsable. Tampoco consideramos suficiente la mera constatación de una instrumentalización fáctica, sin un filtro normativo que preserve la estabilidad de las decisiones jurídicas. Con lo cual somos más bien partidarios de que la instrumentalización llevada a cabo por el sujeto de atrás —representativa de una interferencia en la esfera de autonomía privada del sujeto de delante— debe producir, en aquél que la sufre, que actúe en el sentido de lo determinado con una merma en su libertad de ejecución o de decisión reconocida normativamente.

De esta forma, en nuestra opinión, lo que hay que averiguar es si se ha producido o no una instrumentalización eficaz, que, como ya hemos indicado *supra*, vista desde la perspectiva del que sufre sus efectos, sucede cuando el sujeto de delante actúa sin la posibilidad o sin la capacidad, o sin que le sea plenamente exigible, en el momento de los hechos, oponer resistencia a la capacidad de determinación que ostenta el hombre de atrás. Y esta falta de capacidad o de posibilidad de oponer resistencia a la determinación del sujeto de atrás se da tanto en los casos en los que el sujeto de delante actúa para hacer frente a una situación de necesidad coactiva provocada o aprovechada por aquél, o en estas circunstancias reacciona por miedo, como en los casos en los que actúa en virtud de un desconocimiento de las circunstancias fácticas o del significado jurídico de la conducta que realiza provocado o aprovechado por el hombre de atrás.

Es decir, cuando la conducta material llevada a cabo por el sujeto de delante a) está motivada por la necesidad de emprender una acción de salvaguarda de un bien jurídico frente a una agresión, en cuyo caso, pese a la comprensión del desvalor de acción que realiza, no está en condiciones de oponer resistencia a la determinación del hombre de atrás, incluso cuando atiende a lo que éste le determina por miedo; o cuando su conducta b) se deba a una equivocada comprensión de los factores de riesgo o del significado jurídico del hecho que realiza, en cuyo caso el sujeto de delante atiende a lo que le determina el hombre de atrás porque desconoce la peligrosidad, el alcance o el verdadero sentido de la

conducta que lleva a cabo, pudiendo darse la posibilidad de que actúe no sólo sumido en un error, sino que el empleo del engaño por el hombre de atrás puede incluso dar lugar a que el de delante actúe, en algunos supuestos específicos, justificadamente.

En este contexto no basta, sin embargo, la mera alegación del sujeto de delante de que se ha visto compelido u obligado a actuar en virtud de la presión más o menos intensa del hombre de atrás. En nuestra opinión, la constatación de que hubo instrumentalización depende, tal como venimos indicando, de un baremo estable de valoración, concretamente de que la situación de necesidad coactiva o de desconocimiento o error, en cuanto déficit personal, esté normativamente reconocida en la medida en que afecta a la valoración jurídico-penal de la conducta, planteamiento que consideramos asimismo aplicable a los casos en los que el sujeto de delante es un menor de edad o una persona incapaz de culpabilidad.

En estos términos, la configuración de la autoría mediata no depende del carácter responsable o irresponsable del instrumento, sino de la influencia decisiva del hombre de atrás sobre el sujeto de delante a través de una instrumentalización eficaz, reconocida desde baremos normativos de valoración, que permitirá conducir el primero al centro del proceso de imputación como autor mediato del hecho realizado por el segundo, sin caer en divagaciones subjetivistas o en el arbitrio.

Cuando hacemos alusión al déficit personal en el contexto de la autoría mediata nos referimos, por tanto, a la disminución de las posibilidades del sujeto de delante de actuar con libertad de decisión o de ejecución dentro de su esfera de autonomía privada (libre de la interferencia ajena), lo que en el caso concreto correspondería a la menor capacidad de oponerse a la determinación del hombre de atrás. Este déficit podrá, entonces, ser constatado —para afirmar la instrumentalización— en base a los preceptos normativos que ya disciplinan excepciones a la responsabilidad «completa» en el Código penal, por ejemplo la regulación del error, las normas permisivas que regulan las causas de justificación, las causas de exculpación, las eximentes incompletas, etc.

En efecto, el legislador en muchos momentos se refiere a los déficits personales que tienen relevancia a la hora de sopesar el desvalor del injusto, ajustando la conducta a un determinado tipo, así como en el momento de medición de la pena. En estos términos, allí donde el legislador tiene en cuenta la relevancia del error y reconoce, por ejemplo, un menor desvalor de injusto para cambiar la tipificación (de dolosa a im-

prudente), o cuando tiene en cuenta la existencia de conflictos individuales y establece reglas permisivas, como las causas de justificación, o la inexigibilidad de actuar en determinados casos conforme a Derecho, para eliminar la culpabilidad, o hasta cuando tiene en consideración la intensidad de la presión de factores externos sobre la motivación individual, para atenuar la pena, etc., cada una de estas situaciones representa la posibilidad de valorar el contexto particular en que se realiza la conducta, evitando que el sujeto en cuestión llegue a ser castigado o reciba un castigo excesivo. Pues, aunque se realice el tipo objetivo, puede que falten otros elementos que autoricen a hablar de responsabilidad «completa».

Estos déficits que condicionan la forma de actuar de una persona pueden ser utilizados por el sujeto de atrás y, aunque el sujeto de delante no quede exento de responsabilidad, puede que en algunos casos sea factible caracterizar la autoría mediata del sujeto de atrás, sin perjuicio de la autoría del sujeto de delante. Y ello será así cuando la realización del hecho en su concreta configuración se deba, no a un error propio o a una reacción inesperada de un sujeto que actúa libre de la interferencia ajena, sino a la determinación decisiva del sujeto de atrás.

De manera que si el sujeto de atrás actúa consciente de su capacidad de determinar de manera decisiva a otro a la realización de una conducta, consideramos que basta con que se caracterice, como consecuencia (como sucede en la provocación) o como condición (como sucede en el aprovechamiento) de su influencia sobre el instrumento, una hipótesis de déficit personal reconocida en el Código penal, capaz de provocar una modificación en la estructura del delito que éste ejecuta: actuar bajo error vencible o invencible; actuar bajo una de las circunstancias que caracterizan las causas de exención de la responsabilidad completas o incompletas; incluso cuando la actuación del hombre de atrás sobre el que ejecuta sea tan sólo determinante de una modificación de la gravedad del injusto.

De manera esquemática, consideramos que puede haber instrumentalización eficaz cuando el sujeto de delante —en virtud de la influencia decisiva del sujeto de atrás— actúe: a) de forma atípica (error de tipo invencible y por falta de un elemento subjetivo del injusto); b) de forma imprudente, bajo error de tipo vencible; c) de forma típica, pero justificada (en estado de necesidad, por legítima defensa, y en los casos justificados por el cumplimiento del deber o el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo) pudiendo también admitirse cuando está parcialmente justificada

(cuando es aplicable la exigente incompleta de justificación); d) de forma típica y antijurídica, pero no culpable (bajo error de prohibición invencible o en una situación de inexigibilidad por miedo insuperable); e) de forma típica, antijurídica y culpable, con culpabilidad atenuada (error de prohibición vencible y exigente de culpabilidad incompleta); f) con plena responsabilidad, realizando un injusto de distinta gravedad; g) pudiendo asimismo darse el caso de la instrumentalización de menores de edad y de inimputables.

En todos estos casos —que desde nuestra perspectiva deben ser analizados y sistematizados prioritariamente en función de los efectos de la instrumentalización en el sujeto de delante—, el aspecto decisivo para caracterizar la autoría mediata consiste en que la configuración del hecho tal como sucedió se debe a la determinación del sujeto de atrás.

3. El desconocimiento y la suposición errónea de los requisitos de la instrumentalización

Para que quede caracterizada la instrumentalización que da lugar a la caracterización de la autoría mediata, el sujeto de atrás debe ser consciente de su posición de preponderancia y debe valerse de esta circunstancia para determinar el hecho al sujeto que obra por delante, aunque luego no se peca de los riesgos que conlleva la conducta⁵⁰. Todo ello para que se establezca una relación de instrumentalización determinante para la ejecución de la conducta por el sujeto de delante. Si el sujeto de atrás no es consciente de su posición de preponderancia y no actúa en este sentido, ¿cómo puede esperar que el que obra por delante realice una conduc-

ta bajo su determinación? Sin este requisito, tal como lo entendemos, la autoría mediata quedaría caracterizada como autoría accidental o fortuita, posibilidad que rechazamos.

Asimismo, no nos parece posible caracterizar la autoría mediata sin que la instrumentalización sea efectiva y el sujeto de delante actúe en virtud de la influencia del sujeto de atrás sobre la esfera de autonomía privada de aquél.

Con lo cual tanto en los supuestos de desconocimiento del sujeto de atrás —no sabe de su posición de preponderancia ni actúa de forma consciente en este sentido—, como en los de suposición errónea de su posición de preponderancia —piensa estar en condiciones de instrumentalizar, aunque su conducta realmente no ejerce influencia sobre el que ejecuta— no se caracteriza la autoría mediata⁵¹.

Por último, tampoco consideramos autoría mediata los supuestos en los que el hombre de atrás realiza una mera sugerencia o comentario que el sujeto de delante ejecuta, tomándolo en serio, por tratarse de un sujeto susceptible y ligero de inteligencia. En efecto, sin que se demuestre, respecto de la conducta del hombre de atrás, la idoneidad *ex ante* de la instrumentalización y una clara determinación a que el sujeto de delante actúe, no queda configurada la autoría mediata.

Lo que, al fin y al cabo, pretendemos hacer ver es que la instrumentalización a efectos de caracterizar la autoría mediata debe ser siempre consciente e intencionada, en el sentido de que el hombre de atrás es consciente de su posición de preponderancia y de que sabe que utiliza a otra persona para que se lleve a cabo una determinada conducta⁵². No consideramos admisible, por tanto,

50 En este sentido nos acercamos a la postura de ROXIN sobre la inviabilidad de caracterizar la autoría mediata en supuestos de desconocimiento y de suposición errónea del sujeto de atrás acerca de las circunstancias fundamentadoras del dominio del hecho (cfr. Autoría y dominio del hecho, cit., 2000, p. 291), aunque no limitamos la posibilidad de caracterizar la autoría mediata a los delitos dolosos.

51 Incluso en los casos en los que el sujeto de atrás desde un principio ocupa una posición formal de preponderancia (en base a la función que desempeña en el ámbito del trabajo organizado que se rige por el reparto de responsabilidades y el principio de confianza) y cree determinar en base a ello la realización del hecho a un tercero subordinado, si éste, en realidad, asiente en la práctica de la conducta y actúa conociendo el significado de su actuar (lo haría de todas formas), tampoco queda caracterizada la autoría mediata. Lo que sucede en este caso es que se produce una coincidencia entre la decisión libre del que ejecuta y la orden del sujeto de atrás. El que ejecuta será responsable como autor directo y el sujeto de atrás como participe si su conducta se ajusta a alguna de las modalidades de intervención accesoria, pudiendo darse el caso de que éste deba responder por la omisión del deber de impedir delitos (art. 450 CP 1995) o, incluso, de que deba responder como autor directo si se demuestra que existen motivos para atribuirle la responsabilidad en comisión por omisión, en función de la existencia de deberes de garantía previamente fundamentados y de la omisión en el momento de los hechos de las acciones de protección o aseguramiento que se había comprometido a cumplir.

52 Este entendimiento de la instrumentalización no significa, sin embargo, que en todo caso el sujeto de atrás deba actuar para lograr una posición de preponderancia, pues en muchos casos éste parte desde un principio de una posición de mando o control, en el marco del trabajo organizado, que le permite determinar al sujeto de delante a que ejecute una determinada conducta. En este ámbito concreto la instrumentalización a través del error podrá en algunos supuestos presentar requisitos específicos que no serán analizados aquí.

ni siquiera una instrumentalización *por* imprudencia. De manera que las dudas que pueda tener el hombre de atrás acerca de la virtualidad de su propia conducta sobre un tercero no serán suficientes para configurar la autoría mediata, incluso cuando el sujeto de delante actúe sintiéndose influenciado por cómo haya actuado el primero. En este caso el hombre de atrás podrá responder en calidad de partícipe si se cumplen los requisitos, excepto si se demuestra que existen motivos para atribuirle la responsabilidad a título de autor directo en comisión por omisión, en función de la existencia de deberes de garantía previamente fundamentados y de la omisión en el momento de los hechos de las acciones de protección o aseguramiento que se había comprometido a cumplir.

En estos términos, la relación existente entre sujeto de atrás y sujeto de delante es de subordinación y expresa una actuación compleja, que involucra necesariamente a dos sujetos, lo que requiere por parte del observador externo, a la hora de decidir si estamos o no ante un supuesto de autoría mediata, valorar, al menos, dos factores: en primer lugar, si el sujeto de atrás desde la perspectiva *ex ante* era consciente de su posición preponderante y actuó voluntariamente aprovechándose de ello, es decir, si la actuación del sujeto de atrás era *ex ante* idónea para instrumentalizar, y, en segundo lugar, si desde la perspectiva *ex post* el sujeto de delante efectivamente actuó en el sentido de lo determinado, bajo los efectos de la instrumentalización.

Dicha relación se manifiesta, como venimos indicando, en un doble aspecto: en primer lugar, en cómo incide el sujeto de atrás sobre el sujeto de delante para instrumentalizarlo y, como consecuencia de lo primero, en cómo resulta afectada la autonomía privada del sujeto de delante.

De esta forma pretendemos evitar dos posibles valoraciones injustas, que asimismo evidencian las diferencias entre la autoría mediata y otras formas de intervención en el delito.

En efecto, por un lado, pretendemos evitar que se caracterice la autoría mediata de manera fortuita o accidental cuando, a) en el momento de la actuación del sujeto de atrás, situándose el observador objetivo en su lugar desde la perspectiva *ex ante*, no le fuera cognoscible la posición de preponderancia en que se encontraba en relación al sujeto de delante. Por ejemplo, cuando no era previsible que el sujeto de delante fuera un inimputable, o cuando en la incitación a la práctica de una conducta arriesgada el sujeto de delante no presta atención a las instrucciones y explicaciones que le son dadas por

el hombre de atrás, y realiza lo sugerido por el inductor creyendo que no había ningún tipo de peligro (de tal modo que, desde la perspectiva *ex ante*, la actuación del hombre de atrás se ajusta a la inducción, cumplidos los requisitos de esta figura, y ello pese a que el sujeto de delante actúe sumido en su propio error). O incluso cuando b) siendo el sujeto de atrás consciente de su capacidad de incidir sobre el sujeto de delante, no se ha valido de ella para instrumentalizar. Por ejemplo, cuando el sujeto “K” acerca el vaso de agua a petición de “H” que tiene la intención de suministrar la medicación al hijo. “K” se percata de que “H” se equivoca al coger una sustancia nociva en lugar del medicamento y no hace nada para sacar a “H” de su error. La conducta de “K” no pasa de ser, a lo sumo, un mero acto de colaboración y, por tanto, no constituye autoría mediata, ni inducción.

En ninguno de los ejemplos referidos consideramos viable la caracterización de la autoría mediata, pues en nuestra opinión ello no es posible ni siquiera cuando el momento decisivo de la instrumentalización se produce por error o descuido, sin la intención de determinar a que el sujeto de delante lleve a cabo la conducta. La responsabilidad del sujeto de atrás como autor en los casos mencionados podría aceptarse, según entendemos, si se diera el caso de que el sujeto de atrás ejerciera una función de garantía respecto del bien jurídico finalmente afectado y omitiera en el momento de los hechos las acciones de protección o aseguramiento que se había comprometido a cumplir, de manera dolosa o imprudente. Hipótesis en que su responsabilidad como autor sería directa, por haber producido el resultado en comisión por omisión.

Por otro lado, pretendemos evitar la caracterización de la autoría mediata cuando la instrumentalización, idónea *ex ante*, fracasa *ex post*. Es decir, cuando, pese a la inicial posición preponderante del hombre de atrás, el sujeto de delante actúa de forma libre y autónoma en relación a los demás. Así, por ejemplo, cuando en una cacería “Y” intenta engañar a “Z”, haciéndole creer que detrás de unos arbustos se mueve un jabalí, cuando “Z” es plenamente consciente de que se trata de “G”, enemigo de “Y”. “Z” accede a realizar el disparo según lo indicado por “Y”, porque por motivos personales también quiere ver muerto a “G”. En este caso no quedaría caracterizada la autoría mediata, como consecuencia del fracaso de la instrumentalización, cabiendo castigar a “Y” como inductor, en la medida en que su conducta haya influido en la resolución de la ejecución de lo previamente planeado por “Z”, o como cooperador necesario si se

entiende que su conducta ha sido esencial en la identificación de la víctima⁵³.

Asimismo, tampoco consideramos que se pueda caracterizar propiamente una instrumentalización eficaz a efectos de autoría mediata cuando el sujeto de delante no actúa en el sentido de la instrumentalización y, en virtud de un error personal o de un estado de pánico o de una anomalía o alteración psíquica, reacciona frente a la intervención del sujeto de atrás adoptando un comportamiento distinto a lo que se le determina, causando un resultado imprevisible *ex ante* para éste. Por ejemplo, cuando se instrumentaliza a un inimputable para que destruya un objeto valioso y éste, además, agrede a las personas que lo custodiaban, en un cuadro agudo de pérdida de control de los impulsos. Y en los casos como el de la víctima de un atracador que reacciona en pánico y sale corriendo por el medio de la carretera a fin de ponerse a salvo, y resulta herida grave en un atropello, no consideramos que el atracador haya propiamente instrumentalizado a la víctima en lo que respecta a la conducta peligrosa llevada a cabo por ésta. La responsabilidad del atracador por el resultado lesivo a la víctima deberá fundamentarse, en nuestra opinión, sobre otra base.

V. La autoría mediata en los delitos dolosos e imprudentes

Tras la exposición del fundamento y de los requisitos de la instrumentalización que, en líneas generales, caracterizan la autoría mediata, nos queda por analizar su aplicabilidad no sólo a los delitos dolosos, sino también a los delitos imprudentes.

Como hemos indicado en la introducción, partimos de la base de que los tipos que prevén la punibilidad de la realización imprudente de un determinado delito comparten el tipo objetivo con el delito doloso de referencia, lo que nos permite deducir que los delitos imprudentes admiten las mismas formas de autoría que los delitos dolosos, entre ellas, la autoría mediata.

Desde nuestro punto de vista, por tanto, el elemento subjetivo del tipo no repercute en un principio en las formas de autoría, y como hemos indicado en el texto, al menos no altera ni afecta a la estructura misma de la relación que se establece entre el sujeto de atrás y el instrumento en la realización mediata de un delito. Pues aquí, la autoría del sujeto de atrás depende de la consciente y voluntaria utilización del sujeto de delante

como instrumento para que éste realice una conducta típicamente relevante según los criterios de imputación objetiva, con independencia de si se da cuenta, en el momento de la determinación al instrumento, de que esta conducta genera o no un riesgo.

De esta forma, y teniendo en cuenta el fundamento de la autoría mediata defendido en este trabajo, podemos deducir la admisibilidad de la autoría mediata en los delitos imprudentes cuando el sujeto de atrás realiza a través de una instrumentalización eficaz una conducta peligrosa con infracción del deber objetivo de cuidado. En estos términos, cuando nos referimos a la realización mediata de un delito imprudente, tratamos de poner de manifiesto la posibilidad de que la creación del riesgo prohibido con la infracción de una norma de cuidado sea llevada a cabo por otra persona que es utilizada como instrumento. Y justamente por el carácter decisivo de la influencia del hombre de atrás sobre el que actúa instrumentalizado, aquél puede ser llamado al centro del proceso de imputación para responder en calidad de autor.

En el momento de la instrumentalización y determinación de la conducta peligrosa por tanto, el sujeto de atrás debe tener a su alcance la posibilidad de acceso a los indicadores de riesgo, de manera que le sea al menos cognoscible el deber de cuidado exigible al momento de la acción que, en este caso de realización mediata, es llevada a cabo por el sujeto de delante.

La valoración jurídico-penal recae, entonces, desde la perspectiva retrospectiva de lo sucedido, en un primer momento sobre el comportamiento del instrumento —que crea el riesgo prohibido que se realiza en el resultado típico— y, en un segundo momento, sobre la conducta del hombre de atrás que, llevando a cabo una instrumentalización eficaz, determina la realización de una conducta que no cumple con las pautas de cuidado debidas. Cuando la infracción del deber de cuidado exigible se debe precisamente a los efectos de la instrumentalización, entonces el hombre de atrás es llamado a responder como autor mediato.

Con esta propuesta restringimos el ámbito de incidencia de la autoría mediata en los delitos imprudentes, dejando fuera de él todos aquellos casos que pudiesen dar lugar a una accidental o fortuita relación de instrumentalización que como mucho podrían dar lugar a la autoría accesoria. Y ello justamente porque en nuestra opinión el sujeto de atrás debe dirigir su actuación a la instrumentalización, con el conocimiento en todo mo-

53 Cfr. GÓMEZ RIVERO, La inducción, cit., 1995, pp. 112-113.

mento de que el hecho que realiza se exterioriza a través de otro, sin que se confunda el elemento subjetivo del tipo con los elementos necesarios para valorar la relación entre el sujeto de atrás y el instrumento.

El vínculo que el sujeto de atrás establece con el hecho que realiza requiere, por tanto, el acceso por su parte a la realidad que lo rodea (conocimiento o cognoscibilidad del riesgo) y la conciencia de los elementos que constituyen su actuar —a través de un instrumento—, aunque luego no tenga la representación del peligro que genera a través de otro y del resultado que puede llegar a producir. Es decir, teniendo en cuenta el fundamento de la autoría mediata y los requisitos de la instrumentalización expuestos, defendemos la admisibilidad de la autoría mediata en los delitos imprudentes sin que se confunda instrumentalización consciente (requisito de la autoría mediata) con dolo, ni la realización mediata de un delito imprudente con instrumentalización imprudente o fortuita.

De esta forma, en nuestra opinión, en la autoría mediata es necesario partir del supuesto de que el sujeto de atrás tiene en sus manos la capacidad de configurar el hecho, determinando a otro a que realice una conducta que, por superar el límite del riesgo permitido, constituye un desvalor de acción que, de realizarse el desvalor

de resultado, constituye el ilícito penal. Ésta es la base material-fáctica de la autoría mediata también válida para el delito imprudente.

En resumen, en la autoría mediata de un delito imprudente de resultado la conducta del sujeto de atrás consiste en crear, a través de una instrumentalización eficaz, un riesgo prohibido con la infracción del deber de cuidado exigible que se realiza en el resultado típico. En este sentido, desde la perspectiva *ex ante* la actuación del sujeto de atrás a través de un instrumento debe presentarse como relevante según los criterios de imputación objetiva y, desde la perspectiva *ex post*, el resultado imprudente debe ser visto como la realización de dicho riesgo y, por ello, imputable a la conducta de aquél.

Con esto consideramos haber aclarado que no hay un obstáculo real a la configuración de la autoría mediata en un delito imprudente, pues los requisitos de la autoría y del vínculo que se establece entre sujeto de atrás e instrumento en la autoría mediata no se confunden con el elemento subjetivo del tipo. De manera que la caracterización del hecho del autor como delito imprudente o como delito doloso no repercute en la estructura ni en la caracterización de la autoría mediata, que en líneas generales continúa siendo la misma en ambas clases de delito⁵⁴.

54 También favorables a la admisibilidad de la autoría mediata en los delitos imprudentes en base a una relación de instrumentalización, aunque no coincidan en todos los aspectos acerca de la estructuración y límites de esta forma de autoría, entre otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, ADPCP, cit., 1969, pp. 483 y ss.; LUZÓN PEÑA, RDCir, cit., 1984, pp. 278 y ss.: el mismo, ADPCP, cit., 1989, pp. 898 y ss.; el mismo, Curso, cit., 1996, pp. 509-510; el mismo/DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, *Determinación objetiva y positiva del hecho y realización típica como criterios de autoría*, en AFDAH, 1999, pp. 82-83; JORGE BARREIRO, La imprudencia punible, cit., 1990, pp. 125 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDÓ, La autoría, cit., 1991, pp. 632 y ss.; HERNÁNDEZ PLASENCIA, La autoría mediata, cit., 1996, pp. 333-335; LÓPEZ PEREGRÍN, La complicidad, cit., 1997, pp. 405-406; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, Derecho Penal, cit., 1999, p. 751; FEIJOO SÁNCHEZ, Homicidio y lesiones imprudentes, cit., 1999, pp. 117-119; ROSO CAÑADILLAS, Autoría, cit., 2002, pp. 550 y ss.; MIR PUIG, Derecho Penal, cit., 2004, pp. 375 y ss.; BENÍTEZ ORTÚZAR, La participación, cit., 2007, pp. 56-57; DEL CASTILLO CODES, La imprudencia: autoría y participación, Madrid, 2007, pp. 35-38, 94 y ss. Esta posibilidad, sin embargo, no es aceptada por el sector de la doctrina que adopta la teoría final de la acción y parte de una concepción de dominio, como dominio doloso del curso de los acontecimientos, y opta por un concepto unitario de autor para los delitos imprudentes. El sector de la doctrina que fundamenta el criterio restrictivo de autor en base a planteamientos normativistas no opone resistencia a la admisibilidad de la autoría mediata en los delitos imprudentes, aunque la instrumentalización deja de ocupar aquí un papel fundamentador.