

EL AUTOR MEDIATO EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

Gonzalo Rodríguez Mourullo

ADPCP, T. XXII, Fasc. III, Septiembre-Diciembre 1969, pp. 461-488

<http://www.cienciaspenales.net>

El autor mediato en Derecho penal español (*)

Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO
Catedrático de Derecho Penal en
la Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. Delimitación formal del concepto de autor.—II. Necesidad de la categoría de autor mediato.—III. Límites de la autoría mediata.—IV. Autoría mediata en delitos imprudentes.

I. DELIMITACION FORMAL DEL CONCEPTO DE AUTOR

Como han observado reiteradamente los comentaristas, la expresión “se *consideran autores*” con que se inicia el artículo 14 del Código penal español (1) permite sostener que no todos los comprendidos en dicho precepto “son” autores. Para la doctrina dominante, autores, en sentido estricto, lo son únicamente los definidos en el número primero del artículo 14. Los dos restantes números de este artículo extienden la consideración de autores a quienes en realidad no lo son en sentido estricto (2).

La interpretación que ve consagrado en el número primero del artículo 14 el concepto restrictivo de autor es, a nuestro juicio, insostenible (3). El concepto restrictivo de autor ha de derivarse de los respectivos tipos de delito contenidos en la parte especial del Código. Autor es, en sentido estricto, quien realiza antijurídica y culpablemente, por sí mismo o a través de otra persona que obra como instrumento, el hecho punible descrito en la correspondiente figura delictiva. Por esta razón han destacado algunos penalistas que no es posible determinar un concepto material de autor con vigencia gene-

(*) Estudio destinado al libro en homenaje al profesor Jiménez de Asúa con motivo de su ochenta cumpleaños.

(1) Art. 14: “Se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2.º Los que fuerzan o inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado.”

(2) Vid. J. F. PACHECO: *El Código Penal concordado y comentado* I, 4.ª edición (Madrid, 1870), p. 258; J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal* I (Madrid, 1949), p. 433; E. CUELLO CALÓN: *Derecho Penal* I, 14 edic. (Barcelona, 1964), página 630; J. DEL ROSAL: *Derecho Penal español* II (Madrid, 1960), p. 122; A. QUINTANO: *Curso de Derecho Penal* I (Madrid, 1963), p. 246.

(3) Cfr. G. RODRÍGUEZ MOURULLO: *La omisión de socorro en el Código Penal* (Madrid, 1966), p. 287. En el mismo sentido, E. GIMBERNAT: *Autor y cómplice en Derecho Penal* (Madrid, 1966), p. 218 ss.

ral para todas las infracciones punibles, dada la diversidad sustancial de los distintos delitos (4). Lo que no es obstáculo, sin embargo, para que *formalmente* pueda determinarse de manera unitaria, como acabamos de hacer aquí, un concepto de autor valedero para todo el ámbito del Derecho penal (5).

El número primero del artículo 14 supone ya, frente al anterior concepto restrictivo, una ampliación, pues *considera* autor al que *toma parte* en la ejecución del hecho. En su virtud, se extiende la consideración de autor a quien no realiza íntegramente la figura de delito, bastando tan sólo con que haya tomado parte directa en su ejecución, es decir, haya realizado algún acto ejecutivo.

Del concepto formulado se desprende la necesidad de no confundir sujeto activo y autor del delito. Cuando hablamos de sujeto activo nos referimos al sujeto de la acción, con independencia de que sea o no *responsable del delito*. En cambio, según el artículo 12 del Código penal español, los *autores* son una de las categorías de los "responsables criminalmente de los delitos y faltas". Un inimputable, por ejemplo, puede ser sujeto activo de un hecho típicamente antijurídico, pero no podrá ser nunca autor de un delito. El desconocimiento de esta distinción condujo a Quintano a considerar incorrectamente los problemas de autoría y participación en el marco de la teoría de la acción (6), siendo así que el concepto de autor, tal como le configura nuestro Código, presupone la existencia plena de todas las características esenciales del delito, pues sólo la total presencia de las mismas origina una responsabilidad criminal (7).

II. NECESIDAD DE LA CATEGORÍA DE AUTOR MEDIATO

El concepto que hemos enunciado comprende al denominado autor mediato. La categoría de autor mediato, tan elaborada por la doctrina alemana, ha sido recibida en nuestro país con división de opiniones.

La necesidad de admitir la existencia de una autoría mediata se

(4) Vid. en este sentido (refiriéndonos a la obra de R. LANGE: *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf*), F. SCHAFFSTEIN: *Literaturbericht*, en ZStW 56 (1936), p. 107 y 151.

(5) E. MEZGER, en *Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)*, I, 8.ª edic. (Berlín, 1957), p. 245.

(6) A. QUINTANO, *Curso* I cit. p. 235.

(7) Por esta razón tampoco resulta correcto identificar el concepto de autor del delito con el de autor del injusto, tratando, como hace H. WELZEL: *Das deutsche Strafrecht*, 10 edic. (Berlín, 1967), p. 94 ss., los problemas de autoría y participación en el marco de la antijuricidad. Por lo demás, claro está, semejante sistemática es incompatible con los ordenamientos penales que —como sucedía con el alemán antes de la reforma introducida por la Novela de 29 de mayo de 1943— consagran la accesoriadad máxima en materia de participación. En estos casos el propio Derecho positivo obliga a tratar las cuestiones de autoría y participación con posterioridad al análisis de la culpabilidad.

hizo particularmente sensible en Alemania antes de la reforma introducida en el *StGB* por la novela de 29 de mayo de 1943. Hasta entonces regía en el Código penal alemán el criterio de la accesoriadad máxima, conforme al cual para que el acto de participación resulte punible se requiere que el ejecutor principal sea culpable. Que en el desarrollo doctrinal del concepto de autor mediato haya jugado un importante papel impulsor la mencionada regulación legal alemana, contribuyó a que la categoría a que nos estamos refiriendo se considerase, sin suficiente fundamento, como un característico “fenómeno tapagujeros” (8). Según este punto de vista, la admisión de la autoría mediata carecería de sentido en aquellas legislaciones que no operan con el criterio de la accesoriadad máxima (9), o bien contienen una regulación de las hipótesis de participación mucho más exhaustiva que la que figura en el *StGB*.

Así, a juicio de Antón Oneca, el Código penal alemán hace posible y necesaria la construcción doctrinal de la autoría mediata: “Es posible, porque el autor no está definido en parte alguna. Es necesaria por las lagunas que allí tienen los preceptos sobre codelinuencia” (10).

Partiendo de esta premisa, un autorizado sector doctrinal español entiende que el concepto de autor mediato carece de “trascendencia en nuestra dogmática” (11), y que no es lícito “admitir una nueva categoría de codelincentes —los autores mediatos— en un Código como el nuestro, que presenta una regulación cerrada de la materia” (12).

Tanto quienes rechazan la figura del autor mediato como quienes la admiten (13) coinciden en señalar que la amplitud con que se ha concebido la autoría en el Código penal español, permite considerar

(8) R. MAURACH: *Tratado de Derecho Penal* (trad. J. Córdoba Roda) (Barcelona, 1962), II, p. 315 y 317. Los párrafos 48 y 49 del Código penal alemán hablaban concretamente, en su redacción anterior a la reforma de 1943, de *acción punible*. Ahora bien, como esta “hiperaccesoriadad” conducía a conclusiones altamente insatisfactorias, el criterio dominante se limitó a exigir que concurriesen las características esenciales que convierten al hecho en plenamente delictivo, aunque en concreto no resultase punible por concurrir una causa personal de exclusión de la pena o un impedimento procesal. De esta suerte se operaba con la denominada accesoriadad extrema. Cfr. R. MAURACH, *Tratado* II, cit. p. 406.

(9) Significativa en este sentido las críticas formuladas a la figura del autor mediato por C. PEDRAZZI: *Il concorso di persone nel reato* (Palermo, 1952), p. 35 ss.; y M. SPASARI: *Profili di teoria generale del reato in relazione al concorso di persone nel reato colposo* (Milano, 1956), p. 64 ss.

(10) J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal I*, cit. 436.

(11) A. QUINTANO, *Curso I*, cit. p. 246.

(12) J. ANTÓN ONECA: *Derecho Penal I*, cit. p. 436-437. Vid. también E. CUELLO: *Derecho Penal I*, cit. p. 623: “En nuestro Derecho no tiene aplicación esta doctrina, pues nuestro Código penal, en su artículo 14, 1.º, no admite otra clase de autor (ejecutor) que la del que ejecuta directamente el hecho, el autor directo o inmediato”.

(13) Vid. A. FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal II* (Murcia, 1947), p. 46 ss.; J. DEL ROSAL, *Derecho Penal II* cit. p. 128; M. LUZÓN DOMINGO, *Derecho Penal del Tribunal Supremo II* (Barcelona, 1964), p. 186 ss.

comprendidos en el artículo 14 los supuestos de autoría mediata. Las opiniones se separan de nuevo, sin embargo, a la hora de precisar en qué apartado o apartados del artículo 14 pueden inscribirse las hipótesis de autoría mediata.

Según un primer punto de vista, la autoría mediata debe considerarse comprendida en el número 1.º del artículo 14 (14). A juicio de otros, la autoría mediata no tiene ningún otro posible encaje que el ofrecido por el número 2.º del artículo 14 (15). Una tercera opinión sostiene que algunas hipótesis de autoría mediata se encuentran expresamente previstas en la parte primera —“los que fuerzan a otros a ejecutar el hecho”— del número 2.º del artículo 14, y que los demás supuestos de utilización de un inculpable caben en los preceptos relativos a la inducción (por ejemplo, instigación de un menor a cometer un hurto) o a la cooperación necesaria (por ejemplo, proporcionar un arma a un enajenado para cometer un asesinato) (16).

Pese a la amplitud de la regulación contenida en el artículo 14, creemos que la admisión de la autoría mediata resulta absolutamente indispensable también en el ordenamiento penal español. La observación de Gallas (17) de que no es posible evitar el concepto de autoría mediata ampliando el de inducción (la observación vale también para las restantes modalidades de participación en hecho ajeno), cobra plena vigencia en nuestro caso.

En efecto, ninguna de las tres interpretaciones anteriormente señaladas, que intentan reconducir los supuestos de autoría mediata a los tres números del artículo 14, consigue demostrar la pretendida intrascendencia e imposibilidad del concepto de autor mediato en el Derecho penal español.

La primera de tales interpretaciones se niega a sí misma al incurrir en una evidente contradicción. El número 1.º del artículo 14 se refiere a la “ejecución directa”, y el autor mediato, por definición, no puede caracterizarse como “*ejecutor directo*”.

Las otras interpretaciones que defienden la posibilidad de recurrir a los números 2.º y 3.º del artículo 14 resultan asimismo en gran parte inviables debido a la accesoriedad de la participación.

Ontológicamente autoría mediata, por un lado, e inducción y cooperación, por otro, presentan una naturaleza absolutamente diversa. En un caso se trata de *autoría*, es decir, de realización del hecho propio, y en los otros de *participación en hecho ajeno*. Esta diversidad ontológica es rica en consecuencias prácticas. Pensemos, por

(14) A. FERRER, *Comentarios* II, cit. p. 46; A. QUINTANO, *Curso* I, cit. página 246. Vid. también en este sentido Sentencias 31 marzo 1944 y 21 diciembre 1967.

(15) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal* II, cit. p. 128 M. LUZÓN, *Derecho Penal del Tribunal Supremo* II, cit. p. 187. En esta línea también Sentencias 31 mayo 1897 y 9 marzo 1943.

(16) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* I, cit. p. 435.

(17) W. GALLAS, en *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission* II (Bonn, 1958), p. 67.

ejemplo, en la distinta configuración de la tentativa punible según consideremos los hechos como un supuesto de inducción o, por el contrario, de autoría mediata. En el primer caso, la existencia de una tentativa punible surge tan sólo cuando el instigado da comienzo a la ejecución del hecho. Hasta entonces, el inductor permanece, como tal, impune en virtud de la accesoriedad de la participación. En cambio, en la autoría mediata el principio de ejecución constitutivo de tentativa comienza con la actuación sobre el instrumento (18).

Ahora bien, aunque estuviésemos dispuestos a prescindir de la mencionada diversidad ontológica, nos encontraríamos con que ni siquiera *formalmente* —según se desprende de la propia doctrina dominante española— pueden reconducirse siempre las hipótesis de autoría mediata a los números 2.º (fuerza e inducción) y 3.º (cooperación necesaria) del artículo 14. Este expediente no resulta utilizable en muchas ocasiones debido al principio de accesoriedad de la participación, en cualquiera de sus versiones.

Si se señala, como hace Del Rosal, a “la *accesoriedad máxima* como la conveniente al texto penal español” (19), resulta luego de todo punto imposible reconducir al número 2.º del artículo 14, invocado por el citado autor, los supuestos de utilización de un instrumento que obra atípicamente, conforme a Derecho o inculpablemente. Según Del Rosal, el vocablo “hecho” que se utiliza en el artículo 14 “no cabe entenderlo más que como acto típicamente antijurídico y culpable” (20). Por consiguiente, si falta la tipicidad, la antijuricidad o la culpabilidad en el comportamiento del instrumento no será posible decir, tal como exige el número 2.º del artículo 14, que el autor mediato indujo directamente a ejecutar un “hecho”. Prácticamente, casi todos los supuestos de autoría mediata deberían quedar impunes.

Esta laguna se reduce, pero no llega a colmarse, si se rechaza la accesoriedad máxima y se opera con la denominada *accesoriedad limitada*. Véamos. Para confirmar la posibilidad de reconducir una parte de las hipótesis de autoría mediata al número 2.º del artículo 14 y otra al número 3.º de este mismo artículo, alega Antón: “En efecto, como quedó ya explicado al tratar de la accesoriedad de la participación, ésta se define en nuestro Código como intervención en el hecho (antijurídico) ajeno, pero no se exige que el ejecutor del hecho sea culpable” (21). Pues bien, conforme a este punto de vista, características hipótesis de autoría mediata, tales como las de actuación a través de un instrumento que se comporta atípicamente o conforme a Derecho, deberían permanecer impunes (22). Impunidad que se hace más notoria

(18) Cfr. A. R. LATAGLIATA, *El concurso de personas en el delito* (trad. C. A. Tozzini) (Buenos Aires, 1967), pp. 73 ss.

(19) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal II*, cit. p. 119.

(20) J. DEL ROSAL, *Derecho Penal II*, cit. p. 119.

(21) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I*, cit. pp. 435-436.

(22) Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit. pp. 291-292., nota 31: A. amenaza a B. para que no preste socorro a C., de tal modo que B., para evitar riesgos propios, tiene que permanecer inactivo. Según se desprende:

en la medida en que se admitan, como en efecto hay que admitir en ocasiones, por imperativo legal, la existencia de elementos subjetivos en las causas de justificación. La exigencia de tales elementos hace posible que la conducta del instrumento, que obra con la correspondiente característica subjetiva, deba considerarse conforme a Derecho, sin que por ello la justificación alcance a todos aquellos que, sin el citado requisito, participan en el hecho. La presencia de elementos subjetivos en las causas de justificación motiva que la conformidad a Derecho no pueda ser apreciada con criterios unitarios respecto a todos los partícipes. Esto obliga a admitir la posibilidad de una autoría mediata a través de un instrumento que obra de acuerdo a Derecho (23). Por ejemplo, la intención de defensa pueda faltar en el instigador o cooperador y concurrir, en cambio, en el ejecutor. Si se dan los restantes presupuestos, la conducta del ejecutor deberá considerarse justificada en virtud de la existencia de legítima defensa. En consecuencia, el autor mediato no podrá ser castigado, tal como se pretende, a tenor de los números 2.º ó 3.º del artículo 14, pues no ha forzado, ni inducido, ni cooperado en un hecho ajeno *antijurídico*.

La laguna no desaparece aunque se operase —lo que, por cierto, resultaría inadecuado— con la denominada *accesoriedad mínima*, que

del artículo 489 bis del Código Penal español, B. no se comporta antijurídicamente.

Otros ejemplos, en R. D. HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft bei rechtmässig oder unverbotten handelndem Werkzeug* (Berlín, 1967), pp. 28 ss.; A. convence a B., a quien se propone eliminar, para que ataque a C., ocultándole que éste porta consigo un revólver. C., que se ve injustamente agredido, reacciona y da muerte a B. en legítima defensa, conforme a lo que había previsto y querido A. El guía alpino A., que está enemistado con B., abandona a gran altitud al turista C., a fin de conseguir que, impulsado por la necesidad y para salvar su vida, fuerce el albergue de montaña de B. y consuma las reservas de leña que B. guardaba allí. En estos casos tampoco actúa antijurídicamente el instrumento.

Por lo demás, el cumplimiento de deberes dimanantes de funciones o cargos públicos constituye fuente de numerosos supuestos en los que el instrumento actúa conforme a Derecho. R. D. HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft*, cit. pp. 33 ss.: A. quiere quitarse de encima a su marido B. Para conseguirlo acusa falsamente a éste, simulando pruebas de cargo de tal manera que la ficción resulte irrecogible para la policía y el Tribunal. En base a tales pruebas, B. llega a ser condenado a una pena privativa de libertad.

La discusión en torno al instrumento que actúa conforme a Derecho, se avivó en Alemania a partir de 1945, precisamente a propósito de un fenómeno típico de la época nacionalsocialista: la cuestión de los denunciantes. Sobre el denominado *Denunziantenproblem*, vid. R. D. HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft*, páginas 5 y 38 ss.

La posibilidad de una autoría mediata a través de un instrumento que obra conforme a Derecho —asegura Fr. Chr. Schroeder— no se discute ya hoy en Alemania. Cfr. Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter* (Berlín, 1965), página 95.

(23) Como reconoció Mezger, apartándose de la primitiva opinión sostenida en su tratado. Mezger justifica el cambio de parecer precisamente en que estima necesaria ahora, a diferencia de lo que mantuvo con anterioridad, la *voluntad de defensa* para que pueda apreciarse la legítima defensa. Vid. E. MEZGER, en *Leipziger Kommentar I*, cit. p. 259.

se satisface con que la conducta del ejecutor sea típica (24). Aún así quedarían fuera de los números 2.º y 3.º del artículo 14 los supuestos de autoría mediata en los que el instrumento no actúa típicamente, por no concurrir en relación con él determinados elementos típicos objetivos o por obrar sin los requeridos elementos subjetivos del tipo (25).

Todo ello pone de manifiesto que la regulación del artículo 14 del Código penal español no evita la necesidad de recurrir a la autoría mediata.

Por otro lado, dicho precepto tampoco imposibilita la admisión de esta categoría de delincuentes, porque el concepto de autor —y, por tanto, también el de autor mediato— no se encuentra recogido en la “regulación cerrada” del artículo 14, sino que, como ya hemos indicado, se obtiene a través de una abstracción de los respectivos tipos de delitos de la parte especial del Código (26).

En consecuencia, también nuestro Código hace “posible y necesario” el concepto de autor mediato.

III. LIMITES DE LA AUTORIA MEDIATA

Una cosa es reconocer la posibilidad y necesidad del concepto de autor mediato y otra distinta indicar los límites dentro de los cuales puede ser invocada una autoría mediata.

(24) La accesoriadad de la participación no puede hacerse retroceder más allá de la exigencia de antijuricidad, porque sería absurdo castigar a alguien como *participe* en un *hecho conforme a Derecho*. En este sentido, G. BETTIOL, *Diritto Penale*, 7.ª edic. (Padova, 1969), p. 532.

(25) Se ofrecen diversos ejemplos: B. hereda, sin saberlo, una cosa. A. hace creer a B. que esa cosa es del dominio de A., quien, mostrándose ante B., como auténtico propietario, le incita a destruirla, lo que en efecto realiza B., conforme a lo querido y previsto por A. En este caso la conducta de B. es atípica por tratarse de la destrucción de una cosa de su propiedad (en nuestro Código con la salvedad del artículo 562 relativo a las cosas propias de utilidad social). No cabe siquiera plantearse el problema de una posible tentativa inidónea, porque B. cree que destruye la cosa con el consentimiento de su legítimo propietario. Cfr. R. D. HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft*, cit. pp. 10 y 56.

A. consigue mediante amenazas que B. se cause a sí mismo una mutilación. A. ordena a B., camarera de hotel, que recoja de una determinada habitación el reloj que se encuentra sobre la mesa. B., que nada sospecha, trae rápidamente ese reloj que no era, como ella creía, de la propiedad de A., ni se encontraba en la habitación de éste, sino en una ajena. En este supuesto B. ha “tomado” la cosa sin ánimo de lucro. Cfr. R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 321. Sobre la posibilidad de evitar en este último caso la necesidad de invocar la autoría mediata, vid. E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. p. 226. El médico A., para producirse una excitación sexual, ordena a la enfermera B., que nada sospecha, que realice sobre el cuerpo de la paciente C. ciertas acciones que A. hace pasar por terapéuticas. B. actúa aquí sin la especial dirección volitiva que exige el tipo de abusos deshonestos. Cfr. R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 321.

En todos estos casos, aunque se entendiese el “hecho” a que se refiere el artículo 14 como simple conducta típica —sin necesidad de que sea además antijurídica ni culpable—, no resultaría posible decir que se induce, fuerza o coopera a un *hecho*.

(26) Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro*, cit. p. 292, nota 31.

La noción de autoría mediata responde a una realidad sustancial: La de que los hombres pueden realizar ciertos hechos a través de otras personas que actúan como instrumentos. La interposición de estas personas no impide en absoluto que aquellos hechos aparezcan también entonces como *obra* del hombre que actúa desde detrás (*Hintermann*). A esta realidad sustancial aludió inequívocamente el Tribunal Supremo español en la Sentencia de 31 de marzo de 1944: "... Es bien sabido que abundan los casos en que el que concibe la idea criminal y decide ponerla en práctica se vale de otra persona como mero instrumento que produzca el resultado apetecido, causante físico que será responsable cuando con plena conciencia de la trascendencia de sus actos los realice voluntariamente y no lo será si ajeno a la maquinación dolosa ejecuta esos actos inconscientemente y sin intención de cooperar al designio criminal, pero la cooperación de esta persona intermedia, sea o no responsable en la esfera penal, no aleja del proceso y exime de responsabilidad al que se sirve de ella, puesto que si esa doctrina prevaleciese se habría encontrado una fórmula para que los delincuentes se pusiesen a salvo de las sanciones penales, sino que, por el contrario, la persona que ha utilizado a otra para los indicados fines, contrae la responsabilidad de autor, aunque, como en este caso, pudiera ser que no hubiese cometido por su propia mano la falsificación".

Del mismo modo que se reconoce que el hombre puede efectuar determinadas obras predisponiendo y sirviéndose de animales o aparatos mecánicos, hay que admitir igualmente que puede realizar ciertos hechos a través de otras personas que obran como instrumentos. En la exposición de motivos del proyecto oficial alemán de 1962 se asegura, a este respecto, que no es posible hacer una distinción entre los casos en los que el sujeto se vale, para cometer el hecho delictivo, de cosas y aquellos otros en los que se sirve de un hombre, y se pone de relieve que resulta apropiado, y correspondiente con la concepción popular, dispensar el mismo tratamiento al autor mediato y al inmediato (27). La Sentencia de 21 de diciembre de 1967 de nuestro Tribunal Supremo califica, con crudeza, a las personas que actuaron como instrumento de "*máquina humana* que los artífices del delito manejaron para la ejecución de este".

Que el concepto de autor mediato se reserve, no obstante, para las hipótesis en las que el instrumento es una persona humana, está plenamente justificado. No sólo por el motivo emocional que impele a repudiar una plena equiparación entre la persona intermedia y las cosas interpuestas de que se vale el autor, sino, además, 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.

En efecto, estimamos que la circunstancia de que la actuación del

(27) *Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung* (Bonn, 1962), p. 149.

ejecutor sea en sí misma plenamente delictiva no excluye necesariamente, en todo caso, la existencia de una autoría mediata. Para referirse a las hipótesis en las que el ejecutor es, a su vez, criminalmente responsable se viene utilizando en Alemania la expresión, acuñada por Lange, "el autor detrás del autor" (28).

Ahora bien, la autoría mediata sólo será admisible en tales supuestos si se cumplen las características esenciales de la misma. Entre ellas la primordial de que el ejecutor, que se comporta ya "por su cuenta" de manera criminal, esté siendo utilizado al mismo tiempo como involuntario instrumento delictivo por la persona que actúa desde detrás. El conocido caso enunciado por zu Dohna puede servir de ejemplo. A., llega a tener conocimiento de que los miembros de una organización secreta, a la que él traicionó, han decidido acecharle y darle muerte. B. desempeñó un papel primordial en la adopción de tal decisión, pero desconoce el plan concreto conforme al que va a ser realizada ésta, para cuya ejecución se ofreció C. Desde tiempo atrás B. viene haciendo propuestas amorosas a su amiga D., extremo éste que conoce A., quien envía a B. un telegrama suscrito con el nombre de D. dándole cita para la hora nocturna y lugar solitario en que A. efectúa su acostumbrado paseo, que se corresponde con la hora y el lugar en que A. iba a ser muerto de acuerdo con el plan trazado por C. A la hora indicada B. concurre al lugar señalado en el telegrama. C., que está al acecho le confunde con A., dispara sobre él y B. resulta muerto (29).

Creemos que debe rechazarse, en cambio, la existencia de una autoría mediata a través del denominado "instrumento doloso" (*doloses Werkzeug*). Es decir, a través de persona que actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de la designios del incitador o en maliciosa connivencia con él.

La discusión doctrinal sobre el llamado "instrumento doloso" comenzó hace ya casi un siglo, a raíz de una resolución dictada el 17 de octubre de 1872 por el Tribunal Superior de Prusia (30). La literatura alemana ha centrado principalmente la cuestión del instrumento doloso en torno a dos hipótesis:

a) Una persona con la intención característica de un determinado tipo de delito, hace realizar los elementos objetivos de éste a otro sujeto que obra dolosamente, pero sin la particular intención requerida por la figura legal. "Instrumento doloso carente de intención" (*absichtloses doloses Werkzeug*). Una persona, con ánimo de apropiárselas, se apodera de cosas muebles ajenas a través de otra persona que actúa

(28) Vid. Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, cit. p. 13.

(29) Cfr. Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, pp. 143 ss.

(30) Esta resolución se refiere a un caso de "instrumento doloso carente de la especial intención", y en ella se declaró: "La punibilidad, como autor, de quien se sirve de otra persona como de un instrumento, no se excluye por el hecho de que esta última actúe dolosamente". Vid. P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiate et le problème de l'instrument humain intentionnel* ("doloses Werkzeug") (Bern, 1954), p. 66, y Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, cit. p. 81.

dolosamente, pero sin ánimo de apropiación ilícita (especial elemento subjetivo requerido por el parágrafo 242 del Código penal alemán). A., conocedor de la situación real, a requerimiento de B., atrae las aves del corral del vecino C. y las encierra en el establo de B. (31).

b) Una persona cualificada (*intraeus*) se sirve, para la realización de un delito especial, de un sujeto no cualificado (*extraneus*) que actúa dolosamente. “Instrumento doloso no cualificado” (*qualifikationsloses doloses Werkzeug*). Un funcionario hace que un particular ejecute dolosamente una falsedad en un documento oficial de la exclusiva competencia del primero (32).

En estos casos —se dice— no existe la posibilidad de una punición a título de participación (33), y, por tanto, debe recurrirse a la autoría mediata. El instigador no puede ser castigado como inductor del delito de hurto o del delito especial de funcionarios (que el ejecutor no realizó). La solución que se propone es la de punir entonces al instigador como autor mediato y al ejecutor doloso (que no puede ser, en ningún caso, autor por carecer de la intención o cualidad requeridas) como cómplice (34).

La figura del “instrumento doloso”, plenamente consciente de cuál es su situación respecto a la persona que actúa desde detrás, suscita ya en primer término una cuestión de lenguaje. Beling advirtió que conforme al idioma corriente una persona que obra dolosamente no puede decirse instrumento de otra (35). Para remontar esta objeción se propuso la sustitución del término “instrumento” por el de “persona intermedia” o “intermediario” (*Mittler* o *Tatmittlers*) (36). Curiosamente, sin embargo, otros autores apelaron al lenguaje vulgar, creyen-

(31) Cfr. J. BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.^a edic. (Bielefeld, 1968), p. 559.

(32) A las dos mencionadas hipótesis podría añadirse una tercera: la utilización de lo que, conforme a la antigua teoría subjetiva de la participación se llamó *instrumento-cómplice doloso* (*das dolose Gehilfenwerkzeug*). Vid. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Hamburgo, 1963), p. 259 s. Tal supuesto se caracteriza por que el instrumento actúa dolosamente y a la vez —y esto lo distingue del caso del instrumento doloso desprovisto de la particular intención— con el ánimo o tendencia que el tipo exige como especial elemento subjetivo, pero sin voluntad de autor. El instrumento quiere cometer el hecho sólo como auxiliador (cómplice) de otra persona. Vid. E. MEZGER, *Tratado de Derecho Penal II* (trad. J. A. Rodríguez Muñoz) (Madrid, 1955), p. 317. Según la teoría subjetiva que sustentó el *Reichsgericht*, el instrumento será entonces mero cómplice de la persona que permanece detrás, la cual, por su parte, aparecerá como autor mediato.

(33) A. SCHÖNKE-H. SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 13 edic. (München-Berlín, 1967), p. 294.

(34) Vid. P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiat*, cit. p. 66.

(35) E. BELING, *Zur Lehre von der "Ausführung" strafbarer Handlungen*, en *ZStW* 28 (1908), p. 594.

(36) E. MEZGER, en *Leipziger Kommentar I*, cit. p. 246; J. BAUMANN, *Strafrecht*, cit. p. 556.

do hallar en él una confirmación de la doctrina del instrumento doloso (37).

En todo caso —como observa Piotet— no se puede olvidar que la expresión “instrumento” es una pura metáfora incapaz de justificar —en uno u otro sentido— una solución jurídica del problema. Esta sólo podrá derivarse de los principios y de la técnica del Derecho positivo (38). Y en este terreno se oponen serias dificultades a la teoría del instrumento doloso. Como reconocen incluso quienes estiman aceptables los resultados de semejante construcción, la fundamentación de la misma es problemática (39).

Desde luego no se puede fundamentar con el criterio —comúnmente invocado a propósito de la autoría mediata— del “dominio del hecho” (40), porque el instrumento doloso domina el hecho en idéntica medida que un coautor (41). El autor mediato es autor —se suele decir— porque él, y no el instrumento, posee el dominio del hecho. Ahora bien, el instrumento doloso decide libre y voluntariamente la ejecución del hecho y puede interrumpirla cuando quiera. En vano pretenderá Welzel salvar aquí el citado criterio hablando de un “social dominio del hecho”. Según Welzel en los verdaderos delitos especiales tan sólo la persona cualificada está en condiciones de abrir al sujeto no cualificado la posibilidad de cooperar a la ejecución. Esto fundamenta el señorío (dominio social del hecho) de la persona cualificada que actúa desde detrás sobre la participación del no cualificado en la realización del delito especial, y, con ello, su autoría (42). La introducción del calificativo “social” (*soziale Tatherrschaft*) es un evidente reconocimiento de que no se trata del “mismo” dominio del hecho característico de la autoría mediata propiamente dicha. Welzel renuncia, en el marco de los delitos especiales, al significado que asignó al dominio del hecho respecto a los demás delitos, y le dota de un contenido distinto. Ahora bien, no es posible —como indica con razón Roxin— atribuir a un concepto un contenido significativo esencialmente diverso, según los casos. El concepto perdería todo sentido y se convertiría en algo absolutamente arbitrario (43). En esta misma línea de Roxin, ha señalado en nuestra patria Gimbernat el carácter gratuito de la construcción de Welzel: “El sujeto que actúa des-

(37) Así Ackermann.” Vid. P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiate*, cit. página 74.

(38) P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiate*, cit. p. 75.

(39) En estos términos se pronuncia H. MAYER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (Stuttgart, 1967), p. 152.

(40) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. pp. 258-260; SCHÖNKE-SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, cit. p. 294.

(41) W. GALLAS, *Täterschaft und Teilnahme*, en *Materialen zur Strafrechtsreform I* (Bonn, 1954), p. 136.

(42) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 99. Vid. también en similar dirección, H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. (Berlín, 1969), pp. 446-447, quien advierte que en tales casos el dominio del hecho no debe ser tenido en sentido psicológico, sino *normativo*.

(43) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 257.

de detrás tiene el dominio del hecho si el autor inmediato, por el motivo que sea —miedo insuperable, error, etc.—, no es libre al ejecutar la acción delictiva; en los supuestos en que el ejecutor actúa libremente sólo hay inducción. De pronto, en los delitos especiales propios, se afirma que, aunque el ejecutor actúe libremente, el *intrañeus* que le induce no es inductor, sino autor mediato” (44).

Precisamente a la vista de la quiebra del criterio del dominio del hecho, Roxin intentó una nueva fundamentación material de la autoría mediata en los casos del instrumento doloso no cualificado. Roxin estima que los resultados a que llega la doctrina mayoritaria alemana son satisfactorios, aunque la fundamentación ofrecida es incorrecta. Para proceder a la nueva aplicación, Roxin toma como punto de partida la consideración de los denominados *Pflichtdelikte*, que se caracterizan por consistir esencialmente en la infracción de un deber (45). Entre los *Pflichtdelikte* se cuentan los delitos especiales. Pues bien, según Roxin el concepto de autor se configura en esta clase de delitos de un modo particular. Autor es quien infringe el deber, cualquiera que sea su aportación a la ejecución del delito, y quien no infringe el deber —y no puede, naturalmente, infringirlo la persona no cualificada porque no es destinataria del mismo— no es autor, aunque posea el dominio del hecho. El criterio del dominio del hecho no entra en juego. Tanto así que Roxin utiliza, como contrapuesta a *Pflichtdelikte*, la denominación de *Herrschaftsdelikte* para referirse a aquellos tipos de delitos en los que la autoría y participación se determina no a través de la imposición de especiales deberes, sino mediante el dominio del hecho (46). Como confirmación de su tesis señala Roxin que en ocasiones la propia ley ha parificado expresamente, en los tipos de delitos especiales, comportamientos de autoría y conductas de participación. Por ejemplo, en los párrafos 347 (funcionario que dolosamente deje evadir un preso cuya vigilancia, escolta o custodia le había sido confiada, o que dolosamente procure o favorezca su evasión) y 354 (oficial de correos que, fuera de los casos previstos por la ley, abra o intervenga las cartas o paquetes confiados a correos, o que a sabiendas permita que un tercero cometa una acción de esta índole o dolosamente le preste auxilio al efecto) (47).

(44) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. p. 257.

(45) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. pp. 352 ss..

(46) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. pp. 354-355.

(47) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 358. Una similar parificación se observa también en determinados artículos del Código penal español: 365 (el funcionario público que, teniendo a su cargo la custodia de papeles o efectos sellados por la autoridad, quebrantare los sellos o consintiere su quebrantamiento), 366, 1.º (el funcionario público que, no estando comprendido en el artículo anterior, abriere o consintiere abrir, sin la autorización competente, papeles o documentos cerrados cuya custodia le estuviese confiada), 367 (el funcionario público que revelare los secretos de que tenga conocimiento por razón de su oficio, o entregare indebidamente papeles o copia de papeles que tenga a su cargo y no deban ser publicados), 394 (el funcionario público que sustrajere, o consintiere que otro sustraiga, los caudales o efectos públicos que

La construcción de Roxin tampoco consigue, a nuestro juicio, fundamentar satisfactoriamente los resultados a que llega la doctrina alemana dominante en los supuestos del llamado instrumento doloso. En primer término, hay que destacar que la teoría de Roxin aspira únicamente a explicar las hipótesis del instrumento doloso no cualificado. La solución en los casos del instrumento doloso carente de la especial intención deberá buscarse, según indica el propio Roxin, por otros derroteros. Por ejemplo, en el caso del hurto mediante la ampliación del significado de la característica típica "intención de apropiarse" (parágrafo 242) (48). Ahora bien, aun prescindiendo de esta inicial limitación, resulta difícilmente defendible la doctrina de la autoría en los *Pflichtdelikte* que ofrece Roxin. No hace mucho Fr. Chr. Schroeder se preguntaba fundadamente —la pregunta es válida también en relación al ordenamiento penal español— si la teoría de Roxin está en consonancia con el Derecho vigente. Schroeder recuerda que —como el mismo Roxin reconoce— la diferencia consagrada por el Derecho positivo entre autoría y participación habla decisivamente en contra del concepto extensivo de autor. Pues bien, la teoría de Roxin extraña la plena equiparación —quien infringe el deber es siempre autor, cualquiera que haya sido su contribución a la ejecución del hecho— de todas las formas de participación de las personas cualificadas. Tratóndose de la participación del *intraeus* no habrá, pues, lugar para la distinción entre autoría y participación. En cierta medida, la doctrina de Roxin conduce, de esta suerte, a un concepto extensivo de autor. Según Fr. Chr. Schroeder, el principio de que en los delitos especiales sólo pueden ser autores determinados destinatarios de especiales deberes, no permite ser invertido en el sentido de que tales destinatarios son, por regla general, autores. En otras palabras —concluye Schroeder— la creación de un delito especial debe limitar el círculo de las personas que pueden dominar el hecho, pero esto no puede interpretarse como una renuncia a la exigencia del dominio del hecho. Por lo demás, la expresa equiparación entre conductas de autoría y conductas de participación que se observa en algunos delitos especiales, lejos de ser una confirmación de su tesis, como cree Roxin, se vuelve contra ella. En efecto, constituye un argumento *a contrario* en base al cual puede sostenerse que cuando en un delito especial no se llevó a cabo expresamente —como en otros— la parificación entre comportamientos de autoría y comportamientos de participación, es porque la ley descarta la admisibilidad de semejante equiparación (49).

Se afirma por algunos que la autoría mediata a través de un instrumento doloso sólo podría fundamentarse en virtud de una teoría subjetiva de la participación (50), y se da la circunstancia de que en

tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones). Vid. E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. p. 297.

(48) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 341 ss.

(49) Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, cit. p. 86-87.

(50) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. pp. 261-262: "Sólo en base a

nuestro Código —como indica Antón— autores y cómplices se distinguen objetivamente (51). Pero incluso algún partidario de la teoría subjetiva señala que ni siquiera en el marco de ésta puede ser admitida la construcción del instrumento doloso (52). La mayoría de los patrocinadores de la teoría subjetiva y al mismo tiempo prosélitos de la doctrina del instrumento doloso estiman que si el instigador actúa con la intención o cualidad especial, posee necesariamente *animus auctoris*. Por tanto, él será entonces autor mediato, y el ejecutor su cómplice. Pues bien, el punto débil de esta argumentación —escribe Piotet, convencido apologista de la teoría subjetiva— radica en que nada prueba que la ausencia de intención o cualidad especial en el ejecutor implique la presencia de *animus auctoris* en el instigador. Por el contrario, está perfectamente claro que el partícipe indirecto, aún poseyendo la intención o cualidad especial, puede subordinar su voluntad a la del ejecutor (53), es decir, actuar con *animus socii*. En definitiva —afirma concluyentemente Piotet—, ninguna doctrina sostenible puede justificar la construcción del *doloses Werkzeug* (54).

Si el pretendido instrumento actúa libremente y con pleno conocimiento de la situación existirá, en su caso, inducción, u otra modalidad de participación, pero no desde luego autoría mediata. La conducta del incitador podrá aparecer entonces bajo el signo, no ya del *abuso* de otra persona, sino de la *corrupción*, que caracteriza sustancialmente, según un sector doctrinal, a la inducción (55).

Que los casos del denominado instrumento doloso son verdaderos supuestos de participación en hecho ajeno, vienen a confirmarlo los mismos defensores de tal construcción a la hora de configurar la tentativa. Así indicará Jagusch que para determinar la existencia de tentativa en los casos de autoría mediata, hay que distinguir según se trate de instrumento de buena fe o de mala fe. En el primer caso, la interposición del instrumento de buena fe se equipara a la utilización de un medio mecánico. Por tanto, la actuación del autor mediato sobre el instrumento origina ya la presencia de tentativa. En cambio, en la hipótesis de instrumento de mala fe, la tentativa comienza tan

una teoría subjetiva podría justificarse —afirmando que el funcionario inductor tiene el *animus auctoris*— la autoría mediata del *intransiens*; pero las teorías subjetivas son falsas y están superadas”. Y es bien significativo que Mezger haya advertido que si en su *Tratado* (II, cit. p. 317) rechazó la figura de un *instrumento cómplice doloso* fue sobre la base de una teoría objetiva de la participación. Pero una vez que abandonó la teoría objetiva y se movió ya sobre el suelo de la subjetiva, Mezger aseguró que no encontraba ninguna objeción contra una tal modalidad de autoría mediata. Cfr. E. MEZGER, en *Leipziger Kormentar* I, cit. p. 260.

(51) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal* I, cit. p. 436.

(52) P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiat*, cit. p. 77.

(53) P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiat*, cit. p. 69.

(54) P. PIOTET, *La théorie de l'auteur médiat*, cit. p. 78.

(55) Vid. R. MAURACH, *Tratado* II, cit. pp. 317-318: “Mientras que la instigación se presenta como *corrupción*, del hombre *libre*, la autoría mediata se caracteriza esencialmente por el *abuso* del hombre *no libre*”.

sólo cuando dicho instrumento da principio a la ejecución del hecho (56). Esta diversidad de tratamiento propugnada para situaciones perfectamente idénticas desde el punto de vista objetivo, nos dice que “cuando la *Mittelperson* obra con dolo no se configura una hipótesis de autoría mediata, sino sólo un caso normal de participación, tal como ha sido subrayado por la doctrina tradicional” (57).

Para paliar las sensibles lagunas que motivaron el desarrollo de la doctrina del instrumento doloso, no existe otro expediente que el de recurrir, en cuanto sea posible, a hechos típicos que no requieran ni cualidades personales ni elementos subjetivos especiales (58), y permitan, por consiguiente, considerar al ejecutor (instrumento doloso) como autor y a la persona que actúa desde detrás como partícipe (59). Si no existe tal posibilidad, la impunidad resultará inevitable (60). La solución es en cualquiera de los casos insatisfactoria. Pero para evitar estos lamentables resultados está la capacidad previsoría de la ley, que no puede suplirse gratuitamente por una artificiosa construcción doctrinal.

La autoría mediata —como advierte Antón— “no es, pues, una figura jurídica especial que la ciencia penal pueda obtener al margen de la ley” (61). Por eso, pese a los fundamentos sustanciales —a que hemos hecho referencia al comienzo del presente apartado— que abogan por una equiparación de autoría mediata e inmediata, sólo se podrá admitir una responsabilidad penal a título de autor mediato cuando la respectiva figura legal lo consienta. La inexorable vigencia

(56) H. JAGUSCH, en *Leipziger Kommentar I*, cit. p. 217.

(57) A. R. LATAGLIATA, *El concurso de personas*, cit., pp. 79-80.

(58) En este sentido, Fr. Chr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, cit. p. 88.

(59) A base de considerar incorrectamente que el parricidio es un simple homicidio agravado por la circunstancia de parentesco, el T. S. ha considerado en varias ocasiones *inductor* de parricidio a la persona cualificada que instiga a un extraño para que lleve a cabo materialmente la muerte. Así, en Sentencias de 9 de julio de 1891, 18 de mayo de 1894, 18 de noviembre de 1930 y 25 de octubre de 1954.

Idéntica solución se propugna en la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1899 (consulta número 50).

(60) Refiriéndose a las hipótesis en que el sujeto se vale del no cualificado (ejemplos: funcionario público que encargue a otra persona ajena al servicio ocultar o destruir documentos confiados a la custodia del primero; militar que encomienda a un paisano el maltrato de un superior), observa J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I*, cit. p. 436: “El extraño no puede ser autor principal del delito especial, pues el tipo atribuye concretamente la ejecución a la persona cualificada; por consiguiente el extraño será responsable de un delito común o quedará impune, según los casos. Y el cualificado, en virtud de la accesoriadad de la participación, responderá, también, como partícipe del delito común o quedará impune. Tal solución no es justa, pues deja la impresión de quedar burlada la voluntad de la ley, que es sancionar el incumplimiento de deberes gravitantes sobre personas determinadas, y evidentemente, en tales casos, dichos deberes han sido infringidos”.

(61) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I*, cit. p. 437.

del principio de legalidad obliga a mantenerse también aquí firmemente vinculados al correspondiente tipo de delito (62).

Se ha dicho en repetidas ocasiones que el reconocimiento del autor mediato es solamente posible desde el punto de vista de un concepto extensivo de autor (63). Si fuese así habría que renunciar a la categoría de autor mediato, porque el concepto extensivo de autor no existe en nuestro Derecho (64). Por lo demás aceptar en tales condiciones la autoría mediata entrañaría dar cabida a los decisivos reparos de naturaleza sistemática, constitucional y estructural que aquejan al concepto extensivo de autor (65).

La verdad es, sin embargo, que la observación de que la autoría mediata sólo es compatible con un concepto extensivo de autor resultaría válida únicamente frente a quienes intentasen fundamentar aquélla invocando exclusivamente las razones sustanciales anteriormente expuestas, y prescindiendo de la particular configuración del correspondiente tipo.

La pretendida incompatibilidad entre concepción restrictiva de autor y autoría mediata sólo puede surgir para quienes identifiquen incorrectamente *realización* del tipo con *ejecución física* (directo-corporal) del mismo. La base de concepto restrictivo de autor debe constituir la idea de *realización* —y no la de ejecución física— de la correspondiente figura delictiva (66).

Será el sentido de cada tipo en particular el que nos indique si la realización de éste exige de modo indispensable una ejecución directa o se satisface también con una actuación mediata.

Es significativo que incluso algún penalista que rechaza la construcción de la autoría mediata, reconozca expresamente, no obstante, que “en general la interpretación restrictiva de la figura de delito no excluye el empleo de un instrumento, sobre todo cuando la actividad criminal es definida en función de un resultado” (67). Se habla

(62) Suscribimos plenamente la observación de J. BUSTOS, *Recensión a Autor y cómplice en Derecho Penal* de E. Gimbernat, en *Revista de Ciencias Penales* (Santiago de Chile) (enero-abril 1967), p. 57: “La larga experiencia del Derecho Penal y, en especial, de los últimos tiempos, nos dice que preferible a una *justicia material*, por lo demás bastante dudosa, es la conservación y defensa de las garantías de la persona humana.”

(63) R. LANGE, *Der moderne Täterbegriff und der deutsche Strafgesetzentwurf* (Berlín-Leipzig, 1935), pp. 17 s.; BOSCARRELLI, *Contributo alla teoria del “concorso di persone nel reato”* (Padova, 1958), pp. 121 s.

(64) J. ANTÓN ONECA, *Derecho Penal I*, cit. p. 437, nota 1.

(65) Cfr. R. MAURACH, *Tratado II*, cit. pp. 303 ss.

(66) E. NOVOA MONREAL, *Algunas consideraciones acerca del concurso de personas en un hecho punible* (Santiago de Chile, 1964) (Separata de *Revista de Ciencias Penales*): “Es autor el que en el hecho asume el papel de sujeto activo y realiza la conducta expresada en el tipo correspondiente” (p. 5), pero la interposición de un instrumento mecánico, animal o humano no altera la cualidad de verdadero autor del hecho, “porque el concepto de autoría no hace indispensable un contacto directo e inmediato del autor con el hecho que realiza” (p. 14).

(67) C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, cit. p. 54.

a este respecto del “fenómeno de la mecanización del iter criminis”. Con frecuencia el agente no lleva a cabo su obra con sus propias manos. A veces las fases extremas, la agresión del objeto material, la confía a medios mecánicos, a fuerzas de la naturaleza, a animales, y del mismo modo también (añadimos nosotros) a otras personas que actúan como instrumento (68). Pero no siempre la estructura del respectivo tipo lo consiente. Existen, por ejemplo, delitos de propia mano —son característicos los *delicta carnis*— que exigen una determinada actitud física del agente, una contigüidad espacial entre autor y víctima (69).

De este modo la cuestión de los límites dentro de los cuales resulta admisible una autoría mediata se traduce en un problema de parte especial, como lo es en general, según dejamos dicho, el concepto material de autor en sentido estricto (70).

IV. AUTORIA MEDIATA EN DELITOS IMPRUDENTES

El concepto de autor que hemos formulado al comienzo de este estudio tiene validez tanto en referencia con los delitos dolosos como imprudentes. En contra, un importante sector doctrinal, en el que hay que contar a los defensores de la doctrina finalista, intenta establecer una neta separación entre los conceptos de autor del delito doloso y autor del delito imprudente.

La característica general del “concepto final de autor” (*der finale Täterbegriff*) es “el dominio final del acto” (*die finale Tatherrs-*

(68) Es perfectamente posible que la figura legal la realice el autor en parte directamente y en parte mediatamente. A un supuesto de esta índole parece referirse la S. 21 diciembre 1967, que habla en relación con los acusados de “actos materiales de ejecución, no desvirtuados por el hecho de que utilizaren a otras personas para estampar las firmas, porque estas personas sólo fueron el instrumento...”. Importa destacar que en estos casos la calificación de autor proviene del concreto tipo de la parte especial del Código, y no como sostiene la citada sentencia del número 1.º del artículo 14. El *tomar parte directa en la ejecución del hecho* que se menciona en este precepto se refiere, a nuestro juicio, a hipótesis diversas (intervención directa de varias personas en régimen de coautoría) de aquellas en las que el autor único realiza la figura legal en parte directamente y en parte a través de persona que obra como instrumento.

(69) Vid. C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone*, cit. p. 54

(70) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. p. 250, destaca también que el problema del autor en sentido estricto se convierte en un problema de parte especial. No nos parece, en cambio, suscribible su afirmación (p. 249) de que en el Código penal español “los supuestos de autoría mediata que no están cubiertos ni directamente por el tipo correspondiente, ni tampoco por la inducción, son subsumibles, en su totalidad, en el artículo 14, número 3.º”. Existen supuestos de actuaciones mediatas que ni pueden subsumirse directamente en el correspondiente tipo ni pueden tampoco reconducirse a los números 2.º y 3.º del artículo 14, por vedarlo, según hemos expuesto, el principio de accesoriaidad.

chaft) (71). En el hecho imprudente —se dice— falta precisamente al autor, como consecuencia de su error sobre el proceso causal característico del comportamiento culposo, el dominio del acto (72). De ahí que el denominado “concepto final de autor” tenga validez únicamente para los delitos dolosos. Welzel destaca que la diferencia —sustentada por el finalismo— entre lo injusto de los delitos dolosos y el de los delitos imprudentes se refleja con particular claridad en la doctrina de la autoría (73).

Dos consecuencias derivan, por lo que al tema que nos ocupa se refiere, de las anteriores premisas finalistas: la necesidad de operar con un concepto extensivo de autor en el marco de los delitos imprudentes, y la imposibilidad de admitir una autoría mediata culposa.

En efecto, la característica del dominio final del hecho es —según se afirma —la que permite distinguir al autor de los partícipes (74). Ahora bien, como esa característica falta en los hechos imprudentes, no es posible entonces realizar tal distinción. De este modo mientras el finalismo postula un concepto restrictivo de autor para los delitos dolosos —autor es únicamente quien tiene el dominio del hecho— se ve obligado a propugnar un concepto extensivo de autor para los delitos culposos.

Maurach, después de exponer el contraste entre los conceptos extensivo y restrictivo de autor, indicando que según el primero “es autor quien *causa* el *resultado típico*” y conforme al segundo “quien *realiza* la *acción típica*”, advierte: respecto a los delitos de resultado susceptibles de comisión culposa existe “acuerdo en que la esencia de la autoría viene determinada por la causación (evitable) del resultado típico; en este sentido, todos los delitos culposos presuponen un *extensivo concepto de autor*” (75).

Welzel, por su parte, asegura que “autor de un delito imprudente es quien, a través de una acción que infringe la diligencia exigible en el tráfico, causa no dolosamente un resultado típico” (76). Por eso —añade Welzel— no hay lugar en los delitos culposos para la distinción entre autoría y participación. Toda clase de “co-causalidad” (*Mitursächlichkeit*) en la producción no dolosa —a través de una acción que lesiona el cuidado exigible en el tráfico— del resultado, es ya autoría (77).

La concepción extensiva de autor que el finalismo propugna para

(71) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 96.

(72) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 308.

(73) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 94.

(74) H. WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, en *ZStW* 58 (1939), página 540.

(75) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. pp. 300-301.

(76) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 95.

(77) H. WELZEN, *Das deutsche Strafrecht*, cit. p. 95. En sentido crítico ante esta diferente concepción de la autoría en los delitos dolosos e imprudentes, vid. K. ENGISCH, *Der finale Handlungsbegriff, in Probleme der Strafrechtserneuerung* (Kohlrausch-Festschrift) (1944), p. 176.

los delitos imprudentes implica, a nuestro juicio, una concepción causal de la acción. Se produce así una grave contradicción que compromete la premisa básica del sistema finalista.

Los finalistas pretenden anudar la distinta concepción del autor a la diferencia entre lo injusto de los delitos dolosos y lo injusto de los delitos culposos, salvando la *unitaria concepción final de la acción*. Así dirá Maurach: “La última característica común a los delitos dolosos y culposos en la *acción*, situada en la base de todo tipo, y concebida qui como una conducta orientada por la voluntad rectora a una determinada meta (“resultado”)” (78). Ahora bien, si se parte —como hace Maurach— de que “autoría es realización del acto propio”, la solución del problema de quién es autor vendrá dada por el concepto de acción (79). Luego, conforme al propio planteamiento de Maurach, el concepto extensivo de autor que se admite para los delitos imprudentes, entraña el reconocimiento de una concepción causal de la acción. Por lo demás, el mismo Maurach al criticar el concepto extensivo de autor —que no obstante considera válido para los delitos culposos— pone de relieve: “El reparo decisivo frente al concepto extensivo de autor estriba en su entronque directo *con el concepto causal de acción*. Si la acción se agota, sin atender a la dirección volitiva del autor, en una simple causación del resultado típico, de todo *ser causal* para el resultado típico se derivará la *propia* autoría” (80).

La segunda consecuencia que se deduce de los postulados de la doctrina finalista es, como señalábamos anteriormente, la imposibilidad de una autoría mediata culposa —tanto en delitos dolosos como culposos— porque el dominio del hecho por parte de la persona que actúa desde detrás es una característica material constitutiva de la autoría mediante (81). Maurach definirá al dominio del acto como el “*doloso*, tener las riendas del acontecimiento típico”, o lo que es igual, el “*doloso*, tener en las manos el curso del suceso típico” (82). Conforme a este punto de vista, del concepto mismo del dominio del hecho deriva su incompatibilidad con la imprudencia.

Contemplemos las anteriores conclusiones a la luz del ordenamiento penal español.

Como es sabido, el C. p. español, sin perjuicio de tipificar específicamente algunas infracciones culposas, adopta el sistema de incriminación abierta de la imprudencia, mediante tres cláusulas generales (83) contenidas en los artículos 565 (84), 586, núm. 3.º y 600 (85).

(78) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 307.

(79) Vid. J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado II*, cit. de Maurach, p. 310.

(80) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 304.

(81) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. p. 314.

(82) R. MAURACH, *Tratado II*, cit. pp. 309 y 343.

(83) Vid. G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La imprudencia simple sin infracción de reglamentos en el Código Penal*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL (1963), páginas 650 y ss.

(84) Artículo 565, párrafos primero y segundo: “El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito, será castigado con la pena de prisión menor. Al que con infracción de los regla-

La redacción del artículo 565 —“el que por imprudencia temeraria ejecutase (86) un hecho que, si mediare malicia, constituiría delito...” — “el que, con infracción de los reglamentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia...” — parece impedir la admisión de un concepto extensivo de autor. En efecto, como ya advirtiera Rodríguez Muñoz, del texto del artículo 565 se deriva la necesidad de “llevar a cabo precisamente la misma conducta objetiva que en los delitos dolosos”, apareciendo la imprudencia encadenada a “todo el proceso de ejecución (de los delitos dolosos) con sus genuinas modalidades” (87). Autor de un delito imprudente no será, pues, conforme al artículo 565 todo aquel que, a través de una conducta que infringe el cuidado exigible, pone un antecedente causal del resultado, sino tan sólo quien realiza imprudentemente la acción típica del correspondiente delito doloso. Autor del delito imprudente de detenciones lo será únicamente quien *encierre* o *detenga* (artículo 480); del delito de lesiones graves, quien *hiera*, *golpee* o *maltrate* (artículo 420); del delito de homicidio, quien *mate* (artículo 407). No lo serán, en cambio, quienes, aun habiendo contribuido causalmente por imprudencia a la producción del resultado, no realizaron la conducta típica descrita en el respectivo delito doloso.

De ahí la necesidad de admitir la participación en hechos imprudentes, es decir, la exigencia de distinguir también en el marco de los delitos culposos entre *autor* y *participes*. Nuestra doctrina no ha sido insensible a esta necesidad. Quintano pudo escribir que “por lo que se refiere a doctrina española moderna, pese a la autoridad de la tradición carrariana y la pauta marcada por la jurisprudencia, se hace ver una cierta simpatía por la solución de ampliar a lo culposo las normas de la codelincuencia” (88). Y, por su parte, el Tribunal Supremo, en algunas ocasiones admitió *cooperación culposa en delitos imprudentes*.

mentos, cometiere un delito por simple imprudencia o negligencia, se impondrá la pena de arresto mayor.”

(85) Artículo 586, número 3.º: Serán castigados con multa superior a 250 e inferior a 5.000 pesetas y reprensión privada “los que, por simple imprudencia o por negligencia, sin cometer infracción de los reglamentos, causaren un mal a las personas que, si mediare malicia, constituiría delito, y los que por cualquier clase de imprudencia causasen un mal a las personas que, si mediare malicia, constituiría falta”. Artículo 600: “Serán castigados con multa superior a 250 e inferior a 5.000 pesetas los que por imprudencia o negligencia simple, sin cometer infracción de los reglamentos, causasen daños en las cosas que, si mediare malicia, constituiría delito, y los que por cualquier clase de imprudencia causen daños en las cosas que, si mediare malicia, constituirían falta.”

(86) El término *ejecución* hay que entenderlo aquí —como se deduce de la comparación de los párrafos primero y segundo del propio artículo 565— como sinónimo de *comisión* (realización) del delito, y no en el único sentido de ejecución directa como acontece en el número 1.º del artículo 14.

(87) J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, *Nota al Tratado I* (Madrid, 1955) de Mezger, p. 209.

(88) A. QUINTANO RIPOLLES, *Derecho Penal de la culpa* (Barcelona, 1958), página 333.

En la Sentencia 31 octubre 1928 se contiene el siguiente razonamiento: "El único punto sometido a discusión en el presente recurso es si la estimación de autor, que se asigna al recurrente en la sentencia reclamada, procede con arreglo al artículo 13 (hoy 14) del Código penal, o por el contrario, debe eximirse de tal carácter, y por lo tanto, de toda responsabilidad; mas como dicho artículo preceptúa que se consideran autores no sólo a los que toman parte directa en la ejecución del hecho delictivo, sino a los que cooperan a la ejecución del mismo por un acto sin el cual no se hubiera efectuado, es notorio que al entregar Juan J. A. la dirección y el volante del camión que guiaba a un individuo que, según los hechos probados, además de hallarse en estado de embriaguez, carecía de título, de práctica y de pericia para el manejo de tales coches, es notorio que contribuyó a realizar el delito que se castiga" (lesiones graves y daños). Siguiendo idéntica línea, la Sentencia 22 febrero de 1930 considera cooperador del número 3 del artículo 14 al que con su omisión imprudente permitió que otro sujeto tomase la dirección de un vehículo de motor, causando culposamente la muerte de dos personas. La Sentencia 25 noviembre de 1952 declara que aparecen como protagonistas del caso enjuiciado (homicidio imprudente) y responsables criminalmente "tanto el conductor del aludido vehículo cuanto el propietario: el primero, como autor directo del lamentable suceso, por conducir a la sazón con notoria imprudencia y sin el obligado *carpet* un automóvil con notables y conocidos defectos en varios de sus esenciales mecanismos, y el segundo, es decir, el recurrente, porque, a su vez, con su contumaz anuencia y especial, exclusiva y eficiente autorización, realizó un acto sin el cual el delito en cuestión no hubiese tenido lugar, es decir, que si aquél incurrió en el caso previsto en el número 1.º del artículo 14 del Código penal, éste se halla incurso, en su caso, en el que establece el número 3.º del mismo precepto". Y las Sentencias de 17 noviembre 1958 y 2 julio 1966 se pronunciaron en similar sentido.

La dirección jurisprudencial marcada por las citadas sentencias presupone claramente un concepto restrictivo de autor en los delitos imprudentes. En todas ellas el Tribunal Supremo reconoce expresamente que quien "entrega" la dirección del vehículo a otro, quien "consiente" que otro tome el volante del auto o quien "autoriza" a que se circule con un automóvil que presenta notables defectos en sus mecanismos esenciales, no es autor (el concepto de autor en sentido estricto se corresponde, para el Tribunal Supremo, al igual que para la doctrina dominante española, con la figura del núm. 1 del art. 14), sino cooperador necesario (núm. 3 del art. 14) de las lesiones u homicidios imprudentes. Quien "entrega", "consiente" o "autoriza" no *ejecuta el hecho —hiere o golpea* (art. 420) *mata*, (art. 407)—, como requiere el artículo 565. Y ésta era precisamente la alegación de los respectivos recurrentes: no podían ser autores de un hecho que no habían realizado ellos, sino una persona distinta. Para condenarlos se le ofrecía al Tribunal Supremo la alternativa de considerarles au-

tores, menospreciando así la función de garantía del tipo —al prescindir de la exigencia establecida en el artículo 565 de que se realice el mismo proceso ejecutivo del correspondiente delito doloso, con sus peculiares modalidades de acción—, o bien calificarles como partícipes por imprudencia en el hecho culposo ajeno. En las Sentencias 31 octubre 1928, 22 febrero 1930, 25 noviembre 1952 y 2 julio 1966, optó plausiblemente por esta última vía. Téngase en cuenta que el número 3 del artículo 14, aplicado en estas Sentencias, es un indudable supuesto de *participación en hecho ajeno*, aunque a efectos normativos los cooperadores necesarios aludidos en dicho número se “consideren” autores. La aplicación del número 3 del artículo 14 implica lógicamente, por lo demás, el reconocimiento de la posibilidad de complicidad imprudente en delitos culposos. En efecto, el número 3 del artículo 14 y el artículo 16 (cómplices) coinciden sustancialmente en ser cooperación en hecho ajeno. La única diferencia estriba en que el primer precepto se refiere a la cooperación con un acto *sin el cual no se hubiera efectuado el hecho*. Ahora bien, quien admite la posibilidad de cooperar con un acto de esta índole debe admitir también la posibilidad de cooperación mediante un acto no necesario para la ejecución del hecho (89).

La dirección jurisprudencial a que acabamos de referirnos constituye una posición minoritaria. Nuestra doctrina jurisprudencial suele interpretar el requisito del artículo 565 “ejecución del hecho” como sinónimo de “realización del resultado típico” del respectivo delito doloso, es decir, como realización del “mal cierto y positivo, constitutivo de una de las infracciones dolosas especificadas en la ley penal” (90). De este modo se convierte a la figura legal de los delitos imprudentes —que ha de conformarse siempre a través de la integración del artículo 565 con el correspondiente tipo de delito doloso— *en tipos prohibitivos de causar* (91), que es, por otra parte, como aparecen expresamente diseñados por la ley, a través de las cláusulas de los artículos 586, número 3, y 600, los tipos de faltas imprudentes contra las personas y faltas imprudentes de daños.

En todo caso, la muy discutible interpretación jurisprudencial del artículo 565 como un tipo prohibitivo de causar o la configuración, como tal, por parte de la ley, de los artículos 586, número 3, y 600 no entraña el reconocimiento, para los delitos imprudentes, de un concepto de autor (extensivo) distinto al concepto de autor (restrictivo) de los delitos dolosos. El concepto de autor continúa siendo el mismo —siempre el restrictivo— y la mayor amplitud provendrá de la propia estructura del tipo. Mayor amplitud que se opera tanto

(89) A favor de la complicidad culposa en delitos imprudentes, con ejemplos, A. QUINTANO, *Derecho Penal de la culpa*, cit. p. 331, quien advierte que, sin embargo, no conoce ninguna sentencia española que haga referencia a ello (página 333).

(90) Sentencia 26 junio 1933.

(91) Sobre esta conversión llamé la atención en mi libro *La omisión de socorro*, cit. pp. 112-113.

en el marco de los delitos culposos como dolosos cuando la figura legal —recuérdese que, según el concepto restrictivo, autoría es realización de la figura legal— se presenta concebida como un tipo prohibitivo de causar. Por eso más allá de la mencionada interpretación jurisprudencial del artículo 565 como un tipo prohibitivo de causar, el propio Tribunal Supremo tendría que respetar el concepto restrictivo de autor ante aquellas figuras de delitos imprudentes que aparecen específicamente tipificadas en el Código o en leyes especiales y describen expresamente determinadas modalidades de conducta. Obsérvese, por lo demás, que es posible también una interpretación restrictiva de los tipos causales, en virtud de la cual se llegue a la conclusión de que no toda persona que pone un antecedente causal realiza la figura legal (92).

Hasta aquí hemos visto la posibilidad y necesidad de operar también en los delitos imprudentes con un concepto restrictivo de autor. La conclusión de que todo aquel que pone culposamente un antecedente causal del resultado es autor del delito imprudente y que, por tanto, no tiene sentido precisar las distintas formas de autoría ni hay lugar para la distinción entre autor y partícipes, no es correcta a la luz del ordenamiento penal español. Veamos ahora concretamente la otra conclusión antes mencionada, que niega la posibilidad de una autoría mediata culposa.

Cuando se dice —como ha dicho recientemente en nuestra patria Gimbernat— que ciertamente “sin dolo no existe dominio del hecho” (93), se afirma algo exacto si con ello se pretende destacar —según el designio de Roxin (94) y del propio Gimbernat— que no existe un “objetivo” dominio del hecho. El autor mediato debe de ser consciente de las circunstancias que convierten al ejecutor en su instrumento y le erigen a él en señor del acontecimiento. Si, en cambio, con el empleo del término “dolo” quiere negarse la posibilidad de que una persona realice un hecho imprudente a través de otra que actúa como mero instrumento, la afirmación “sin dolo no existe dominio del hecho” debe reputarse, a nuestro juicio, inexacta.

Maurach define, según hemos visto, el dominio del hecho como “el doloso tener las riendas del acontecimiento típico”. Con ello no ofrece el simple concepto de dominio del hecho, sino ya algo más: un concepto valorativo del dominio del hecho. Porque antes de referirse a “la posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente

(92) En este sentido C. PEDRAZZI, *Il concorso di persona*, cit. pp. 50 ss.: “Causar en el sentido del artículo 575 (el artículo 575 del C. p. italiano dispone que el que ocasiona la muerte de un hombre es castigado con reclusión no inferior a veintiun años) y similares no es poner un simple antecedente, sino reasumir y concluir la serie: causa la gota de agua que hace rebosar el vaso. Los factores que antes del evento tienen mero valor preparatorio adquieren con la consumación valor causal, pero no se convierten en ejecutivos y menos aún en típicos” (p. 52).

(93) E. GIMBERNAT, *Autor y cómplice*, cit. p. 127.

(94) C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. p. 331.

la configuración del tipo" (dolo), podrá —y deberá— hablarse de la "posibilidad, conocida por el agente, de dirigir finalmente un hecho", que puede ser un acto extratípico y perfectamente lícito. Antes del "doloso tener las riendas del acontecimiento típico" está, naturalmente, el "consciente tener las riendas del acontecimiento". La relación *señor-instrumento* puede establecerse, por supuesto conscientemente, para la realización de hechos extratípicos. Una persona puede convertirse voluntariamente en instrumento de otra para la realización de un hecho no típico (la voluntariedad dirigida a la realización de un acto no típico impide hablar de instrumento doloso). Pues bien, trabada esta relación *actuante mediato-instrumento* a propósito de la verificación de un hecho extratípico, puede suceder que la persona que obra desde detrás, por falta de diligencia, realice de modo no doloso, a través del instrumento, el tipo de un delito imprudente. Y no vale contraargumentar que el que así haya sucedido demuestra que el agente mediato no dominaba el hecho, porque entonces asignamos a la expresión dominio del hecho un significado distinto. Maurach indica, según antes hemos visto, que al autor del delito imprudente, como consecuencia de su error sobre el proceso causal, le falta el "objetivo dominio del hecho", porque "cree alcanzar únicamente su meta neutral para el tipo, cuando en realidad causa el resultado". Ahora bien, la ausencia de ese "objetivo dominio del hecho" cifrada en el fracaso que supone no lograr la finalidad perseguida y causar, en cambio, el no querido resultado típico, no es incompatible con la autoría mediata. El dominio del hecho esencial a ésta es el que proviene de la relación *señor-siervo de la actuación*, en virtud de la cual lo realizado por el segundo aparece como obra del primero. Mientras subsista firme esta, relación *dueño-instrumento*, existirá la posibilidad de una autoría mediata. Que, en tales casos, el agente mediato verre sobre el proceso causal y, en vez de conseguir el resultado extratípico, realice un tipo de delito imprudente, no evitará que el acto ejecutado por quien se comportaba puntualmente como mero instrumento aparezca como obra de aquél, del mismo modo que un error de idéntica índole y con similares resultados no impide, en los supuestos de autor inmediato, que el hecho culposo se muestre como obra de éste. Lo que fundamenta la autoría mediata —es decir, que la acción del ejecutor deba ser concebida como obra de la persona que actúa desde detrás— es la relación *dueño-instrumento*, y esta relación puede subsistir con plena firmeza en los casos en los que el sujeto mediato fracasa respecto a los objetivos finalísticamente perseguidos y provoca la verificación de un tipo de delito imprudente a través de una persona que se comporta como un simple y fiel instrumento (95).

(95) Han admitido la posibilidad de una autoría mediata culposa, entre otros, K. BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 7.^a edic. (Leipzig, 1907), pp. 152 y 155; E. MEZGER, en *Leipziger Kommentar I*, cit. p. 259; C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. pp. 538 ss.

El Tribunal Supremo declaró de modo terminante en la Sentencia 6 de abril 1949 que la tesis "relativa a la autoría mediata, o sea, cuando el culpable se vale de persona intermedia o superpuesta para cometer el delito, es notoriamente inaplicable a los de carácter culposo" (96). Pero la verdad es que los hechos enjuiciados en otras Sentencias, como la de 5 junio 1957, y las consideraciones en ellas contenidas, prueban la existencia real de casos de autoría mediata culposa y confirman plenamente nuestra anterior argumentación.

Los hechos contemplados en la Sentencia 5 junio 1957 son los siguientes: "En la tarde del día 22 de octubre de 1954, en la placeta del L., el camión matrícula 7.877, de M., propiedad del procesado F. R. R., después de haber cargado carbón, necesitaba realizar maniobras para ponerse en la dirección única autorizada en aquel lugar, para lo que dicho procesado, puesto en pie en la calle, daba órdenes al conductor del camión, que no podía ver nada de la parte posterior por efecto de la carga, y una de esas maniobras necesarias era la de marcha atrás, siguiendo el chófer puntualmente las órdenes e instrucciones dadas por el procesado, quedando el camión parado con la parte posterior de la carrocería a dos metros de los edificios, en cuyo momento el interfecto don D. C. R., que venía por la mano derecha, por la acera, de sesenta centímetros de anchura, estimando racional y debidamente que el camión no avanzaría más ni asaltaría la acera, continuó su marcha, en cuyo momento el procesado, sin la más elemental precaución de avisar a los transeúntes o enterarse si alguien pasaba o intentaba pasar por la acera, ordenó al chófer continuara reculando, sin prever tampoco que necesariamente había de asaltar el espacio de la acera y con su orden aplastó sobre la pared a dicho señor C."

La Audiencia condenó al procesado como autor de un delito de homicidio por imprudencia temeraria, previsto y castigado en el artículo 565 en relación con el 407 del Código penal. En el recurso interpuesto ante el Tribunal Supremo por el procesado se alega, entre otras cosas, que éste no era el conductor del camión, razón por la cual la Audiencia "no pudo llegar a declarar autor responsable a quien no causa daño materialmente, ni formó, ni indujo a que lo causara, ni cooperó de acuerdo con él, para causarlo, porque el acto de cooperación no era de ninguna manera necesario", y al considerar autor al procesado el Tribunal *a quo* "no valoró la esencia del propio hecho, llegando a la consecuencia de que quien procura ayudar a la vigilancia encomendada a otro no es reo del daño que otro causa,

(96) La declaración continúa: "pues sólo es susceptible de serlo a los de naturaleza dolosa, típicamente definidos en la ley". De esta suerte, la Sentencia 6 abril 1949 puede ser invocada como contraria a la autoría mediata en general, y no sólo a la culposa. En efecto, parece admitir únicamente esta categoría de autores en las hipótesis en las que el tipo prevé expresamente la actuación a través de persona intermedia, en cuyo caso no surge ningún problema de autoría mediata, pues quien actúa mediatamente es, en tales supuestos, autor inmediato por ejecución directa, conforme al respectivo tipo.

porque no hay ni acto ni omisión en el agente declarado culpable que determine su responsabilidad”.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso mediante el siguiente razonamiento: “El que dirige la maniobra de marcha atrás, cuando el camionista obedece puntualmente sus órdenes, sin incurrir éste ni en dolo ni culpa al cumplimentarlas, es el autor responsable, aunque por mano ajena, del resultado, y en consecuencia, no puede exculparse por no haber sido el que maniobra personal y materialmente, pues era la mente directora y vinculada por la orden dada a su empleado, ya que éste la seguía con exactitud, por entender que su patrono cumplía todas las previsiones que a un hombre normal cabe exigir en tal circunstancia.”

Los hechos relatados en la Sentencia 5 junio 1957 prueban la existencia de relaciones *señor del hecho-instrumento* establecidas para la realización de finalidades extratípicas, como lo era en el caso enjuiciado, colocar al camión en la única dirección autorizada. Hasta tal punto que la asunción por parte del procesado de la dirección y control de la maniobra y la conversión del chófer, a tal efecto, en mero instrumento, hace posible que se considere a éste, tanto por la Audiencia como por el Tribunal Supremo, exonerado de los deberes de diligencia que en otro caso le incumbirían personalmente, los cuales pasan a gravitar en virtud de la previa relación establecida sobre el procesado. La narración de hechos pone de relieve, asimismo, que en tanto se mantenga dicha relación puede subsistir una autoría mediata, aunque quien actúa desde detrás incurra al dirigir el instrumento en imprudencia. Obsérvese cómo la declaración de hechos destaca que el chófer seguía “*puntualmente* las órdenes o instrucciones dadas por el procesado”, a fin de poder considerar el hecho como obra de quien dirigía la maniobra. Con ello se afirma la subsistencia de una relación *señor-instrumento*, que fundamenta una autoría mediata. Esta desaparecería, en efecto, si en algún momento, dolosa o imprudentemente, el instrumento dejase de cumplir con fidelidad las instrucciones recibidas de quien asumió la dirección del hecho no típico (97). Pero permanece, en cambio, en tanto esa relación se

(97) A nuestro juicio, cuando el autor que permanece detrás no actúa dolosamente, la imprudencia o dolo del ejecutor desplaza aquella particular relación *señor-instrumento* (creada para la práctica de un acto extratípico) capaz de fundamentar, de acuerdo con lo indicado anteriormente, que lo realizado por el ejecutor material —siguiendo las instrucciones de quien asumió la dirección del hecho— pueda considerarse como *obra imprudente* del autor mediato. En este punto la diferencia con los supuestos en los que el “hombre de detrás” utiliza dolosamente al instrumento, resulta clara. La Sentencia 5 junio 1957 se mueve en esta línea al destacar que el chófer seguía “*puntualmente* las instrucciones del procesado sin incurrir en dolo ni culpa”.

De opinión contraria es C. ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, cit. páginas 538 ss., quien al hablar de la autoría mediata en hechos imprudentes distingue tres grupos: a) la persona intermedia obra sin dolo e inculpablemente; b) lesiona también ella un deber de diligencia; c) actúa dolosamente. Téngase en cuenta que Roxin opera en esta materia con su original concepto

mantenga firme, aun cuando, como en el caso enjuiciado, la persona que actúa desde detrás fracase, por su temeraria imprudencia, en la consecución de los objetivos perseguidos y cause el luctuoso y no querido resultado típico.

Digna de particular atención es la configuración misiva de los hechos, en la que muy significativamente se dice que el procesado "con su orden *aplastó*" sobre la pared a la víctima. Antes, pues, de llegar al plano de las consideraciones jurídicas, en el nivel mismo de los hechos, la conducta realizada materialmente por el ejecutor se describe ya como obra propia del agente mediato. No se dice que el procesado, con su imprudencia "ha sido la causa" o "ha ocasionado" el aplastamiento de la víctima, sino que fue él quien, con su orden, *aplastó* al interfecto. El acontecimiento se narra ya como *hecho propio* del procesado, realizado en autoría mediata, porque *materialmente*, claro está, nadie puede matar a otro en virtud de una "orden" transmitida a tercera persona. El procesado fue —como subraya el Tribunal Supremo— *autor* del delito de homicidio por imprudencia, si bien a través de *mano ajena*. De ahí que resultasen vanas las alegaciones del recurrente de que el procesado no fue el ejecutor material de la muerte ni, por otra parte, indujo o cooperó con un acto necesario al daño causado. Se trata de un supuesto de autoría mediata en delito imprudente y ya se sabe que, por definición, el autor mediato no ha de ser el ejecutor directo, ni puede, por lo demás, aparecer como partícipe en hecho ajeno, porque la autoría mediata, como forma de autoría que es, constituye siempre realización del hecho propio.

de autoría formulado para los denominados *Pflichtdelikte*, entre los que se incluyen los delitos imprudentes (p. 527). Lo decisivo conforme a este punto de vista, no es que el ejecutor directo aparezca como "instrumento" (Cfr. p. 538) y que la persona que actúa desde detrás se muestre como *dominus*, sino la posibilidad de establecer una relación —a través de la conducta de un tercero— entre el comportamiento contrario al deber (de diligencia) y el resultado. También K. BINDING, *Grundriss*, cit. p. 152, defendió la posibilidad de que en la autoría mediata culposa el instrumento obrase imprudente o dolosamente.

La admisibilidad de una coautoría en delitos imprudentes o, en su caso, la necesidad de recurrir a la categoría de la llamada "autoría accesoria", así como la posibilidad de participación culposa en delitos dolosos, son cuestiones que exceden notoriamente los límites que nos hemos trazado en el presente estudio.

