

LA AUTORÍA MEDIATA EN ALGUNOS SUPUESTOS DE ERROR

CAROLINA BOLEA BARDÓN

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Barcelona

Sumario

1. Introducción. 2. Concepto, fundamento y estructura de la autoría mediata. 3. La autoría mediata en el Código penal vigente. 4. La autoría mediata en algunos supuestos de error. 4.1. Supuestos de error de tipo. 4.2. Supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación. 4.3. Supuestos de error de prohibición. 4.4. Supuestos de error sobre la identidad de la víctima.

1. Introducción

La calificación jurídica de la persona que utiliza a otra para cometer un delito ha sido discutida en la doctrina y jurisprudencia alemanas durante años. En España, el nivel de desarrollo e interés que ha despertado esta figura no ha llegado nunca al grado alcanzado en Alemania. Sin embargo, a partir de la inclusión de la autoría mediata en el CP 1995, tiene pleno sentido cuestionarse el fundamento y estructura de esta concreta forma de autoría¹. Y ello, pese a reconocer la equi-

¹ De otra opinión, SÁNCHEZ VERA, «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica “trascendencia”», *ADPCP*, 1998, pp. 319 y ss., quien, a partir de la equivalencia normativa entre la autoría mediata y la inmediata, relativiza la impor-

valencia material entre las distintas formas de autoría (en el plano axiológico). Pues los criterios de imputación que sirven para explicar la autoría varían en función de que el sujeto actúe por sí solo, conjuntamente o por medio de otro. Por otro lado, concretar la extensión de la autoría mediata permite establecer límites respecto a figuras afines como la inducción².

Hoy en día, prácticamente ya nadie atribuye a la autoría mediata, por lo menos formalmente, la función de cubrir lagunas de punibilidad. Función que originalmente se asignaba en Alemania a esta figura para resolver algunos de los problemas derivados de una regulación positiva que hasta 1943 establecía el criterio de la accesoriedad máxima³. Dicha función resultaba incompatible con un concepto primario de autor, según el cual tanto la extensión como el contenido de cualquiera de las formas de autoría han de ser determinados directamente, de forma primaria y no de forma secundaria⁴. Con el tiempo se ha ido consolidando la idea de que estamos ante una figura con sustantividad propia, reconocida en el CP español y en el StGB alemán como forma de autoría. Sin embargo, todavía en la actualidad, bajo algunas de las versiones de la teoría del dominio del hecho, sigue latente una concepción de la autoría mediata más dirigida a solucionar problemas de punibilidad que a tratar de fundamentar dicha figura de manera independiente⁵.

tancia de la distinción entre ambas formas de autoría, tachándola de una cuestión puramente fenomenológica. A mi juicio, la equivalencia material en el plano valorativo no debe confundirse con la equivalencia estructural que, sin duda, no concurre entre autoría mediata e inmediata, y todo ello, sin abandonar la perspectiva normativa. Sobre el fundamento y la estructura de la autoría mediata, *vid.*, con más profundidad, BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 139 y ss.

² Sobre la figura de la inducción, *vid.*, ampliamente, GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995; OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoría*, 1999.

³ *Cfr.*, al respecto, JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1993, 2.ª ed., n. 21/17 y 62; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, p. 664; RANDT, *Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen*, 1997, p. 13; HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW*, n. 110, 1998, pp. 603 y ss. (existe traducción al castellano a cargo de SÁNCHEZ-OSTIZ, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 5, 2000, pp. 189 y ss.).

⁴ A favor de un concepto primario de autor se manifiesta la doctrina dominante en Alemania (*vid.*, por todos, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, pp. 647 y 648).

⁵ Como ya señalara NOWAKOWSKI, *Täterschaft und Täterwille*, *JZ*, 1956, p. 549, «hay casos en los cuales el hombre de detrás quiere ser reconocido como autor mediato, a pesar de no tener al ejecutor en sus manos como instrumento (...) Aquí el dominio del hecho no está materialmente fundamentado, sino que se reconoce de forma

La autoría mediata cumple con la finalidad de ampliar el concepto de autor basado tradicionalmente en la ejecución de propia mano del delito. Desde una concepción material del injusto, hoy en día parece evidente que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico no se puede limitar a la ejecución físico-corporal (naturalística) del hecho. De la regulación positiva vigente tanto en España (art. 28 CP) como en Alemania (§ 25 StGB) se desprende que también puede ser autor de un delito quien no ha intervenido en la ejecución material del mismo. En otras palabras, que la autoría no exige una ejecución de propia mano, siempre que de la propia redacción legal de los tipos de la Parte especial no se desprenda lo contrario.

2. Concepto, fundamento y estructura de la autoría mediata

Afirmamos que la autoría mediata es una forma de autoría que se caracteriza por la comisión de un delito a través de otra persona. La persona de detrás realiza el tipo pese a no ejecutar de propia mano la acción descrita en el mismo. No obstante, no se trata, como sostiene un sector de la doctrina alemana, de imputar al hombre de detrás una conducta ajena, sino de la imputación de un hecho como propio⁶. A mi juicio, la premisa según la cual cada uno responde exclusivamente de lo que uno hace es, en principio, válida. Pero hay que advertir que la propia conducta (lo que uno hace) no tiene por qué identificarse

excepcional para evitar la indeseable consecuencia de la impunidad». *Vid.* las críticas a la teoría del dominio del hecho que realiza OLMEDO CARDENETE, *La inducción como forma de participación accesoria*, 1999, pp. 163 y ss.

⁶ En el mismo sentido, JOERDEN, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, p. 67, nota 150. De otra opinión, sin embargo, quienes entienden que la autoría mediata supone una ampliación de la responsabilidad y, por tanto, una excepción a la regla de responsabilidad por la propia conducta. Así, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, pp. 42, 69 y s. Para este autor, cada uno responde exclusivamente de lo que uno hace y sólo será corresponsable de lo que haga otro si existen razones especiales que lo justifiquen. En el caso de la autoría mediata, la contribución dolosa de la persona de detrás (causación mediata del resultado) se incluye en su ámbito de responsabilidad como si hubiera actuado inmediatamente. En este sentido también el castigo de la participación en un hecho ajeno supone una excepción al «principio de propia responsabilidad». Se adhiere a este planteamiento, WALTHER, *Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter un «Opfer» bei riskantem Zusammenwirken*, 1991, pp. 80, 81, 145 y 146, llegando esta autora a afirmar que las prescripciones legales sobre autoría mediata y coautoría constituyen, en realidad, causas de extensión de la pena.

siempre con una actuación inmediata (ejecución de propia mano)⁷. Precisamente, cometer un hecho en autoría mediata no supone responder por la conducta de otro, sino responder por la propia conducta que consiste en instrumentalizar a otro para cometer un delito. De ahí que no quepa decir que la autoría mediata supone una excepción al «principio de autorresponsabilidad». Ni siquiera la figura del autor tras el autor puede ser concebida de este modo, pues aquí la excepción no se refiere a dicho principio, sino a la regla según la cual la plena responsabilidad del último interviniente en el hecho (autor doloso) excluye una posible autoría en relación con las intervenciones anteriores⁸.

A favor de entender que la propia conducta no tiene porqué identificarse en todo caso con una actuación inmediata habla el hecho de que la mayoría de los tipos de la PE, pese a describir conductas de autoría, no tipifican expresamente ni supuestos de autoría inmediata ni de autoría mediata⁹. La ejecución inmediata del hecho constituye el criterio más tradicional a través del cual se atribuye al sujeto la realización típica. Pero, aunque haya que reconocer que en la autoría inmediata individual el dominio se halla más próximo al dominio fáctico que en la autoría mediata, en ambos casos el dominio acaba siendo normativo. Ciertamente, el dominio o control, entendido en sentido naturalístico, en cuanto se considera relevante para definir una institución jurídica pasa necesariamente a normativizarse. Con todo, ello no significa que en la autoría mediata sea posible eliminar todo control fáctico, pues, de ser así, acabaríamos construyendo un concepto de dominio puramente normativo, y cierto control fáctico tienen incluso los partícipes.

En cuanto a la idea de instrumentalización, que normalmente se vincula a la autoría mediata, hay que advertir que la misma no es exclu-

⁷ Así, también, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 164.

⁸ Sobre la figura del autor tras el autor *vid.*, en detalle, BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 158 y ss.

⁹ Así, KINDHÄUSER, «Betrug als vertypte mittelbare Täterschaft», en: BEMMANN, *FS*, 1997, p. 339. Considera este autor que la mayoría de delitos del Derecho penal alemán son neutros en cuanto a la autoría (*täterschaftsneutral*), dividiendo en dos grupos los delitos que, efectivamente, tipifican formas de autoría: por una parte, si la conducta contraria a la voluntad de la víctima pertenece conceptualmente al tipo del delito, entonces el delito es una tipificación de una autoría inmediata; por otra, si el tipo exige una conducta con la voluntad de la víctima entonces estamos ante una autoría mediata tipificada. Como ejemplos de tipificaciones de autoría inmediata señala los §§ 123 y 242 StGB (allanamiento de morada y hurto); y, de autoría mediata, el § 263 StGB (estafa).

siva de esta forma de autoría. Pues aparece también en supuestos de ausencia de acción en el ejecutor material, donde la instrumentalización alcanza un grado máximo. La utilización de una persona cuya voluntad queda completamente anulada nos remite a la autoría inmediata individual o unipersonal¹⁰. Son casos en los que ni siquiera se aprecian «alternativas de acción», y sin alternativas de acción no es posible establecer una relación de autoría en sentido jurídico-penal. No es necesario acudir aquí a la autoría mediata porque la persona de delante es perfectamente equiparable a una fuerza inanimada. Precisamente, empezamos a considerar la admisión de la autoría mediata cuando se da un mínimo de voluntad en el ejecutor material¹¹. Mínimo de voluntad que impide al hombre de detrás controlar la acción del de delante como si de un objeto mecánico se tratase.

Ahora bien, puede suceder que el sujeto posea alternativas de actuación pero desconozca el peligro que comporta su conducta. De ser así, habrá que negar que la misma derive de una decisión autónoma, ya que sin conocimiento del riesgo no es posible hablar de autonomía (autonomía entendida como capacidad del sujeto de tomar una decisión propia y responsable). El error de tipo, por ejemplo, no anula la libertad de acción, pero sí determina la ausencia de una decisión autónoma. En cambio, cuando la decisión se toma bajo una situación coactiva, en la que las alternativas de acción quedan reducidas a sufrir el peligro amenazante o cometer el delito, aunque se produzca una evidente pérdida de espontaneidad de la resolución, sigue existiendo una cierta capacidad de elección. La influencia de la persona de detrás en estos casos puede ser más o menos intensa, incluso llegar a provocar la situación de necesidad, pero no eliminará la existencia de una decisión propia y autónoma a no ser que anule todas sus posibilidades de elegir, empleando, por ejemplo, *vis absoluta*¹².

¹⁰ En este sentido, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito*/2, 2001, p. 214, nota 36; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., 2002, 14/55; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., 1999, p. 749.

¹¹ En este momento comienza a tener relevancia la conducta del instrumento, pues aunque no sea plenamente responsable del peligro (no le sea imputable subjetivamente a título doloso), cabe que éste le sea por lo menos imputable objetivamente, con lo que se le atribuirá una responsabilidad preferente respecto a terceros ajenos al mismo, pudiéndose derivar de ello importantes consecuencias, entre ellas, generar un deber de tolerancia de la acción de salvaguarda emprendida en estado de necesidad defensivo (sobre ello, *vid.*, ampliamente, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 110, 170, 171 y 172).

¹² La capacidad de elección constituye un presupuesto para hacer responder penalmente a una persona por los riesgos que proceden de su propia esfera. Sin alternativas de actuación ni siquiera es posible establecer una relación de autoría en sen-

Para delimitar la figura de la autoría mediata un sector destacado de la doctrina alemana propone acudir al «principio de responsabilidad», tal como se interpreta normalmente en sede de autoría y participación, esto es, atendiendo a la responsabilidad penal¹³. Los partidarios del «principio de responsabilidad» sostienen que la posibilidad de admitir autoría mediata termina allí donde el instrumento es en sí mismo autor plenamente responsable¹⁴. Se argumenta que un mismo

tido jurídico-penal. La imagen que el Derecho tiene de la persona es por consiguiente la de un individuo que dispone de autonomía (siempre en términos relativos) y que está capacitado para responder de sus propias acciones. Esta imagen normativa, que el ordenamiento ha elegido del hombre, va a tener consecuencias en los distintos ámbitos del Derecho. Desde la perspectiva jurídico-penal, cobra especial importancia el «principio de autorresponsabilidad» por su proyección en diferentes puntos de la teoría del delito. Sobre la importancia del «principio de propia o autorresponsabilidad» para la teoría de la autoría, *vid.* BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 112 y ss. *Vid.* un desarrollo de este principio en el ámbito de las formas de intervención en el delito en ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 161 y ss.; y, en relación con la problemática de la conducta de la víctima dentro de la teoría del tipo, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, 2.ª ed., pp. 261 y ss.

¹³ Uno de los primeros autores en emplear el «principio de responsabilidad» fue GALLAS, «Täterschaft und Teilnahme», en: *Materialien zur Strafrechtsreform*, 1 Bd. 1954, p. 134; el mismo, *Beiträge zur Verbrechenslehre*, 1968, pp. 98-100. Según GALLAS, «hay que negar una autoría mediata basada en el dominio del hecho del instigador allí donde el que actúa inmediatamente es autor *plenamente responsable* (...) el dominio del hecho a través de la utilización de otro como instrumento debe encontrar sus límites donde el Derecho valora el hacer del que actúa inmediatamente como *libre* (...)». El «principio de responsabilidad» ha sido especialmente desarrollado por ROXIN, aunque sólo lo utiliza para las situaciones de necesidad (*vid.* ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 143-148 y 163-170; el mismo, en: *LK-StGB*, 11.ª ed., 1993, § 25, n. 61-65, pp. 36 y 37).

¹⁴ Así, JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., 1996, p. 664; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.ª ed., 1991, 21/63, p. 632. *Cfr.*, también, BLOY, «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», *GA*, 1996, pp. 437 y 438. Para este último autor, el control del instrumento que posee el hombre de detrás deriva de la utilización de un defecto del de delante, a través del cual el hombre de detrás adquiere el dominio del hecho, en forma de dominio de la voluntad, que se sobrepone al dominio de la acción, propio del de delante. En aplicación del «principio de responsabilidad», llega a la conclusión de que para apreciar autoría mediata el defecto del instrumento debe estar de tal forma constituido que el último en actuar no responda penalmente por su acción. Como ejemplos menciona los casos de error y coacción siempre que excluyan una conducta (penalmente) responsable. En tales supuestos la responsabilidad por el hecho como autor mediato se traslada a quien domina esta situación a través de engaño o fuerza (*vid.* una defensa más amplia del «principio de responsabilidad», como criterio normativo, en: BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus*, 1985, pp. 345-362).

ordenamiento jurídico no puede, sin entrar en contradicciones, calificar, por un lado, al ejecutor material como autor libre y, por otro, considerar su comportamiento como dominado por el hombre de detrás, es decir, como no libre. Con esta clase de argumentaciones se pone de relieve que en materia de autoría y participación a menudo se confunden los presupuestos que fundamentan la responsabilidad, es decir, la tipicidad fundamentadora, con la consecuencia jurídica, o sea, la responsabilidad penal¹⁵.

A mi juicio, es necesario distinguir entre responsabilidad por el propio comportamiento organizador, que deriva de imputar al sujeto los riesgos que surgen de su esfera organizativa, y responsabilidad penal que resulta de atribuir el hecho a su autor en un contexto de ausencia de causas de justificación, de inimputabilidad y de exculpación. Para afirmar la autoría en sentido jurídico-penal es suficiente que se pueda imputar el hecho al sujeto en términos de tipicidad objetiva y subjetiva¹⁶. No es preciso, por tanto, que el hecho sea antijurídico¹⁷. Ahora bien, responder a título de autor no implica necesariamente responder penalmente del hecho ejecutado. Todavía hay que determinar si se dan los presupuestos necesarios para hacer responder al autor de su hecho. Por tanto, la responsabilidad penal del ejecutor material no sirve como regla de imputación en sede de autoría. Es de destacar que incluso muchos de los partidarios de acudir al «principio de responsabilidad» reconocen que la falta de responsabilidad penal del instrumento no es base suficiente para fundamentar el dominio del hecho del de detrás. Ello ha determinado a algunos autores a seguir empleando elementos psicológicos para explicar en qué se basa el dominio. Con frecuencia se menciona el dirigir al instrumento a través de una voluntad superior, lo que se interpreta como auténtica utilización de otro como instrumento. El problema básico de este tipo de argumentaciones radica en vincular el criterio del dominio del hecho con el dominio de otra persona. El dominio del hombre de detrás no exige un control efecti-

¹⁵ Críticamente sobre la aplicación del «principio de responsabilidad», insistiendo en la necesidad de distinguir entre fundamento y consecuencia jurídica, RANDT, *Mittelbare Täterschaft durch Schaffung von Rechtfertigungslagen*, 1997, pp. 19, 29, 30, 45, 46, 51, 53, 57, 58 y 59. Acaba, no obstante, este autor basando el dominio del hecho en el dominio efectivo del instrumento.

¹⁶ Es necesario advertir, sin embargo, que la imputación objetiva y subjetiva del hecho no se identifica con el dominio del riesgo. Sucede que el dominio del riesgo toma elementos de ambos juicios de imputación (además de otros) para decidir si se debe atribuir el hecho a título de autor o de partícipe, teniendo en cuenta que el contenido de lo que se imputa a cada uno es distinto.

¹⁷ De otra opinión, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., 1999, p. 749.

vo de la voluntad ajena, cuestión empírica a menudo inconstatable, siendo suficiente con poder afirmar el control del riesgo en términos normativos.

Por otra parte, al examinar los distintos grupos de casos en que se cuestiona la aplicación de la autoría mediata, vemos que la utilización del «principio de responsabilidad» plantea especiales dificultades en supuestos de responsabilidad plena o semiplena. En efecto, resulta difícil explicar la admisión de esta figura cuando el hombre de delante sigue respondiendo de su hecho (doloso), aunque sea de forma atenuada. Así, por ejemplo, en supuestos de error de prohibición vencible, de semiinimputabilidad y de actuación en el marco de organizaciones criminales. Algunos de los partidarios de acudir al principio de responsabilidad, para no tener que renunciar a la aplicación de la autoría mediata en estos casos, acaban flexibilizando este criterio, admitiendo excepciones al mismo¹⁸.

En definitiva, el criterio que nos sirva para fundamentar la autoría mediata habrá de ser un criterio normativo que, sin desconocer la «realidad fáctica», responda a decisiones valorativas. Que este criterio sea designado con expresiones como «dominio del hecho», «dominio de la decisión», «dominio de la configuración», etc., no tiene mayor relevancia, siempre que se les atribuya un contenido específico. La expresión «dominio del hecho», o mejor, dominio del riesgo, puede ser útil para designar la relación que se establece entre el autor y el hecho; mientras que el término instrumentalización resulta más adecuado

¹⁸ Así, por ejemplo, OTTO, «Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft», *Jura*, 1987, pp. 254-256; el mismo, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6.ª ed., 2000, 21/83-85. En general, se muestra este autor a favor del «principio de responsabilidad», rechazando, por consiguiente, tanto la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder como la construcción del «instrumento doloso no cualificado» o del «instrumento doloso sin intención», por faltar el dominio sobre el hombre de delante por parte del supuesto autor. Pero, en cambio, prescinde del «principio de responsabilidad», al admitir la autoría mediata cuando el hombre de delante actúa en error de prohibición vencible. También BLOY, «Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung», *GA*, 1996, pp. 437-442, uno de los máximos defensores del «principio de responsabilidad», al llegar al ámbito de las organizaciones renuncia a dicho criterio, argumentando que el mismo sólo es aplicable cuando se trata de dominar individualmente al instrumento, pero no, en cambio, cuando lo que se plantea es el dominio del suceso a través de la organización. Acaba distinguiendo este autor entre dominio individual y dominio de la organización como formas de dominio estructuralmente diferentes. *Cfr.*, también, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996, p. 164, para quien «la imagen normativa de la instrumentalización no se corresponde únicamente con los supuestos en que el Derecho libera de responsabilidad a quien actúa delante, sino también cuando actúa culpablemente con responsabilidad atenuada».

para reflejar la relación entre el hombre de detrás y el ejecutor material¹⁹. De este modo, podemos afirmar que el hombre de detrás domina el hecho, sin necesidad de ejecutarlo de propia mano, a través de la instrumentalización de otro que, a su vez, podrá ser o no ser autor del hecho que ejecuta, entendiendo que un mismo proceso lesivo puede ser imputado jurídicamente a más de una persona²⁰.

La discusión tradicional en torno a la figura del autor tras el autor se ha limitado a los supuestos de plena responsabilidad penal del hombre de delante. Y ello, como consecuencia de haber escogido como criterio regulativo no la autonomía que permite afirmar una decisión autónoma, sino la que se vincula a la responsabilidad criminal. Si partimos, en cambio, de la autonomía vinculada a un primer nivel de imputación (la que se conforma con una decisión propia y responsable), vemos que muchos de los casos considerados por la doctrina como de autoría mediata, en realidad constituyen supuestos de autor tras el autor. De ahí la importancia de distinguir entre la autoría mediata en sentido estricto y la figura del autor tras el autor. Común a ambas modalidades es la realización mediata de un tipo de autoría, la falta de ejecución de propia mano del delito y la intervención en un hecho propio. Se trata, sin embargo, de dos formas de instrumentalización cualitativa y estructuralmente distintas.

La autoría mediata *stricto sensu* se caracteriza por la comisión de un delito a través de otro sujeto al que no se le puede imputar como autor (doloso) el hecho que materialmente ejecuta. Y ello, por falta de una decisión autónoma que genere plena responsabilidad. El dominio del hombre de detrás deriva de poner en marcha un curso lesivo que no depende para su realización de ninguna otra decisión autónoma. El hombre de detrás es el único que interviene en el proceso decidiendo conscientemente sobre el peligro. En este sentido, tiene un dominio exclusivo del riesgo.

¹⁹ Importante es insistir en que el dominio, al igual que la realización típica, debe ser interpretado normativamente, orientándose más a la imputación de riesgos que al control entendido en términos naturalísticos. El dominio elevado a un plano normativo no se desvincula de la realidad que pretende regular, pero combina base fáctica con decisión jurídica. Ciertamente, un criterio normativo de dominio no puede prescindir de ciertos referentes fácticos, que habrán de ser tenidos en cuenta junto a la regulación positiva y a los principios axiológicos que informan el conjunto del ordenamiento jurídico.

²⁰ Sobre esto último, *vid.* SILVA SÁNCHEZ, «La regulación de la “comisión por omisión”», en: *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 77. De hecho, la doctrina ya viene admitiendo que un suceso puede ser imputado jurídicamente a más de una persona cuando se reconoce la figura de la autoría accesoria.

En general, la interposición de una decisión autónoma en el proceso lesivo iniciado por otra persona viene a interrumpir la posibilidad de imputar el hecho al primer agente. Sin embargo, en determinadas circunstancias es posible afirmar la existencia de varias personas responsables por el peligro y no siempre estableciéndose una relación horizontal entre ellas, sino también vertical. Para poder afirmar la autoría del hombre de detrás, una vez confirmada la plena responsabilidad por el peligro del autor inmediato, es necesario constatar una manipulación de la situación que permita al hombre de detrás contar con la lesión del bien jurídico, a pesar de que exista otra decisión autónoma, en relación con el mismo proceso lesivo. Una manipulación de este tipo normalmente se consigue generando en el autor inmediato un déficit de conocimiento o un déficit de libertad. Así sucede en los casos de utilización de una decisión delictiva ajena previa en contra de un tercero, como cuando se provoca un error *in persona* en el autor inmediato, o también en los supuestos de provocación en el autor inmediato de una situación de estado de necesidad coactivo *stricto sensu*, de un estado de inimputabilidad o de un error de prohibición²¹. Pero, aunque ello sea lo más usual, en alguna ocasión el dominio del riesgo se obtiene sin necesidad de generar en el autor inmediato ni un defecto de conocimiento ni de libertad. Me estoy refiriendo a la actuación en el seno de organizaciones criminales, que otorga a los mandos dirigentes el poder para dictar órdenes delictivas, pudiendo contar, bajo ciertas condiciones, con el cumplimiento de las mismas por parte de los inferiores jerárquicos²². Ejemplos concretos los hallamos en el régimen nacional-socialista alemán del III Reich y en las bandas mafiosas.

3. La autoría mediata en el Código penal vigente

A continuación, voy a pasar a demostrar la compatibilidad del planteamiento que aquí se propone con la regulación de la autoría media-

²¹ Sobre la distinción entre autoría mediata en sentido estricto y autor tras el autor en relación con los grupos de casos mencionados, *vid.*, en profundidad, BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 175 y ss.

²² Sobre estos últimos supuestos, *vid.* ROXIN, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en: *Delincuencia organizada* (ed. Ferré Olivé/Anarte Borrallo), 1999, pp. 191 y ss.; MUÑOZ CONDE, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», en: *Delincuencia organizada* (ed. Ferré Olivé/Anarte Borrallo), 1999, pp. 151 y ss.; FIGUEIREDO DIAS, «Autoría y Participación en el dominio de la criminalidad organizada: el «dominio de la organización»», en: *Delincuencia organizada* (ed. Ferré Olivé/Anarte Borrallo), 1999, pp. 99 y ss.; BOLEA BARDÓN, *Autoría mediata en Derecho penal*, 2000, pp. 337 y ss.

ta en nuestro Derecho positivo. Del actual art. 28 CP obtenemos un concepto de autor que coincide con el concepto doctrinal o dogmático de autor, dominante en la doctrina. El precepto distingue expresamente entre quienes son autores y quienes «también serán considerados autores»²³. El art. 28, párr. 1.º CP establece que «son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento»²⁴. La nueva mención que el CP hace de la autoría mediata supone el reconocimiento expreso de una forma de autoría que ya venía siendo admitida por la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país²⁵. El significado que hay que otorgar a dicho reconocimiento es, según creo, más que meramente declarativo. Es el punto de partida para la construcción del concepto de autor mediato. Al igual que sucede con las demás formas de autoría, el precepto cumple una clara función de referente. Partiendo de lo dispuesto en el párr. 1.º, art. 28, entiendo que es posible desarrollar un concepto general de autor, construido a partir de los criterios materiales de imputación desarrollados para cada forma de autoría, que tendrá que ser concretado en función de las particularidades de cada tipo de delito, y que en ningún caso podrá rebasar los límites formales establecidos en los tipos

²³ Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., 2002, 14/5. Según MIR PUIG, el término autor es utilizado en el Código penal en dos sentidos: en un sentido estricto que coincide con el doctrinal, y en un sentido amplio que incluye a partícipes especialmente importantes.

²⁴ Ya anteriormente, el artículo 32 del Proyecto de Código penal de 1980 establecía que «además de quienes realizan el hecho por sí o por medio de otro del que se sirven como instrumento, se consideran autores: 1.º Los que toman parte directa en la ejecución del hecho. 2.º Los que inducen directamente a otros a ejecutarlo. 3.º Los que cooperan a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiera efectuado». La inclusión en este artículo de la figura de la autoría mediata derivó de la aprobación de una enmienda presentada por CEREZO MIR. Para este autor, la introducción de la figura de la autoría mediata en el texto legal resultaba necesaria, por no ser posible basar el reconocimiento de la figura del autor mediato directamente en los tipos de la Parte Especial (sobre ello, *vid.* CEREZO MIR, «Autoría y participación en el Código penal vigente y el futuro Código penal», en: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 339 y 340; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, 2001, pp. 213 y ss.).

²⁵ Consideran conveniente la regulación expresa de la autoría mediata en el CP, por razones distintas, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996, p. 60; GRACIA MARTÍN, «Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España», *AP*, 1994, p. 358; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Autoría y participación», *La Ley*, 1996, pp. 2 y 3; SILVA SÁNCHEZ, «Consideraciones sobre el delito del art. 340 bis a) 1.º del Código Penal (conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas)», *RDCirc*, 1993, pp. 168 y 171.

de la Parte Especial, límites que el intérprete no puede sobrepasar sin infringir el principio de legalidad²⁶.

Por otra parte, de la redacción actual del art. 28 CP no cabe descartar la admisión de la figura del autor tras el autor en nuestra regulación positiva²⁷. El precepto se refiere al que realiza el hecho a través de otro del que sirve como «instrumento», pero no especifica qué extensión debe darse a este último término. En la doctrina, unas veces se considera «instrumento» al inimputable; otras, al que actúa en error; y, otras, al que realiza el hecho bajo una causa de justificación o de exculpación²⁸. De ahí que sea razonable pensar que la propia redacción del precepto no se opone a que «el otro» utilizado como «instrumento» pueda, a su vez, ser autor. Y, por consiguiente, tampoco a que el término sea interpretado en el sentido de instrumento de ejecución, sin prejuzgar la posible autoría de la persona de delante²⁹.

También cabría reservar la palabra «instrumento» para referirnos al ejecutor material/no autor, y emplear el término «intermediario» para la figura del autor detrás del autor. Sin embargo, ello obligaría a incluir la figura del autor tras el autor en algún otro apartado del párrafo primero. Por ejemplo, en el apartado 1.º, párr. 1.º, del art. 28 CP, es decir, entre «quienes realizan el hecho por sí solos». En mi opinión, esta

²⁶ Cfr. Díez RIPOLLÉS, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal», *RDPC*, 2.ª época, n. 1, 1998, p. 33, quien sostiene que la definición de autor del art. 28, párr. 1.º, «no se conforma con fijar unas pautas formales que terminan reenviando, de un modo impreciso, a los correspondientes elementos constitutivos de los tipos de la Parte especial, sino que pretende concretar igualmente las referencias, en este caso materiales, en función de las cuales se pueda afirmar que se ha realizado el hecho típico».

²⁷ De otra opinión, Díez RIPOLLÉS, «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo Código penal», *RDPC*, 2.ª época, n. 1, 1998, pp. 47 y ss., para quien no cabe hablar de instrumento cuando la persona de delante es autora, vinculando además la autoría a la existencia de un hecho típico y antijurídico, exigencia derivada de una concepción, según la cual, «la autoría es un problema de injusto». Rechazables son, a mi juicio, ambas premisas. La primera, porque la ley no obliga a identificar instrumento con un sujeto no-autor y tampoco por razones dogmáticas se puede excluir sin más la figura del autor tras el autor; la segunda, porque la autoría no es un problema de injusto, sino de tipicidad.

²⁸ Así, por ejemplo, sostienen COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., 1999, p. 750, que cabe hablar de autoría mediata «allí donde el autor material es un simple instrumento (personas incapaces de comprender el sentido de su acción, sometidas a una violencia absoluta o a amenazas que le sitúan en situación de inexigibilidad o, finalmente, si actúa mediante engaño)».

²⁹ Esta interpretación se correspondería con una de las definiciones que de la voz «instrumento» ofrece el propio diccionario español (*vid.* MARÍA MOLINER: «Cualquier medio, cosa o persona, de que alguien se sirve para un fin»).

interpretación forzaría mucho la propia redacción legal. Además plantearía serios problemas de delimitación respecto a la autoría accesoria, figura ésta que, al no estar reconocida expresamente por la ley, entiendo que debe ser objeto de una interpretación restrictiva, que redujese su ámbito de aplicación a la actuación independiente de varios autores inmediatos (autoría inmediata pluripersonal).

Las diferencias entre autoría mediata en sentido estricto y autor tras el autor aparentemente pueden dificultar la tarea de incluir ambas figuras en el mismo apartado del art. 28 CP. Sin embargo, es aconsejable interpretar la palabra instrumento en un sentido amplio, como medio para cometer el delito, capaz de cobijar, por tanto, no sólo al ejecutor inmediato/no autor, sino también al ejecutor inmediato/autor³⁰. De este modo, partiendo de que la expresión «servirse de otro como instrumento» no pretende significar más que la utilización de otro como medio para conseguir un fin (delictivo), propongo una interpretación del precepto que permite dar cabida en el apartado tercero, párr. 1.º, art. 28, también al autor tras el autor. Con esta interpretación nos aproximamos más a la regulación legal alemana que, al no emplear el término instrumento en su definición de la autoría mediata, deja la cuestión de la admisión de la figura del autor detrás del autor abierta a la propia evolución doctrinal y jurisprudencial. No obstante, para quien no esté dispuesto a aceptar una interpretación de la palabra «instrumento» como la que aquí se propone, queda todavía la posibilidad de incluir la figura del autor tras el autor en el art. 28 I (II), aceptando que el adverbio «conjuntamente» no tiene por qué abarcar sólo a la coautoría en sentido tradicional, pudiendo cobijar también a una especie de coautoría vertical³¹.

4. La autoría mediata en algunos supuestos de error

En la última parte de este trabajo, en lugar de exponer los distintos grupos de casos en los que se plantea la autoría mediata, me centraré en algunos de los supuestos de error en el instrumento que considero más representativos. Ello me permitirá adentrarme más a fondo en la problemática que plantea esta figura. Para la doctrina, la comisión de

³⁰ Así, también, HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996, p. 60. Para este autor, la regulación legal de la autoría mediata respalda la idea de que el instrumento pueda ser, a su vez, autor.

³¹ A favor de esta última opción, para algunos de los supuestos considerados en mi concepción de autor tras el autor, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 271.

un delito a través de un sujeto que actúa en error constituye el supuesto más claro y representativo de autoría mediata. En general, parece existir acuerdo en cuanto a la posibilidad de admitir autoría mediata cuando el ejecutor material actúa en error. Sin embargo, no resulta tan sencillo, como enseguida veremos, llegar a decidir bajo qué condiciones y qué clase de error puede dar lugar a la aplicación de esta figura. Imprescindible será, en todo caso, tener en cuenta el tipo de error ante el que nos encontramos y el alcance del mismo³².

4.1. *Supuestos de error de tipo*

En los supuestos de **error de tipo** existe la tendencia a explicar la autoría mediata a partir del distinto nivel de conocimiento que se da entre hombre de detrás e instrumento. Distinto conocimiento que, para algunos, otorga al hombre de detrás el control fáctico del acontecimiento. Otros intentan completar esa visión del dominio con una perspectiva más normativa, acudiendo al principio de responsabilidad penal. Tal como hemos visto, dicho criterio tiene el inconveniente de acabar decidiendo la responsabilidad del hombre de detrás en función de la consecuencia jurídica que para el ejecutor material determina su error (exclusión o no de responsabilidad penal), sin decir nada sobre el origen de dicha responsabilidad (responsabilidad por el peligro)³³. Por tanto, el «principio de responsabilidad» no es válido como criterio fundamentador de la autoría mediata. El complemento normativo hay que buscarlo en un criterio que sea capaz de explicar la autoría del hombre de detrás. En mi opinión, este criterio no es otro que el del dominio del riesgo, que en estos casos, al faltar una decisión autónoma en relación con el peligro por parte del ejecutor material, se ejerce de forma exclusiva por el hombre de detrás. Él es el único que decide conscientemente sobre el peligro, luego sólo él va a poder ser considerado plenamente responsable del mismo.

En el caso del médico que con dolo de matar entrega a la enfermera una inyección letal para que se la administre al paciente, y en el del cocinero que vierte el veneno en la taza de café que ha de servir la camarera, el ejecutor material está siendo claramente instrumentalizado por la persona de detrás. Tanto el que manipula la inyección como

³² En este sentido, HASSEMER, «Rechtsprechungsübersicht», *JuS*, 1984, p. 148.

³³ A lo largo de este trabajo vengo insistiendo en la necesidad de distinguir entre el «principio de autorresponsabilidad», que alude entre otros aspectos a la responsabilidad por el propio comportamiento organizador de riesgos para terceros, y el «principio de responsabilidad», orientado a la responsabilidad penal.

el que vierte veneno en el café van a ser considerados autores mediatos, con independencia de que, de advertir la enfermera o la camarera la situación real, la conducta de aquéllos no pasara de ser calificada de cooperación. Sin embargo, para justificar esta decisión no basta con la simple constatación de un desnivel de conocimiento. Tampoco cabe aludir al control fáctico del proceso, entendido en sentido naturalístico, pues en el momento en que el proceso queda en manos del instrumento el hombre de detrás pierde en gran medida el control efectivo del mismo³⁴.

En efecto, ni es necesario ni es exacto afirmar que el que actúa en error es dominado por el hombre de detrás, pues su conducta sigue manifestando un mínimo de voluntad que posibilita no sólo que pueda advertir el error, sino también, en el caso de no advertirlo, que realice una conducta distinta a la prevista y esperada por el hombre de detrás. También en casos tan claros como éstos, para fundamentar la autoría mediata, hay que partir de un concepto de dominio que, sin descuidar la realidad fáctica, integre un contenido normativo. En este sentido, creo posible afirmar que la puesta en marcha de un proceso lesivo que queda en manos de un sujeto (ejecutor material) que no decide de forma autónoma sobre el mismo (al desconocer su carácter lesivo) es lo que nos va a permitir imputar el hecho al hombre de detrás como autor mediato en sentido estricto.

Especial polémica despiertan en la doctrina los casos de utilización o aprovechamiento de un error no provocado por el hombre de detrás. Se trata aquí de establecer si es suficiente con un mero favorecimiento del hecho cometido en error para apreciar autoría mediata. Ilustrativos son a este respecto casos como el del cazador que presta a otro un arma cargada sabiendo que se dispone a disparar a un tercero, creyendo que se trata de un animal, y el del sujeto que alcanza a la madre

³⁴ No es posible afirmar que el hombre de detrás posee un control efectivo de la situación cuando se interpone la voluntad de otra persona. La camarera podría decidir, por cualquier motivo, no servir el café; el cliente, no tomarlo; y la enfermera, no poner la inyección. Y todo ello sin necesidad de haber advertido el peligro. Por tanto, si consideramos al hombre de detrás autor mediato no será porque controle el hecho en los mismo términos que si lo ejecutara él mismo de propia mano, pues se interpone una conducta ajena, sino porque, en la medida en que se sirve de otro sujeto que no es consciente del peligro para poner en marcha el proceso lesivo, *decidimos* considerarle a él autor del hecho. Al apropiarse de la decisión consciente del de delante, podemos valorar su actuación como configuradora principal del delito. En sentido similar, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, p. 273: «El peso de la intervención se desplazará desde quien realiza directamente el tipo a la persona de detrás cuando esta última usurpe a la de delante la decisión de la producción del delito (...)».

el vaso de agua, advirtiendo que la misma ha confundido la medicina con una sustancia tóxica. Ambos casos se caracterizan porque el error del instrumento no ha sido creado por el hombre de atrás.

Un sector de la doctrina alemana es partidario de apreciar autoría mediata en estos casos porque, en palabras de ROXIN, «el ejecutor inmediato es empleado como un factor causal ciego y el hombre de detrás es el único que dirige el proceso finalmente hacia la muerte de una persona»³⁵. Otro sector de la doctrina rechaza la tesis según la cual una ayuda prestada al que actúa en error es suficiente para fundamentar el dominio, y niega la autoría mediata de quien se limita a apoyar la acción de un sujeto que actúa en error, exigiendo, para poder apreciar autoría mediata, que exista un vínculo psicológico entre ambos sujetos³⁶. Desde una perspectiva distinta, que atiende al criterio de la competencia por el propio comportamiento organizador, soluciona JAKOBS casos como los propuestos comprobando «si el hombre de detrás puede ser distanciado de la conexión entre el defecto de imputación y la ejecución del hecho o si, por contra, esa relación pertenece más a su ámbito de organización que al círculo de organización del ejecutor». Concretamente, en relación con el «caso del vaso de agua», no acepta JAKOBS la responsabilidad en autoría mediata del que alcanza el vaso de agua a la madre. Argumenta el autor que el simple alcanzar un objeto alcanzable se agota en cumplir el deseo limitado según el dueño de ese objeto, y no significa ninguna toma de posición en relación con el plan, en el cual el otro quiere utilizar el objeto. No se opone, sin embargo, a que se le haga responder por un delito de omisión del deber de socorro (§ 323 c StGB)³⁷.

³⁵ ROXIN, en: *LK-StGB*, 11.^a ed., 1993, § 25, n. 75, pp. 41 y 42; el mismo, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed., 2000, pp. 173 y 174.

³⁶ Así, SCHUMANN, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, p. 98. En los supuestos de determinación al hecho a un sujeto que ya se halla en error, admite autoría mediata siempre que el hombre de detrás provoque la decisión del de delante a través de una influencia psíquica, es decir, que esa decisión derive de la exigencia, el consejo o la solicitud del hombre de atrás. En consecuencia, SCHUMANN resuelve el «caso del cazador» diciendo que si el acompañante se da cuenta de que el cazador confunde la figura en la distancia, y que en lugar de una persona cree que se trata de un animal, y a pesar de ello, le invita a disparar, deberá ser hecho responsable como autor mediato de la muerte de la víctima. De diferente modo soluciona, en cambio, el «caso del vaso de agua», al entender que el sujeto no puede ser hecho responsable como autor mediato de la muerte del niño porque, según él, el dominio del error exige el elemento de dirección de la voluntad a través de engaño y dicho engaño faltaría en el simple favorecimiento o apoyo al que actúa en error, independientemente de que se trate de una contribución esencial, insignificante o incluso innecesaria.

³⁷ JAKOBS, «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, p. 563, nota 29. En España, pese a admitir en un pri-

Como podemos apreciar, las soluciones a estos casos van desde la autoría mediata hasta la mera infracción de deberes de solidaridad. Es discutible que la conducta de quien interviene activamente en el proceso, percatándose de la situación de error en que se halla el ejecutor material, no pueda pasar de ser calificada de omisión, especialmente cuando con dicha intervención se refuerza la situación de error en que se halla el autor³⁸. Pero de ahí a convertir su contribución en autoría dista un gran trecho. Se trata de una intervención activa y consciente en un proceso lesivo iniciado por un sujeto que no decide de forma autónoma sobre el mismo (es decir, que no es plenamente responsable del peligro). Sin embargo, ello no resulta suficiente, según creo, para calificar como autor mediato en sentido estricto al hombre de detrás, ya que ni pone en marcha el curso lesivo, actuando directamente sobre la situación, ni emplea engaño para determinar al otro a llevar a cabo el hecho. No se aprecia, por tanto, ningún tipo de manipulación³⁹.

En el caso del vaso de agua, el sujeto que dispone de un mejor conocimiento de la situación puede optar por intervenir en el hecho, sacando a la madre de su error y, así, impedir la lesión del bien jurídico; pero también puede decidir no intervenir, derivando de esta decisión una posible responsabilidad vía omisión, por infracción de deberes de solidaridad mínima (*vid.* arts. 450. 1 y 195. 1 CP). Por último, cabe que emprenda una acción dirigida específicamente a favorecer la lesión del bien jurídico, que, al insertarse en el ámbito de organización defectuoso de la madre, le convierta en partícipe del hecho imprudente realizado por aquélla. Ello siempre que entendamos que su conducta, más allá de una mera contribución causal al resultado, adquiere un específico sentido delictivo al reforzar la situación de error, por ejemplo, animando a la madre a que siga dándole

mer momento HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996, pp. 181 y 182, la posibilidad de hacer responsable por omisión pura al hombre de detrás, por no socorrer a la víctima o por no haber impedido la comisión de un delito imprudente, concluye diciendo que un delito de omisión pura no desvalora de forma completa el comportamiento del sujeto, por lo que se decanta por hacer derivar la responsabilidad del sujeto de su intervención activa.

³⁸ De hecho, el que el hombre de detrás sepa que el ejecutor material actúa con o sin conocimiento en un contexto concreto es un dato objetivo más de la realidad a la que se enfrenta el primero, por más que sea subjetivo para el segundo.

³⁹ De otra opinión, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, 2001, p. 215, nota 41, para quien también en los supuestos de simple aprovechamiento del error en que se halla otra persona se da una manipulación o instrumentalización que fundamenta el dominio del hecho del hombre de detrás.

la supuesta medicina. En este caso se daría una clara conducta de adaptación al hecho del autor⁴⁰. Nos encontramos, de este modo, ante una intervención activa que puede ser calificada de cooperación dolosa en un delito imprudente, siempre que se admita la participación en delitos imprudentes; y, en cualquier caso, como un delito de omisión del art. 450.1 CP⁴¹.

4.2. *Supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación*

La **suposición errónea** de que concurre **una situación justificante** puede ser otro de los medios empleados para cometer un delito a través de otro. Considérese el siguiente ejemplo, que consta de dos variantes:

Dos cazadores se encuentran en el bosque. Uno de ellos (M) es miope:

1. El cazador no miope (X) advierte que se aproxima V, enemigo de M. X convence a M de que V se dispone a dispararle. X determina a M a defenderse cuando sabe que en realidad V no le está atacando.
2. X y M advierten que se aproxima V, enemigo de M. M cree erróneamente que V se dispone a dispararle. X es consciente del error en que se halla M, no obstante le presta su arma.

La solución de admitir en estos casos autoría mediata en el hombre de detrás es la opinión dominante en Alemania, independiente-

⁴⁰ Exige una conducta de adaptación al hecho del autor para poder hablar de participación punible, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 290 y ss.

⁴¹ En Alemania, la participación en el delito imprudente quedaría excluida, puesto que el StGB hace depender el castigo de la misma de la existencia de dolo en el partícipe y dolo en el autor principal. De ahí que algunos autores alemanes solucionen estos casos acudiendo a la autoría mediata. En España, además de admitirse la participación en delitos imprudentes por un sector destacado de la doctrina (vid. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., 2002, 14/46; FEIJÓO SÁNCHEZ, «Una polémica doctrinal interminable: ¿son atípicas en el Derecho penal español la participación imprudente y la participación en el delito imprudente?, *La Ley*, 2000-1, pp. 1600 y ss.) hay autores que se manifiestan expresamente en contra de la autoría mediata en casos como éste (vid. ROBLES PLANAS, «Participación en el delito e imprudencia», *Revista de Derecho penal y criminología*, 2.ª época, n.º 6, 2000, pp. 223 y ss.; el mismo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 225 y 273).

mente del tratamiento jurídico que se haya venido dando a esta clase de error en la doctrina⁴². En efecto, entre los defensores de la teoría del dominio del hecho muchos aceptan el postulado básico de la «teoría restringida de la culpabilidad»: considerar que también el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación excluye el dolo, con lo que de nuevo se plantea en estos casos un supuesto de utilización de un instrumento que actúa sin dolo⁴³.

Distinto planteamiento siguen quienes entienden que el error sobre los presupuestos de una causa de justificación no excluye el dolo. Así, por ejemplo, para los defensores de la teoría estricta de la culpabilidad, este tipo de error constituye un error de prohibición: error que deja subsistente el dolo y únicamente excluye la culpabilidad si es inevitable⁴⁴. Consecuentemente, para fundamentar la autoría mediata en estos casos, acuden a las reglas de la autoría mediata pensadas para el error de prohibición. La consecuencia práctica de adoptar cualquiera de las teorías que dejan subsistente el dolo cuando el autor supone erróneamente que concurren los presupuestos de una situación de necesidad justificante, es que queda abierta la posibilidad de castigar como partícipe al que toma parte en el hecho principal. Los partidarios de excluir el dolo en estos supuestos no ven, sin embargo, la necesidad de

⁴² Vid., por todos, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.^a ed., 2000, pp. 205-208; el mismo, en: *LK-StGB*, 11.^a ed., 1993, § 25, n. 82, admitiendo autoría mediata tanto si el hombre de detrás provoca como si se aprovecha del error de otro acerca de la concurrencia de una situación justificante, y afirmando, además, que el tratamiento jurídico-penal del error no debe tener influencia en la delimitación entre autoría y participación.

⁴³ La teoría restringida de la culpabilidad limita la teoría de la culpabilidad en el sentido de que considera excluyente del dolo no sólo al error de tipo fundamentador (previsto en § 16 StGB), sino también al error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación, con la consiguiente aplicación del § 16 (I) StGB también a este último, si bien por vía analógica. Cfr., entre otros, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3.^a ed., 1997, 14/62 (existe traducción al castellano de la 2.^a ed. alemana a cargo de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y De Vicente Remensal, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, 1997, tomo I, 14/62); HRUSCHKA, «Der Gegenstand des Rechtswidrigkeitssurteils nach heutigem Strafrecht», *GA*, 1980, pp. 1, 17, 19 y 20; HERZBERG, «Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau», *JA*, 1989, pp. 243 y 294.

⁴⁴ Cfr. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., 1969, pp. 168-170; MAURACH, *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas de Córdoba Roda), 1962, tomo I, p. 376. A favor de la teoría estricta de la culpabilidad se muestra la doctrina dominante en España (vid., por todos, CEREZO MIR, «La conciencia de la antijuricidad en el Código penal español», en: *Problemas fundamentales del Derecho penal*, 1982, pp. 82-89; el mismo, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General III. Teoría jurídica del delito/2*, 2001, pp. 124 y ss.).

acudir a la participación porque entienden que en la mayoría de casos será posible apreciar autoría mediata.

Desde la concepción que he mantenido en varios trabajos, y siguiendo a mi maestro, el prof. MIR PUIG, entiendo que la suposición errónea de que concurre una situación justificante constituye un error de tipo negativo o limitador, a tratar como una especie de error de tipo y no como un supuesto de error de prohibición⁴⁵. Estamos, según creo, ante un error sobre la situación penalmente prohibida, concretamente sobre las circunstancias del hecho que limitan el injusto. Pero aun tratándose de un error sobre elementos situacionales, creo que es necesario distinguirlo del error de tipo en sentido estricto. Pues, con independencia de que se les otorgue el mismo tratamiento jurídico, la distinción, además de venir impuesta por razones sistemáticas, va a tener sus consecuencias en distintos ámbitos de la teoría del delito⁴⁶. Aquí nos interesan especialmente las que se manifiestan en sede de autoría y participación. Así, por ejemplo, a la hora de decidir la posible imputación al hombre de detrás del hecho realizado en legítima defensa putativa, habrá que tener en cuenta que la discusión girará en torno a la figura del autor tras el autor. Y ello porque quien yerra sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de una causa de justificación no deja de ser autor del hecho que ejecuta, por mucho que no llegue a soportar el juicio de antijuricidad. En efecto, al afectar el error a la propia configuración fáctica del hecho, se excluye la antijuricidad de la conducta realizada por el sujeto (exclusión total si se trata de una suposición errónea invencible), pero no cabe negar la realización de un tipo doloso⁴⁷.

⁴⁵ Vid. BOLEA BARDÓN, «El exceso intensivo en la legítima defensa putativa», *ADPCP*, 1998, pp. 623 y ss. A favor de tratar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como un error de tipo negativo, MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., 2002, 16/22, para quien, «tanto los elementos del tipo (positivo) como los presupuestos de una causa de justificación afectan a la concurrencia del supuesto de hecho que constituye la situación objeto de la prohibición, y todos ellos deben distinguirse de la prohibición en sí misma» (vid. *Derecho Penal. Parte General*, 6.ª ed., 2002, 10/70, p. 241); JOSHI JUBERT, «El error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación en la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1987, pp. 717 y 718; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 139 y 295. También considera más coherente la solución de tratar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación como el error de tipo, con diversos argumentos (sistemáticos, criminológicos, normológicos, etc.), SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, pp. 397 y 398.

⁴⁶ En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 397; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 139-142 y 295-302.

⁴⁷ En este sentido, defiende DREHER, «Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe», en: HEINITZ, *FS*, 1972, p. 224, que quien actúa en error sobre los presupuestos de una

Una vez establecida la autoría de quien ejecuta el hecho en una situación de defensa putativa, hay que analizar la conducta de aquellas personas que se relacionan con el que actúa en error. ¿Cómo calificar a quienes intervienen en el hecho conociendo la situación real, concretamente, la situación de error en que se halla el ejecutor material? En mi opinión, la conducta de quienes se relacionan con este tipo de error sólo podrá ser considerada como autoría si manifiesta una especial relación con el peligro. En la primera versión del caso propuesto, al determinar mediante engaño el cazador no miope (X) al cazador miope (M) a defenderse de V, cuando en realidad éste no se disponía a atacar, está creando una especial situación de peligro para este último. Con la provocación de la situación de defensa putativa, X consigue hacer creer a M que existe necesidad defenderse de una agresión ilegítima, que en verdad no se está dando. Esta manipulación de la situación a través de engaño es la que permite a X contar con la lesión del bien jurídico y nos permite afirmar su dominio del riesgo.

En la segunda versión del caso, en cambio, no se emplea engaño por parte del cazador no miope (X). El error del cazador miope (M) no ha sido determinado por X. Este último se limita a prestarle el arma sabiendo que M no está siendo víctima de una agresión. No se da provocación de una situación de defensa putativa. Por tanto, pese a intervenir activamente en el proceso lesivo iniciado por M, la conducta de X no puede ser calificada de autoría. Su intervención podrá, no obstante, ser castigada como participación, si con su conducta llega a reforzar el error en que se halla el autor. Y ello, sin necesidad de renunciar a la accesoriadad limitada, siempre que no se equiparen las causas de justificación reales con la putativas⁴⁸. De hecho, partiendo de que el error de un individuo constituye un dato de la realidad objetiva para las demás personas que intervienen en el hecho y de que la legítima defensa putativa no tiene eficacia *erga omnes*, sino sólo efectos personales, debería ser posible castigar la contribución de otros intervinientes en el hecho con conocimiento de la situación real, pues existe un injusto objetivo del autor en el que poder participar⁴⁹.

causa de justificación realiza el tipo como tal dolosamente. De ahí que este autor se conforme tanto para la tentativa como para la participación con el dolo típico.

⁴⁸ Destaca la imposibilidad de equiparar las eximentes justificantes reales con las putativas, por los distintos efectos que producen en diversos puntos de la teoría del delito, BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las «situaciones de necesidad»*, 1994, pp. 139-142 y 294-302.

⁴⁹ De acuerdo, ROBLES PLANAS, *La participación en el delito: fundamento y límites*, 2003, pp. 220 y ss., quien ha revisado profundamente la naturaleza y alcance del principio de accesoriadad de la participación.

4.3. *Supuestos de error de prohibición*

Otro de los supuestos de autoría mediata admitidos en general por la doctrina es el del que se sirve de un sujeto que actúa en **error de prohibición**. Dicha calificación apenas se cuestiona cuando el error es calificado de invencible⁵⁰. Tan sólo algunas voces discrepantes rechazan la autoría mediata y acuden a la inducción para solucionar estos casos⁵¹. Más problemas se plantean cuando se trata de un error vencible. A diferencia de los casos de coacción, donde el principio de responsabilidad ha sido mayoritariamente acogido para resolver las situaciones de necesidad, en los supuestos de error de prohibición se discute si la autoría mediata requiere o no que el ejecutor quede totalmente liberado de responsabilidad penal por razón de su error.

Considérense los siguientes ejemplos:

1. Una mujer aborta en un país extranjero, pensando que este comportamiento, al igual que en su tierra de origen, no está prohibido por el ordenamiento: a) ha sido determinada a cometer el hecho por otra persona que conocía la existencia de la prohibición; b) alguien le ha prestado ayuda para abortar siendo consciente de la prohibición.
2. K es un enfermo de cáncer sin posibilidad de recuperación que sufre muchísimo a causa de su enfermedad. Solicita reiteradamente a la enfermera que le ponga una inyección que acabe con su agonía y le deje morir en paz. La enfermera, sin saber que hacer, se dirige al médico en busca de consejo. El médico, que ya conocía el caso y que siente compasión por el enfermo, sin

⁵⁰ En palabras de ROXIN, «Bemerkungen zum «Täter hinter dem Täter»», en: LANGE, *FS*, 1976, pp. 178 y 179, «cuando el que actúa de forma inmediata no sabe nada acerca del injusto de su hecho (...), le falta cualquier motivo de inhibición, pudiendo ser insertado en el plan delictivo de un hombre de detrás de la misma forma que un «instrumento ciego», igual que el que actúa en error de tipo».

⁵¹ Así, niega KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1996, p. 509, la autoría mediata a través de un sujeto que actúa en error de prohibición, sea éste vencible o invencible. Según este autor, «el empleo de una autoridad ideológica o institucional para determinar la regla (*Maxime*) de otro es más bien una forma agravada de inducción». Ésta vale también para el error de prohibición invencible, pues aunque el ejecutor quede exculpado, «él mismo se dirige hacia la regla de injusto (*Unrechtsmaxime*)». Desde una concepción muy restrictiva de la autoría mediata, también acude a la inducción para solucionar estos casos HRUSCHKA, «Regreßverbot, Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen», *ZStW*, n. 110, 1998, pp. 601 y ss. (existe traducción al castellano a cargo de Sánchez-Ostiz, «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, n.º 5, 2000, pp. 189 y ss.).

atreverse el mismo a acabar con la vida de K, le dice a la enfermera que existe una ley sobre ayuda a morir que permite dar muerte por vía activa al paciente que lo solicita expresa y seriamente. Convencida la enfermera, se apresura a dar muerte al paciente mediante una sobredosis de morfina.

Un sector de la doctrina alemana se inclina por decidir también los casos de error de prohibición acudiendo al «principio de responsabilidad»⁵². De este modo, cuando el ejecutor actúa en error invencible, a pesar de que su hecho siga siendo doloso, como no responde penalmente del mismo, se afirma la autoría mediata del hombre de detrás. En cambio, cuando el error en el que incurre el ejecutor es vencible, al quedar en pie su responsabilidad penal dolosa, aunque su culpabilidad se vea disminuida, el hombre de detrás no pasa de ser considerado partícipe.

Otro sector doctrinal intenta encontrar una solución que resuelva de forma unitaria estos casos, y que no excluya *per se* la autoría mediata en los supuestos de error vencible. Se considera que la cuestión de si el error de prohibición es exculpado o no, y en qué medida, no es un criterio válido para decidir sobre el dominio del hecho del hombre de detrás⁵³. Esta segunda postura se ha visto especialmente apoyada por la jurisprudencia del BGH, con la admisión de la autoría mediata en

⁵² Cfr., en este sentido, BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht*, 1985, pp. 347-351; HERZBERG, «Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme», *JuS*, 1974, p. 374, en favor de la autoría mediata cuando el hombre de detrás provoca o utiliza un error de prohibición invencible; GALLAS, «Täterschaft und Teilnahme», en: *Materialen zur Strafrechtsreform*, 1 Bd. 1954, p. 134, afirmando la supremacía del hombre de detrás aunque éste sólo se haya aprovechado del error sin haberlo provocado él mismo; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I*, 4.^a ed., 2000, 12/53; JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., 1991, 21/97, p. 645 y 646, estableciendo una competencia preferente por error de prohibición invencible, al igual que ante una situación de necesidad conforme al § 35 StGB.

⁵³ En este sentido, KÜPER, «Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip», *JZ*, 1989, pp. 948 y 949; SCHAFFSTEIN, «Der Täter hinter dem Täter bei vermeidbarem Verbotsirrtum und verminderter Schuldfähigkeit des Tatmittlers», *NSiZ*, 1989, p. 156; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6.^a ed., 2000, 21/84, considerando que a la cuestión sobre la posición de dominio del hombre de detrás no responde el conocimiento que podía haber tenido el ejecutor material, sino que depende de si tenía conocimientos que le debían llevar a abstenerse de actuar; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.^a ed., 1975, 14/39, p. 521, afirmando que «para la autoría mediata no importa en absoluto cómo deba ser enjuiciado jurídicamente el comportamiento del instrumento», siendo irrelevante, por tanto, que actúe o no culpablemente; SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, 126-129.

la célebre Sentencia de 15.9.1988, conocida como el «caso del Rey de los Gatos»⁵⁴. En esta sentencia, el Tribunal rechaza el «principio de responsabilidad» como criterio delimitador entre autoría mediata e inducción con distintos argumentos. Entre ellos, la necesidad de tener en cuenta la falta de conocimiento actual del injusto en el momento del hecho del autor inmediato, y no los conocimientos que podría haber tenido y que no tuvo en el caso concreto, que no cambian en nada el dominio del hecho del hombre de detrás⁵⁵. El criterio general que propone el Tribunal para constatar la autoría mediata del hombre de detrás parte «del dominio objetivo del hecho portado por la voluntad de autor» (*auf das Kriterium der vom Täterwillen getragenen objektiven Tatherrschaft abzustellen*). La admisión de esta figura «no depende de reglas rígidas, sino que sólo puede ser determinada valorativamente en función de la concreta configuración del caso individual». En especial, recomienda el BGH tener en cuenta la clase y alcance del error y la intensidad de la influencia del hombre de detrás⁵⁶.

⁵⁴ BGHSt. 35, 347=NSTZ, 1989, pp. 176-178. Resumen de los hechos realizado por HERZBERG, «Abergläubische Gefährabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums —BGHSt. 35, 347—», *Jura*, 1990, p. 16: «El policía Michael R vivía junto con Barbara H y Peter P. R era sumamente influenciado por H debido al profundo amor no satisfecho que sentía hacia ella. H y P se aprovecharon de ello, al principio sólo como diversión para hacerle creer en supersticiones. A través de simulaciones y de misticismos consiguieron que creyera en un “rey de los gatos” que personificaba la maldad y que amenazaba a la humanidad. Al enterarse H de la boda de su ex-novio sintió celos y odio. Decidió aprovecharse de su poder sobre R para conseguir que éste diera muerte a la esposa Annemarie N. Junto con P, hizo creer a R que el rey de los gatos exigía el sacrificio de una víctima humana con las características de N, y que le había escogido a él para, en breve, llevar a cabo el hecho. Si se negaba, tendría que dejarla a ella, se condenaría eternamente después de la muerte, y el rey de los gatos aniquilaría a millones de personas. R luchaba con su conciencia y buscaba una salida, pero H y P le decían que la prohibición de matar no regía para él: el encargo tenía carácter “divino” porque “tenían la misión de salvar a la humanidad”. Finalmente se decidió R a realizar el hecho. Equipado con un cuchillo de excursionista que le proporcionó P, y siguiendo el plan trazado por H y P, buscó R a N en su tienda de flores y le clavó una serie de puñaladas en el cuello, cara y cuerpo para matarla. Como algunos vinieron a socorrer a la víctima, cesó en su acción, contando con que N moriría de las puñaladas, pero N sobrevivió a las graves lesiones». Sobre esta sentencia, *vid.*, recientemente, el comentario de SPENDEL «Zum Begriff der Täterschaft», en: LÜDERSSEN, *FS*, 2002, pp. 608 y ss. Se muestra este autor a favor de calificar la conducta de H y P de inducción a una tentativa de asesinato, rechazando de manera general la figura del autor tras el autor.

⁵⁵ NSTZ, 1989, p. 177. En contra del principio de responsabilidad se señala también en la sentencia su escasa utilidad en los casos de crímenes cometidos a través de aparatos organizados de poder (supuestos de autor tras el autor).

⁵⁶ NSTZ, 1989, p. 177. Aunque el Tribunal en esta sentencia parte de la existencia de un error de prohibición evitable, resulta como mínimo cuestionable afirmar

A favor de admitir la autoría mediata del hombre de detrás cuando el error de prohibición en el que incurre el de delante es vencible, se muestra también ROXIN⁵⁷. Rechazando la aplicación del «principio de responsabilidad» en este ámbito, afirma que para el dominio del hombre de detrás no se puede hacer distinción alguna en función de que el error sea vencible o invencible⁵⁸. Para ROXIN, el dominio de la voluntad en virtud de error presenta una estructura distinta al dominio de la voluntad por coacción, y esa falta de identidad estructural entre ambos grupos de casos es la que le lleva a considerar imposible extrapolar el «principio de responsabilidad» a los supuestos de error⁵⁹. Entiende este autor que desde un punto de vista fenomenológico, «el coaccionado actúa bajo una presión psíquica grave, difícil de resistir, y *por ello* se le libra de responsabilidad». El que yerra, en cambio, no se encuentra en lo más mínimo forzado en su acción, pero no conoce la realidad de las cosas o por lo menos no completamente; y, debido a ello, se le descarga en mayor o menor medida de responsabilidad.

En principio, admite ROXIN la autoría mediata del hombre de detrás en los supuestos de error de prohibición, sin distinguir entre provocación o mero aprovechamiento de un error ya existente. Sin embargo, no acepta que cualquier error de prohibición convierta al hombre de detrás en autor mediato. En efecto, únicamente acepta autoría media-

que el policia actúa en error de prohibición (siquiera vencible). El sujeto no sólo es consciente de que matar va en contra del ordenamiento jurídico, sino que el deber que él cree que debe cumplir viene impuesto por una creencia en la divinidad que nada tiene que ver con pensar que el derecho autoriza a actuar de una determinada forma en una concreta situación. A mi juicio, el sujeto no actúa confiando en que el derecho le permite matar a una persona para salvar a la humanidad y, por consiguiente, no incurre en un error de prohibición (indirecto o de permisión). En esta misma línea, considera HERZBERG, «Abergläubische Gefährabwendung und mittelbare Täterschaft durch Ausnutzung eines Verbotsirrtums —BGHSt. 35, 347—», *Jura*, 1990, pp. 19 y 20, que la idea de peligro de muerte de muchas personas basada en fuerzas sobrenaturales no puede tener relevancia penal porque este peligro no tiene un sentido jurídico. Considérese el ejemplo por él propuesto del padre que lanza a su hijo por la ventana desde un quinto piso convencido de que los ángeles lo cogerán y que no sufrirá ninguna lesión, tal como le dijo la Virgen al aparecer en sus sueños y encargarle cometer el hecho.

⁵⁷ ROXIN, en: *LK-StGB*, 11.ª ed., 1993, § 25, n. 91, p. 48.

⁵⁸ ROXIN, en: *LK-StGB*, 11.ª ed., 1993, § 25, n. 87, p. 46. Considera además el autor que no admitir la autoría mediata aquí debería conducir a negarla también (lo que nadie aceptaría) en los casos de error de tipo vencible.

⁵⁹ La postura de ROXIN viene desarrollada en su obra *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 672 y ss. (más en detalle y con referencias a otros autores, *vid.* pp. 193-232); el mismo, «Bemerkungen zum “Täter hinter dem Täter”», en: LANGE, *FS*, 1976, pp. 178-183; el mismo, en: *LK-StGB*, 11.ª ed., 1993, § 25, n. 83-91, pp. 44-48.

ta cuando el autor inmediato considera su comportamiento materialmente ajustado a Derecho, pero no así cuando sólo desconoce la anti-juricidad formal del hecho (error de subsunción)⁶⁰. Aplicando este criterio al caso del aborto, llega a la conclusión ROXIN de que si la mujer que aborta sabe que en el país que ahora se encuentra el aborto es en general considerado moralmente reprochable y dañoso socialmente, entonces tiene, aunque desconozca la prohibición legal, el segundo nivel de dominio del hecho, y el hombre de detrás que la ha instigado a abortar es sólo inductor. Si, en cambio, pensaba que el aborto era útil para la comunidad, siendo aprobado en general para evitar la superpoblación, entonces el de detrás es autor mediato.

También KÜPER se enfrenta a la tesis según la cual el error de prohibición vencible excluye el dominio del hecho del hombre de detrás, buscando un punto de contacto entre la ausencia de dolo y la falta de conocimiento del injusto. La falta de libertad actual va a ser ese punto. Para KÜPER, ambas conductas se caracterizan por la «ausencia de determinados conocimientos actuales que necesita para poder guiar su actuar con la plena autonomía del que conoce»⁶¹. Precisamente, este desconocimiento es el que permite al hombre de detrás instrumentalizar la voluntad del otro. El sujeto en error de prohibición puede ser dominado porque no operan en él los motivos de inhibición, es decir, la fuerza para oponerse al hecho que derivaría de conocer tanto los factores relevantes para el tipo como la prohibición del hecho⁶². Afirma el autor que «la ausencia de dolo y la falta de conciencia del injusto (error de prohibición) se encuentran desde la perspectiva del dominio del hecho (entendido de manera racional-final) en un mismo nivel. Por eso, no pueden ser tratados en la teoría de la autoría mediata de forma distinta, aunque el legislador establezca distinta responsabilidad para el instrumento»⁶³.

⁶⁰ Siguiendo el planteamiento de ROXIN, considera OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6.ª ed., 2000, 21/84 y 85, que el error sobre la antijuricidad material del hecho del de delante fundamenta el dominio del de detrás. Sobre la distinción entre conocimiento de la antijuricidad formal y de la antijuricidad material y sus consecuencias en sede de autoría, *vid.*, recientemente, OTTO, «Mittelbare Täterschaft un Verbotsirrtum», en: ROXIN, *FS*, 2001, pp. 491 y ss.

⁶¹ KÜPER, «Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip», *JZ*, 1989, p. 944. Con el principio de autonomía argumenta también RENZIKOWSKI, *Restrictiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 81, para afirmar la posibilidad de imputar el hecho al hombre de detrás.

⁶² KÜPER, «Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip», *JZ*, 1989, p. 944.

⁶³ KÜPER, «Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmittlers und Verantwortungsprinzip», *JZ*, 1989, p. 944. Según este autor (pp. 942 y 943), «la inferioridad

Una postura esencialmente normativista es la defendida en Alemania por JAKOBS. Rechazando cualquier intento de fundamentar el dominio sobre una base naturalística, sostiene JAKOBS que en el ámbito de la conciencia de la antijuricidad lo decisivo no es el mero hecho del desconocimiento del otro, sino la competencia del autor mediato por lo que acontece⁶⁴. El hecho realizado en error de prohibición invencible no tiene, según JAKOBS, el sentido de una contradicción respecto a una norma vigente y, por ello, para el ordenamiento jurídico-penal es sólo naturaleza. Cuando el error es vencible y disminuye la culpabilidad, se separa la explicación en una parte de naturaleza y otra de sentido. El autor mediato únicamente puede responder por la parte de naturaleza. Dicha responsabilidad no se basa, sin embargo, en el factor de desconocimiento en el ejecutor, sino en la competencia del autor mediato por la incompetencia del ejecutor⁶⁵.

Vistas algunas de las posturas mantenidas en la actualidad, aunque sea a grandes rasgos, en torno a la posibilidad de cometer un delito a través de un sujeto que actúa en error de prohibición, intentaré explicar cuál es la vía de solución que estimo más satisfactoria. Cabe cuestionarse, para empezar, si es suficiente constatar un conocimiento superior del hombre de detrás para afirmar su dominio del hecho. Ya hemos podido comprobar que, para algunos autores, no se exige más que eso. Así, por ejemplo, cuando se afirma que «el hombre de detrás no sólo conoce el suceso en su significado fáctico, sino también en su dimensión jurídica, y por ello tiene al ignorante autor en sus manos, él es autor tras el autor»⁶⁶. Pero ¿es correcto afirmar que se tiene al

cognoscitiva del que desconoce (...), le convierte, frente al hombre de detrás que provoca o utiliza el error, en no libre de forma relativa, le somete a su influencia directora de la voluntad también cuando bajo la perspectiva de la capacidad de autodeterminación (responsabilidad) su libertad se mantenga (...). Es la «falta de libertad» de quien dispone la meta de su acción sin conocimiento de su real significado, la «ceguera» respecto a las consecuencias de la acción, por consiguiente, que da aquí al hombre de detrás un punto de partida para el manejo del autor inmediato, y posibilita su instrumentalización para propios fines». En definitiva, KÜPER opera con dos conceptos de libertad (libertad actual final y capacidad de autodeterminación).

⁶⁴ JAKOBS, «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, p. 571.

⁶⁵ JAKOBS, «Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug», *GA*, 1997, pp. 570 y 571. Siguiendo el planteamiento de JAKOBS, considera SÁNCHEZ VERA, «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica “trascendencia”», *ADPCP*, 1998, p. 344, que la persona utilizada como instrumento no es persona en sentido propio, sino un «pedazo de naturaleza».

⁶⁶ CRAMER, en: *SCH/SCH-StGB*, 26.^a ed., 2001, § 25, n. 38. En un sentido próximo, entiende HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996, p. 193, que «desde la perspectiva del sujeto de atrás, el desconocimiento que tiene el sujeto

autor de un hecho antijurídico en las manos por actuar en error de prohibición? En mi opinión, ello no es así.

El superior conocimiento del de detrás, aunque sea un dato relevante, no es suficiente para fundamentar la autoría del hombre de detrás. Si partimos de que informarse sobre la licitud o ilicitud de una conducta es en principio asunto de cada persona, el error nunca podrá por sí solo fundamentar la autoría del hombre de detrás⁶⁷. No va a ser difícil, en cambio, apreciar una manipulación de la situación cuando lo que se hace es generar en otro un déficit de conocimiento, incidiendo directamente en su decisión de realizar el hecho. Manipulación que hará posible que el hombre de detrás pueda contar con la lesión del bien jurídico. El poder contar con la lesión no deriva de la propia disposición del sujeto a la comisión del delito, sino de la creación de una situación de error, sin duda, capaz de eliminar ciertos motivos de inhibición⁶⁸.

No es correcto, sin embargo, reducir el dominio del riesgo del hombre de detrás a un mejor conocimiento de la situación, ni es exacto afirmar que quien actúa en error de prohibición está siendo dominado por otro porque no operan en él motivos de inhibición; pues, en todo caso, actuará dominado por su propio error, pero no por otra persona⁶⁹. En contra de la idea, bastante extendida en la doctrina, de que el dominio del hecho requiere el dominio del instrumento por parte del hombre de detrás, entiendo que el dominio se consigue a través de la instrumentalización de otro, el ejecutor material, lo que no debe confundir-

de delante sobre la ilicitud de su acción es un medio idóneo que le permite instrumentalizarle hacia la ejecución del hecho prohibido, puesto que está dominando una cualidad, la cualidad «lesiva» de la acción, proyectada hacia el ordenamiento jurídico, otorgando al sujeto de atrás la dirección de su conducta hacia el resultado y el superior control del acontecimiento fáctico».

⁶⁷ En este sentido, MURMANN, «Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotsirrtum des Vordermannes», *GA*, 1998, pp. 81 y 82. Según este autor, no existe un deber de informar correctamente sobre el contenido del Derecho ni de tener en cuenta las falsas representaciones preexistentes, partiendo de que es asunto de cada persona individual el procurarse un conocimiento del injusto (p. 81: «El acceso al Derecho está abierto a todo ciudadano de igual modo»).

⁶⁸ En las concepciones de ROXIN y KÜPER, la ausencia de motivos de inhibición, derivada de la falta de conocimiento actual, es la que permite al hombre de detrás dominar al de delante. En el planteamiento aquí defendido, el actuar sin determinados motivos de inhibición no es base suficiente para afirmar el dominio del hombre de detrás. Será necesario constatar una efectiva manipulación de la situación, a través de la provocación del error en el autor inmediato, en condiciones tales que haga posible contar con la lesión del bien jurídico.

⁶⁹ Así, no obstante, KÜPER, «Mittelbare Täterschaft, Verbotsirrtum des Tatmitlers und Verantwortungsprinzip», *JZ*, 1989, p. 944.

se con el dominio de su persona. Para que el criterio del dominio alcance un verdadero sentido normativo debe dejar de explicarse en términos de dominio sobre la persona del ejecutor material y pasar a ser concebido como dominio sobre el riesgo. Será necesario constatar una efectiva manipulación de la situación, a través de la provocación del error en el autor inmediato, en condiciones tales que haga posible contar con la lesión del bien jurídico.

Para concretar un poco más este planteamiento, volvemos a los casos propuestos anteriormente. En el caso n. 1, la mujer que aborta en el extranjero, creyendo que al igual que en su país esa conducta es lícita, es autora de un delito de aborto, quede o no exenta de responsabilidad penal. Si la mujer ha sido determinada a realizar el hecho a través de una falsa información, habrá que ver si existían razones objetivas para poder confiar en dicha información. Y ahí está precisamente la clave para calificar la conducta de la persona de detrás. Afirmaremos que la mujer puede confiar en que su conducta no es punible, siempre que haya hecho lo posible por informarse correctamente, preguntando, por ejemplo, al médico que la atiende en el extranjero sobre las posibilidades legales de practicar un aborto en ese país⁷⁰. Si el médico la determina mediante una falsa información a llevar a cabo el hecho, habrá que apreciar manipulación de la situación. Manipulación que permite al médico contar con la lesión del bien jurídico, y que nos lleva a decir que es autor tras el autor.

Por el contrario, cuando la conducta de la persona de detrás no llega a provocar el error en el autor inmediato (o por lo menos, no en los términos aquí descritos), su intervención no podrá pasar de constituir

⁷⁰ Cfr. MURMANN, «Zur mittelbaren Täterschaft bei Verbotsirrtum des Vordermannes», GA, 1988, pp. 82 y 83. Según este autor, la información impartida por cualquier tercero normalmente no elimina la evitabilidad del error de prohibición, porque a ese tercero no se le reconoce ninguna especial autoridad para la interpretación del derecho (p. 83: «El que yerra no debe confiar en cualquier tercero más que en sí mismo»). No obstante, si limitamos las posibilidades de confiar del ciudadano en la información de un tercero a que éste tenga una deber jurídico de informar correctamente, como pretende MURMANN, recortamos las posibilidades de hacer responder al hombre de detrás como autor; pero, a la vez, también ampliamos el ámbito de venibilidad del error. Quizá sea suficiente con poder confiar de forma razonable en que la información es correcta (preguntándonos, simplemente, ¿con qué criterio habría operado el espectador objetivo situado *ex ante*?) y no sea necesario exigir, como hace este autor para excluir la responsabilidad del hombre de delante (p. 85), que la información proceda de una persona obligada por un deber jurídico especial a informar correctamente. También hay que tener en cuenta que los errores de prohibición a menudo versan sobre materias específicas de las que el ciudadano de a pie no tiene un conocimiento exacto.

una inducción o cooperación, según los casos. Precisamente, en el supuesto del que presta ayuda a la madre para abortar, conociendo la existencia de la prohibición (caso n. 1b), la conducta de favorecimiento del hecho deberá ser calificada de cooperación, pues sin provocación del error de prohibición por parte del hombre de detrás difícilmente podremos hablar de manipulación.

En relación al caso n. 2, cabría cuestionar si el médico ostenta, con relación a la enfermera, una posición de supremacía o, mejor incluso, si existe un efectivo reconocimiento de autoridad por parte de la enfermera. Así, si ella actúa confiando en la información que le da el médico, y consideramos que también el espectador objetivo situado *ex ante* en el lugar de la enfermera habría actuado según las instrucciones recibidas, no habrá obstáculo para afirmar la autoría de aquél. En efecto, en este caso el médico puede contar con la lesión del bien jurídico al dar a la enfermera una información falsa, teniendo razones para confiar, por tratarse de su superior jerárquico, en que la misma no va a ser contrastada. Por consiguiente, afirmamos que tiene dominio del riesgo, dominio que compartirá desde distinto plano con la enfermera, y que le convierte en autor tras el autor.

4.4. *Supuestos de error sobre la identidad de la víctima*

Para terminar, voy a pasar a exponer la problemática que plantean los supuestos de **error sobre la identidad de la víctima** en relación con la autoría mediata. Hablamos de manipulación de un error *in persona* cuando el hombre de detrás consigue mediante engaño la variación del plan delictivo en el sentido de dirigir la actuación del hombre de delante frente a otra víctima. Uno de los casos más discutidos y quizás el más representativo es el célebre «caso Dohna»⁷¹.

El caso es el siguiente: Fuchs se entera de que Schütz le espera en un lugar solitario del camino, por donde él habitualmente pasea, para dispararle. En vista de ello, a través de un falso telegrama, atrae a su enemigo Luchs al lugar donde sabe que está esperando Schütz, para que éste le confunda con Fuchs y resulte muerto. Hay que advertir que este caso no se presenta en una única variante. En ocasiones, se refieren los autores al «caso Dohna» pero no en su versión original, sino en una versión modificada del mismo. Así sucede con el caso reconstruido por ROXIN⁷²: A está decidido a matar a O, por lo que espera

⁷¹ DOHNA, *Übungen im Strafrecht und Strafprozeßrecht*, 3.ª ed., 1929, p. 93.

⁷² ROXIN, en: *LK-StGB*, 11.ª ed., 1993, § 25, n. 104, p. 52.

escondido a que llegue para dispararle. B le convence de que la persona que se acerca es la víctima esperada, aunque sabe perfectamente que, en realidad, se trata de otra persona.

El error *in persona* que sufre el hombre de delante no excluye su plena responsabilidad como autor de un delito doloso. En esto hay acuerdo en la doctrina, pues se admite, sin más, que este tipo de error, cuando va referido a una persona protegida de la misma forma por la ley penal que la que se creía atacar, es irrelevante⁷³. En efecto, el tipo del homicidio no exige que el sujeto se represente la concreta individualización de la víctima, sino que se conforma con el conocimiento de que la acción se dirige contra una persona (cualquiera). Pero las opiniones se separan a la hora de determinar la responsabilidad del sujeto que, provocando o aprovechando el error *in persona*, consigue sustituir a una víctima por otra. La calificación del hombre de detrás como autor mediato, pese a la responsabilidad penal plena del hombre de delante, es defendida, con distintas fundamentaciones, por un sector importante de la doctrina alemana, lo que conduce inevitablemente a la admisión de la figura del autor tras el autor⁷⁴. En nuestro país, admite HERNÁNDEZ PLASENCIA la solución de la autoría mediata, pero únicamente en relación con la versión original del caso Dohna, rechazándola para la versión modificada aludida anteriormente⁷⁵.

⁷³ En la doctrina alemana, *cfr.* MURMANN, *Die Nebentäterschaft im Strafrecht. Ein Beitrag zu einer personalen Täterschaftslehre*, 1993, pp. 215-219; NEUMANN, «Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des "Opfers"», *JA*, 1987, p. 250; RENZIKOWSKI, *Restrictiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 83. En España, *cfr.* MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., 1998 10/131; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II. Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., 1998, p. 141 y s.; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal. Parte General I*, 1996, p. 455; SILVA SÁNCHEZ, «"Aberratio ictus" e imputación objetiva», *ADPCP*, 1984, pp. 347-349 y 372.

⁷⁴ *Cfr.*, entre otros, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7.ª ed., 2000, pp. 213-216 y 675 y ss.; el mismo, «Bemerkungen zum "Täter hinter dem Täter"», en: LANGE, *FS*, 1976, pp. 189-192; NEUMANN, «Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des "Opfers"», *JA*, 1987, P. 250; SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, pp. 146, 147 150, 196 y 197.

⁷⁵ HERNÁNDEZ PLASENCIA, *La autoría mediata en Derecho Penal*, 1996, pp. 200 y ss. Acude este autor a la inducción para resolver la segunda versión del «caso Dohna», p. 206, argumentando que «aunque el sujeto estuviera determinado a lesionar un determinado bien jurídico, lo cierto es que el que concretamente agrede es al que le había determinado el sujeto de atrás. Si el sujeto A está determinado a matar al sujeto B, es un omnimodo facturus, pero si por la determinación de C mata a D, C es inductor de la muerte de D». En mi opinión, no es correcto apreciar inducción porque el ejecutor no está siendo determinado a tomar una nueva resolución. El hombre de detrás no intenta convencerle de matar a otra persona distinta a la pretendía originalmente, sino que le engaña para que, manteniendo la resolución que ya había

La autoría del que provoca un error *in persona* en el ejecutor material, incidiendo sobre él por medios comunicativos (segunda versión del «caso Dohna»), presenta no pocos problemas cuando se parte de una idea de instrumentalización restringida a los supuestos de ausencia de responsabilidad penal en el ejecutor material. Los autores alemanes que defienden este planteamiento se ven forzados a acudir a la inducción para de este modo conseguir castigar a quien manipula la situación desde atrás con la misma pena que al autor⁷⁶. En España, queda abierta además la posibilidad de castigar por cooperación necesaria, consiguiendo así por otra vía imponer al hombre de detrás la pena que corresponde al autor⁷⁷. La alternativa que queda en Alemania a quienes no aceptan ni autoría ni inducción del hombre de detrás es castigar por complicidad, lo que supone rebajar obligatoriamente la pena a quien hace bastante más que limitarse a favorecer la ejecución del hecho principal.

Calificar la conducta del hombre de detrás de inducción tiene varios inconvenientes. Entre ellos, el forzar a tratar los casos de engaño sobre la identidad de la víctima del mismo modo que aquellos otros en los que se convence (sin engaño) a quien ya está resuelto a matar a otro a que cambie de víctima. Considerar al que provoca un error *in persona* en el hombre de delante como inductor supone desconocer que, en realidad, se está produciendo una manipulación de la situación. En efecto, se está instrumentalizando la decisión autónoma del autor inmediato para conseguir que el ataque, originalmente dirigido contra una persona determinada, se dirija contra otra persona distinta. Más apropiado, pues, que afirmar que se está provocando una resolución criminal, es aceptar que nos encontramos ante la instrumentalización de una decisión criminal ajena.

Aprovechando la comparación que establece ROXIN entre convencer a otro para que cambie de víctima y conseguir mediante engaño que se de muerte a la persona equivocada, acepto, tal como hace este autor, que ambos casos responden a estructuras diferentes, pero todavía queda por ver en qué se basa dicha diferencia⁷⁸. A mi entender, en

tomado (en este sentido sigue siendo un omnimodo facturus), lesione un bien jurídico distinto al que se proponía.

⁷⁶ Vid., por todos, OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 6.ª ed., 2000, 21/89 y ss.

⁷⁷ Por la solución de la cooperación necesaria se decanta GÓMEZ RIVERO, *La inducción a cometer el delito*, 1995, pp. 238 y ss.

⁷⁸ ROXIN, en: *LK-StGB*, 11.ª ed., 1993, § 25, n. LK, n. 105, p. 52; el mismo, «Bemerkungen zum “Täter hinter dem Täter”», en: LANGE, *FS*, p. 191. Admite Roxin la autoría mediata en ambas versiones del caso Dohna, estableciendo dos formas de

el primer supuesto, la acción de persuadir a otro para que cambie de víctima deberá ser calificada de inducción; pues lo que se está dando es un cambio de dolo, un desistimiento de unos actos preparatorios para determinar una nueva resolución⁷⁹. No se aprecia manipulación de la situación por parte del hombre de detrás. El ejecutor material configura como autor su propio hecho decidiendo si se deja convencer o no por el hombre de detrás. En el segundo caso, no se puede negar que el hombre de delante es autor de un hecho antijurídico, por el que sin duda responderá penalmente; pero, al dirigir su ataque a la víctima equivocada, a la vez, está siendo utilizado para matar a la persona elegida por el hombre de detrás.

Ahora bien, ¿constituye todo aprovechamiento del error del autor inmediato una manipulación de la situación por parte del hombre de detrás? ¿Cuándo se puede afirmar que se está instrumentalizando una decisión delictiva ajena? Precisamente en el momento en que el hombre de detrás provoca el error *in persona* en el autor inmediato. Pues al provocar el error determina la muerte de una persona que hasta entonces no estaba en peligro. Con este proceder se ahorra el hombre de detrás la labor de convencer al sujeto que ya está decidido a matar a otro de que cambie de víctima, lo que podría resultar más costoso y, en ocasiones, incluso imposible. Obviamente, este modo de apropiarse de un proceso delictivo ajeno no pretende disputar la autoría del ejecutor inmediato, que ni siquiera va a quedar exento de responsabilidad penal por razón de su error; pero sí permite afirmar que el hombre de detrás tiene dominio del riesgo, dominio que será compartido con el autor inmediato desde distinta posición⁸⁰.

Volviendo al «caso Dohna», considero que en ambas versiones del mismo hay que admitir la figura del autor tras el autor, puesto que en ambas se aprecia una clara manipulación de la situación. La autoría del hombre de detrás en la segunda versión del «caso Dohna» queda justificada porque la actuación sobre el hombre de delante supone un cambio en el proceso lesivo, iniciado por el autor inmediato, en contra de una persona que hasta ese momento no estaba en peligro. Se pro-

dominio: el dominio sobre la realización del sentido del tipo, y el dominio sobre la configuración del concreto sentido de la acción (*vid.* ROXIN, *Täterschaft und Tätherrschaft*, 7.ª ed., 2000, p. 215).

⁷⁹ En este sentido, BALDÓ LAVILLA, «Algunos aspectos conceptuales de la inducción», en: *Comentarios a la Jurisprudencia Penal del Tribunal Supremo*, 1992, p. 112.

⁸⁰ En efecto, cada uno realiza su propio injusto, aunque el hombre de detrás no lo haga por sí sólo, sino a través de la instrumentalización de la decisión del autor inmediato. Ambos realizan el tipo de homicidio, aunque el modo de vincularse al hecho sea distinto.

duce, de este modo, una apropiación del plan delictivo ajeno a través de engaño. En la versión original del «caso Dohna» el hombre de atrás sigue una dinámica distinta, pues el error *in persona* en el autor inmediato se provoca de forma indirecta, pero la valoración jurídica debe ser exactamente la misma. La actuación sobre la víctima coloca a ésta en una situación de peligro para su vida. Esa actuación directa sobre la víctima crea una situación de peligro a partir del momento en que provoca indirectamente un error *in persona* en el autor inmediato. Por ello, también aquí es posible afirmar que el hombre de detrás domina el riesgo, pues se apropia de un plan delictivo ajeno empleando engaño. Hay, por tanto, manipulación de la situación a través de la instrumentalización de una decisión delictiva ajena.