

Algunas consideraciones sobre autoría y participación en los delitos especiales. Particular referencia al delito de tortura (*)

RAFAEL REBOLLO VARGAS

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Barcelona

SUMARIO: 1. Cuestiones previas.—2. La distinción entre delito especial propio e impropio. El delito de tortura.—3. Reflexiones sobre la autoría y sus formas. 3.1 Sobre el concepto de autor. 3.2 Acerca de la autoría mediata. 3.2.1 El instrumento que actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato. 3.2.2 El instrumento que actúa en situación de pleno dominio del hecho. 3.2.3 El instrumento que actúa en una situación de dominio compartido del hecho con el hombre de atrás: ¿autoría mediata, inducción, coautoría o cooperación necesaria?—4. La problemática en los delitos especiales. La autoría mediata y la inducción en el delito de tortura. 4.1 La autoría mediata del *intraneus*. 4.2 La autoría mediata del *extraneus*. 4.3 La inducción en los delitos especiales impropios.

1. Cuestiones previas

Las cuestiones relacionadas con la autoría y la participación en los delitos especiales, ya sean propios o impropios, son efectiva-

(*) Trabajo financiado a cargo del Proyecto DGICYT PB 96-1207, concedido al Área de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Barcelona y realizado durante mi estancia en el *Istituto Giuridico A, Cicu de la Università di Bologna*, en otoño del año 2000. Quisiera, por ello, agradecer (una vez más) al Prof. L. Stortoni su amistad y su estímulo intelectual.

mente de lo más diverso, problemático y amplio (1). El propósito de este trabajo es concreto y, por lo tanto, mucho más modesto, ya que tiene por objeto poner de manifiesto algunas de las controversias más destacables en el contexto de los delitos especiales en general y, en particular, en el delito de tortura (2), para adoptar una posición en aquellos aspectos más complejos como son los de autoría mediata y los de la inducción.

Es más que probable, tal y como señala Muñoz Conde (3), que la tortura no sea un problema de leyes, sino de sensibilidad de algunas de las personas encargadas de aplicar la ley y, por qué no, de un legislador que con una técnica y con unas opciones político-criminales más que discutibles, crea situaciones carentes de las más elementales garantías que son las que favorecen y posibilitan ese tipo de hechos. De todos modos, si bien es cierto que la situación en nuestro país con respecto a la tortura dista mucho de ser la que era hace no demasiados años (4), también es verdad que se producen hechos que, tal y como anualmente recoge el informe presentado por el Defensor del Pueblo a las Cortes, se continúan repitiendo. Pero con independencia de esos supuestos puntuales donde en la mayoría —o la totalidad de los casos— los autores o partícipes actúan desde una vertiente o desde un plano puramente individual, existen otras situaciones dogmáticamente complicadas y difíciles de encajar en las categorías de la autoría y participación, como son la práctica de estos delitos mediante estructuras de poder organizadas. Pensemos, sin ir más lejos, en la responsabilidad penal de los miembros de las Juntas Militares Argenti-

(1) *Vid.*, al respecto, sólo por citar algunas aportaciones —y sin propósito de exhaustividad—, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991; GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966; GRACIA MARTÍN, L., *El actuar por otro en Derecho penal*, Zaragoza, 1985, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Autoría y participación*, Madrid, 1996; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación en Derecho penal*, Barcelona, 1974.

(2) Al respecto, *vid.* el reciente trabajo de RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, Granada, 2000.

(3) MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 12.^a edición, Valencia, 1999. En el mismo sentido, *vid.* PORTILLA CONTRERAS, G., en *Curso de Derecho Penal Español*, T. I, Madrid, 1996, pp. 268 ss.

(4) *Vid.*, al respecto, MAQUEDA ABREU, M. L., «La causación de muerte con el fin de obtener una confesión: El caso Rueda», *La Ley*, 1988, T. II, pp. 769 ss.

nas (5) o, incluso, en el presunto título de imputación atribuible al General Pinochet por unos hechos que motivaron su proceso de extradición y que todavía hoy distan de ser juzgados por la justicia chilena (6).

2. La distinción entre delito especial propio e impropio. El delito de tortura

La calificación de un tipo penal como propio o impropio tiene unas consecuencias que a primera vista pueden pasar inadvertidas, pero que a la hora de examinar las consecuencias dogmáticas derivadas de la autoría y de la participación a la luz de una u otra opción reviste unas consecuencias, como más adelante veremos, que no son en absoluto desdeñables.

Existe prácticamente un acuerdo unánime en la doctrina al señalar que los delitos especiales impropios son aquellos que tienen correspondencia con uno común, es decir, se trata de delitos en los que la calidad personal del sujeto (su condición de funcionario público, por ejemplo) no es determinante puesto que el comportamiento tiene correspondencia con un delito común. Por el contrario, los delitos especiales propios están dotados de una especial característica cual es una determinada condición del sujeto activo, es decir, si éste no reúne los requisitos exigidos en el tipo el hecho deviene atípico por la falta de correspondencia del comportamiento con un delito común (7).

(5) BAIGÚN, D., «La sustracción de menores en Argentina». Conferencia pronunciada en la Universidad de Macerata (Italia), en mayo del 2000. Texto original facilitado por el Prof. Gaetano Insolera, y de próxima publicación en la *Revista Crítica del Diritto*.

(6) Al respecto, *vid.* GARCÍA ARÁN, M.-LÓPEZ GARRIDO, D., *Crimen internacional y jurisdicción universal*, Valencia, 2000.

(7) *Vid.*, ampliamente, QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, *op. cit.*, pp. 31-45. Cfr. COBO DEL ROSAL, M.- VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a edición, Valencia, 1996, pp. 327-328. Igualmente, en el mismo sentido y crítico con el criterio aquí mantenido, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1989, p. 163, donde sostiene una hipótesis distinta con respecto a la caracterización de los delitos especiales como propios o impropios haciendo hincapié, para calificar a un delito como especial propio, en la capacidad del sujeto activo para lesionar el bien jurídico protegido. *Vid.*, asimismo, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», RDPCr, 1998, pp. 50 ss., y, en particular, sus

¿Cuál es la calificación atribuible al delito de tortura? La doctrina, prácticamente de forma unánime, lo considera un delito especial impropio por su correspondencia con un delito común (8). Ahora bien, se trata de una afirmación que es preciso matizar.

Como es sabido, el delito de tortura se tipifica en el artículo 174 del Código penal, agrupándose bajo la rúbrica del tomo VII, libro II, «De la tortura y otros delitos contra la integridad moral». El sujeto activo del mismo es la autoridad o funcionario público, que con el fin de obtener una confesión o información de una persona o bien para castigarla por cualquier hecho... la sometiére a procedimientos que «*de cualquier otro modo atentaren contra su integridad moral*». Se trata de un delito donde lo esencial de su regulación, además del abuso de poder que significa por parte del Estado y/o de sus servidores, es la amplitud con la que ha sido descrito el comportamiento típico y que implica que cualquier atentado a la integridad moral, insisto cualquier, puede ser calificado como delito de tortura cuando el autor del mismo es un funcionario público o autoridad (9).

Igualmente, en el delito del artículo 173 se regula un tipo común de trato degradante en el que el sujeto activo puede ser cualquiera y cuyo comportamiento consiste en infligir a otra persona un trato degradante «*menoscabando gravemente su integridad moral*». Resulta entonces que, mientras que en el delito de tortura se castiga cualquier atentado a la integridad moral que tenga origen en un funcionario público o autoridad, sea o no grave, en el delito común de trato degradante los comportamientos abarcados en el tipo serían exclusivamente aquellos que consistieran en un menoscabo grave a la integridad moral. La consecuencia de tal regulación no deja de ser paradójica y, así, atentados contra la integridad moral cometidos por un particular que no fueran considerados de carácter grave, resultarían atípicos a tenor de la regulación del artículo 173

reflexiones acerca de lo que él califica como «los elementos típicos idóneos o de acción restringida».

(8) RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, op. cit., p. 305. En especial, nota a pie de página núm. 97 y la bibliografía allí citada. De otra opinión, vid. GONZÁLEZ CUS-SAC, J. L., «Delitos de torturas y otros tratos degradantes (Delitos contra la integridad moral)», en *Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte Especial*, Madrid, 1996, p. 80.

(9) TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Comentarios al Código penal* (QUINTERO OLIVARES, G., director), Pamplona, 1996, p. 864.

(o al menos no se ajustarían a tal descripción típica, sin perjuicio de que tuvieran encaje en otros tipos previstos en el propio Código), mientras que si esos mismos hechos los realizara un funcionario público serían constitutivos en todo caso de un delito de tortura (10). Aunque, probablemente, y de acuerdo con Muñoz Sánchez (11), la distinción o la mayor gravedad punitiva del delito de tortura con respecto al delito de trato degradante no reside en la intensidad del sufrimiento infligido, sino en la cualidad de servidor público del sujeto activo, además de la finalidad perseguida por éste en el momento de practicar la tortura.

De lo anterior resulta que la correspondencia entre el delito de tortura cometido por funcionario público y el tipo común en el que se tipifican los atentados graves a la integridad moral, es sólo parcial y estará en función de la gravedad del atentado a la integridad moral. Se trata entonces, utilizando la terminología de Rodríguez Mesa (12), de un delito parcialmente propio o impropio en atención a la intensidad o a la gravedad en la que ha sido realizado el comportamiento típico. Cuestión que, como decía al inicio, reviste una especial importancia en cuestiones como, por ejemplo, dimitir el título de imputación derivado de la participación delictiva.

Una vez puesto de manifiesto que el sujeto activo del delito de tortura es un funcionario público o autoridad, tal y como por otro lado dispone la descripción típica del artículo 174, lo que cabe preguntarse es si «todos» los sujetos que reúnan las características exigidas en el artículo 24 del Código penal, son susceptibles de ser autores de un delito de tortura. En este caso, no puede pasar desapercibido que el tipo hace referencia a funcionarios públicos que actúan abusando del cargo, añadiendo a continuación la exigencia de un elemento subjetivo del injusto, esto es, que la finalidad de la tortura sea la de obtener una confesión o una información o, bien, la de castigar al sujeto pasivo por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que hubiera realizado. Lógicamente, parece que el círculo de sujetos del artículo 24, es decir, los que disponen de la condición de autoridad o de funcionario público, se circunscribe a

(10) TAMARIT SUMALLA, J. M., *ibidem*. Cfr. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, Valencia, 1999, p. 58.

(11) MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, pp. 58-59.

(12) RODRÍGUEZ MESA, M. J., *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, *op. cit.*, p. 306. Igualmente, *vid.* MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, *op. cit.*, pp. 94-95.

aquellos que en el ámbito de sus funciones tengan encomendadas determinadas tareas cuyo ejercicio pueda suponer un abuso de la función pública y, además, se realicen con el propósito de obtener una información, una confesión o bien de castigar al sujeto pasivo.

En consecuencia, los sujetos activos de tal delito serán exclusivamente los funcionarios públicos o autoridades que tengan atribuidas funciones de investigación judicial, policial o bien de custodia de detenidos (13). Sin olvidar, obviamente, que el apartado segundo del mismo artículo 174 hace mención a autoridades o funcionarios públicos de instituciones penitenciarias, o de centros de corrección o de protección de menores, lo cual permite atribuir a tales funcionarios la calidad de sujetos activos potenciales del delito de tortura.

3. Reflexiones sobre la autoría y sus formas

3.1 SOBRE EL CONCEPTO DE AUTOR

Una de las mayores aportaciones –y probablemente de los aciertos– del legislador al nuevo Código penal ha sido, al menos a mi juicio, la nueva regulación de la autoría y de la participación (14). Es la primera vez que el legislador español establece quiénes son los autores y cuál es la forma de llevar a cabo tales conductas. Así se dispone en el primer párrafo del artículo 28 del Código penal que *son autores* quienes realizan el hecho por sí mismo (autor inmediato), quienes lo realizan conjuntamente (coautores), o bien utilizando a otro del que se sirve como instrumento (autoría

(13) Vid. MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, op. cit., p. 60, en especial nota a pie de página número 144, donde además de poner de manifiesto que en el Código penal anterior la descripción típica del antiguo artículo 204 bis hacía referencia a la práctica de tortura en el caso de un procedimiento judicial penal o en la investigación de un delito, trae a colación distintas interpretaciones doctrinales mucho más amplias que las por él (y las aquí) defendidas hasta el punto de que a mi juicio llegan a desnaturalizar la auténtica *ratio legis* del precepto, y que referidas al ámbito material de los sujetos activos del delito llegan a incluir como presuntos sujetos activos del delito a los funcionarios de la Agencia Tributaria. En ese sentido, vid., igualmente, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., «Los delitos contra la integridad moral», *La Ley*, 1998. T. IV, p. 1439.

(14) Vid., sin embargo, GIMBERNAT ORDEIG, E., en el epígrafe I.6 de su «Prólogo a la segunda edición» del *Código penal*, editado por Tecnos, Madrid, 1996.

mediata), con lo cual –y a diferencia del texto anterior– la coautoría y la autoría mediata son consideradas expresamente formas de autoría. Igualmente, en el segundo párrafo del mismo artículo 28, se establece quiénes *serán considerados autores*, es el caso de los inductores y de los cooperadores. De ello podemos extraer una doble conclusión, en primer lugar que el Código establece el concepto de autor (no quién es el autor), declarando cuáles son los responsables «directos, principales e independientes del hecho punible» y, en segundo lugar, el propio Código declara quiénes son los responsables «indirectos, accesorios y dependientes» de la infracción penal, es decir cuáles son los partícipes en la realización de la infracción penal y a los que por esa razón considera autores (15).

Una de las consecuencias de lo anterior, como muy bien pone de manifiesto Pérez Alonso, es que si los autores son quienes realizan el hecho punible con ello se descarta una concepción de la autoría que no tenga como punto de partida la realización del tipo penal. Es más, añade, esa construcción supone una barrera infranqueable entre la autoría y la participación, por lo que la tipicidad penal se convierte en un sólido límite entre ambas y, por lo tanto, se adopta con ello un concepto restrictivo de autor que supone «una plasmación expresa del principio de legalidad penal en materia de autoría» (16).

Traigo lo anterior a colación porque si bien es cierto que tal y como se configura la nueva regulación de la autoría y de la participación en el Código penal español son defendibles distintos conceptos de autor, lo que me parece descartable –incluso con el texto anterior– es una concepción de autor desde un punto de vista unitario, tal y como se recoge en el artículo 110 del Código penal italiano. Criterio que, como es sabido, no distingue entre autores y partícipes, sino que considera que es autor todo aquel que interviene en un hecho (17)/(18).

(15) PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, Granada, 1998, p. 379.

(16) PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad...*, op. cit., p. 383. Igualmente, en el mismo sentido, vid. BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, Valencia, 2000, p. 50; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, 1996, p. 60

(17) Vid., entre otros, DONINI, M., «La partecipazione al reato tra responsabilità per fatto proprio e responsabilità per fatto altrui», RIDPP, 1984; INSOLERA, G., voz «Concorso di persone nel reato», en *Digesto delle Discipline Penalistiche*, (Nota 18 en pág. siguiente.)

El objeto de estas páginas no me permite detenerme en todas y cada una de las teorías relativas al concepto de autor (19), sin embargo creo que es preciso señalar cuál es el punto de partida que adoptamos en esta materia. Ahora bien, antes que nada conviene sentar alguna premisa. Y es que dada la configuración del artículo 28 del Código penal, a mi entender, lo descartable es sostener un concepto unitario de autor y, yendo más lejos, hasta un concepto extensivo de autor, con lo cual creo que necesariamente la interpretación del referido concepto en nuestro Código penal pasa por un concepto restrictivo del mismo (20).

Igualmente, el mecanismo utilizado por el legislador para configurar el concepto de autor hace que en este marco (concepto res-

T. II, Torino, 1988, pp. 437 ss.; STORTONI, L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981. Igualmente, *vid.*, en sentido crítico con la regulación actual, GRASSO, G., en ROMANO-GRASSO, *Commentario sistematico del Codice penale*, T. II, Milán, 1990, pp. 120 ss.; VISCONTI, C., «Concorso di persone nel reato», en *Il Foro Italiano*, 1994, pp. 560 ss.; CORNACCHIA, L., «Reglas de imputación frente a la criminalidad organizada en el Derecho Penal Italiano». Trabajo mecanografiado de inmediata publicación facilitado por el autor, pp. 13 ss.

(18) A pesar de lo anterior me llama poderosamente la atención una reciente sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de noviembre de 1999 (Ponente Sr. Martín Pallín) en la que resuelve un recurso de casación contra la dictada por la Audiencia Provincial de Alicante, con fecha 9 de junio de 1998, en la que a algunos de los acusados se les condena por un delito de revelación de secretos y por otro de cohecho. Sin embargo, lo sorprendente de la misma, es que si bien el Tribunal Supremo en el Fundamento de Derecho Tercero, donde dirime la responsabilidad de los encausados distingue claramente entre conductas propias de autoría y otras formas de participación —en este caso de inducción y de cooperación—, la sentencia acaba no estimando los correspondientes recursos de casación, a pesar de que la Audiencia había condenado a todos los acusados como autores de los referidos delitos —revelación de secretos y cohecho—, sin entrar a distinguir entre las distintas aportaciones al hecho punible cuando no todos los encausados reunían los requisitos exigidos en los tipos correspondientes, es decir, cuando no todos los sujetos eran funcionarios públicos. Con lo cual, a mi parecer, la sentencia de la Audiencia al castigar a todos los sujetos que intervienen en los hechos sin distinguir entre autores y partícipes está utilizando un concepto unitario de autor.

(19) Entre otros y sólo por citar algunos, *vid.* el clásico trabajo de GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, Madrid, 1966; o el más reciente de DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991; o bien los acabados de mencionar de BOLEA BARDON, C., PÉREZ ALONSO, E. y HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U.

(20) DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», *op. cit.*, pp. 28-30. Igualmente, BOLEA BARDON, C., *La autoría mediata en derecho penal*, *op. cit.*, p. 50.

trictivo) las opciones interpretativas sean plurales (21), incluso en el ámbito de la teoría objetivo-material (es autor quien aporta a la realización del hecho la contribución objetiva más importante) (22), adoptando en nuestro caso en particular la teoría del dominio del hecho que en realidad puede que no sea más que una variable de la anterior.

Como es sabido la teoría del dominio del hecho, que tiene origen en el finalismo, y en particular en las aportaciones de Welzel (23), es probablemente la dominante actualmente en Alemania (24) y ha encontrado un importante eco en nuestro país (25). Según este criterio, sería autor aquel que domina finalmente la realización del delito, o lo que es lo mismo, «quien decide en líneas generales el sí y el cómo de la realización» (26). O, en palabras de

(21) PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho penal*, op. cit., p. 387, nota a pie de página núm. 39.

(22) Vid., matizadamente, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 4.^a edición, Barcelona, 1996, pp. 363 ss., para quien la autoría supone una relación de pertenencia entre el hecho y su autor. Esta pertenencia, añade, «corresponde en primer lugar al ejecutor material individual al que puede imputarse el delito... Es seguro que la pertenencia de la causación típica corresponde, en segundo lugar, al autor mediato que utiliza a un instrumento bajo su total control. El llamado hombre de atrás (mejor: persona de atrás). Construcción que, todo sea dicho, entiendo que solventa alguno de los problemas que puede presentar la teoría del dominio del hecho pero que como más adelante veremos le son imputables algunas deficiencias en el plano de la autoría mediata. Del mismo autor, vid., igualmente, «Adiciones» a JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Barcelona, 1981. Sobre ello, vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, op. cit., pp. 615, 619-620.

(23) WELZEL, H., *Derecho penal alemán* (traducción de BUSTOS RAMÍREZ, J., y YÁÑEZ PÉREZ, S.), Santiago de Chile, 1993.

(24) Vid., sólo por citar algunos autores, MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Barcelona, 1961, pp. 307 ss.; JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, op. cit., pp. 897 ss.; ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, Madrid, 1998, pp. 335 ss.

(25) Entre otros, CÓRDOBA RODA, J., en «Notas...» a MAURACH, R., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, op. cit., pp. 310 ss.; CEREZO MIR, J., «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho penal española», en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, pp. 162 ss.; MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte General*, op. cit., p. 481; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 364 ss.; del mismo autor, «Adiciones», T. II, pp. 913 ss., si bien su contribución presenta alguna particularidad importante como es la de «pertenencia del hecho».

(26) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 3.^a edición, Valencia, 1998, p. 481.

Roxin (27), es autor quien «mantiene en sus manos el transcurso del hecho y que puede, de acuerdo con su voluntad, dejar avanzar o detener el transcurso de los hechos». Más adelante el propio Roxin añade que si el sujeto desempeñó un papel dominante en el hecho, éste será autor, a pesar de que actúe «para» o «instigado por un tercero». Si, por el contrario, no ha dispuesto del dominio del hecho, únicamente será partícipe sin perjuicio del interés que haya tenido en la comisión del delito.

Esta teoría del dominio del hecho, a mi juicio, acota con mayor precisión la realización del tipo pero, igualmente, es necesario entrar a concretar algunas cuestiones polémicas en el plano de la autoría mediata y los delitos especiales.

3.2 ACERCA DE LA AUTORÍA MEDIATA

Si bien en las últimas décadas el concepto de autoría mediata había sido admitido progresivamente por la doctrina y por la jurisprudencia, también es verdad que durante mucho tiempo fue motivo de discusión incluso acerca de su viabilidad. De esta forma ha habido autores que no la admitían, otros que entendían que se trataba de un concepto sin trascendencia, hasta quienes efectivamente la concebían como una forma de autoría y la incluían en el artículo 14 del anterior Código penal (28). Discusión que, de una vez por todas, y con la inclusión expresa en el artículo 28 de la autoría mediata está plenamente superada.

Sin embargo, sobre lo que no hay acuerdo es sobre el propio concepto de autoría mediata. El punto de partida, eso sí, es unívoco y se dice –unánimemente me atrevería a decir– que en la autoría mediata el autor no realiza personalmente el hecho sino que sirve de otro a quien utiliza como instrumento (29). Ahora bien, obsérvese que la definición propuesta, que por otro lado es prácticamente de

(27) ROXIN, C., «Sobre la autoría y participación en el Derecho penal», en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y la Filosofía del Derecho*, Homenaje al Prof. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Buenos Aires, 1970, p. 56.

(28) *Vid.*, sobre estas cuestiones, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte General*, 3.^a edición, Madrid, 1994, pp. 219 ss.; BOLEA BARDON, C., *La autoría mediata en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 124 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho Penal*, Pamplona, 1998, pp. 483 ss.

(29) Entre otros, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal*, T. II, *op. cit.*, p. 919.

forma literal la recogida en el Código penal, es lo suficientemente amplia para, en principio, no suscitar controversias. Otra cosa es si el sujeto utilizado como instrumento para la realización del delito actúa con dolo y —en el caso de que así sea— continuar manteniendo que se trata de un supuesto de autoría mediata, de una forma de participación o incluso, para algunos autores (en la hipótesis de los delitos especiales propios), que el hecho devenga impune.

Como es sabido éste es uno de los temas más polémicos en la doctrina penal española, no ya por la aceptación o no de la autoría mediata como una forma de autoría (cuestión que estaba ya admitida de forma generalizada incluso con el Código penal anterior), sino por las dudas que suscitan algunas de las hipótesis que veremos inmediatamente.

Una muestra de ello sería, sin ir más lejos, las distintas definiciones de autoría mediata propuestas. Así, entre otras y sólo por citar algunas, Quintero Olivares sostiene: «Es autor mediato de un delito quien realiza el correspondiente tipo legal utilizando como instrumento a otra persona *que actúa inconscientemente* de la trascendencia penal de lo que hace» (30). Por su parte, Muñoz Conde entiende que en la autoría mediata «el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, *generalmente no responsable*, que es quien lo realiza» (31). Y, finalmente, Mir Puig señala lo siguiente: «Es autor mediato quien realiza el hecho *utilizando a otro* como instrumento» (32) (33).

(30) QUINTERO OLIVARES, G., *Curso de Derecho penal, op. cit.*, p. 482. Vid., asimismo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «La autoría mediata conforme al Código penal», *La Ley*, 2000, T. II, pp. 1726 ss.

(31) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, p. 482.

(32) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 372. Vid., igualmente, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del delito*, Madrid, 1984, p. 141, quien parte de un concepto abierto de autoría mediata: «Autor mediato es el que “realiza el tipo”, aunque no lo ejecuta directamente, sino que para esta ejecución se sirve de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad». Ahora bien, a continuación añade que únicamente puede ser instrumento aquel que en sí mismo «no es autor plenamente responsable», retomando así la doctrina mayoritaria a pesar de lo cual admite una excepción: la autoría mediata en los delitos especiales propios mediante un instrumento doloso no cualificado. Vid. *op. cit.*, p. 158.

(33) Vid. el reciente trabajo de BOLEA BARDON, C., *La autoría en Derecho penal, op. cit.*, pp. 158 ss., quien distingue entre autoría mediata en sentido estricto y autor detrás del autor. Incidiendo en que ambas figuras tienen en común la

De una primera lectura de las definiciones transcritas es obvio que se plantean concepciones distintas sobre la autoría mediata. La de Quintero (que seguramente es la mayoritaria en la doctrina española), que parte del criterio de que en la autoría mediata el instrumento actúa inconscientemente y, por lo tanto, descarta la figura del instrumento doloso no cualificado (34). En cambio, Muñoz Conde al definir la autoría mediata se refiere al instrumento como a alguien *generalmente no responsable*. ¿Quiere eso decir que a su juicio se podría llegar a admitir en algún caso la actuación del instrumento doloso no cualificado o la del instrumento doloso sin intención como un supuesto de autoría mediata? A mi entender la respuesta a esa cuestión la responde el mismo autor aunque de forma indirecta: «... los límites de dicha instrumentalización y, por tanto, de la autoría mediata, habrá que marcarlos allí donde no pueda afirmarse que el autor material haya perdido el dominio del hecho» (35). Luego, yendo un poco más lejos y avanzando cuál es mi posición al respecto, me atrevería a añadir que desde ese punto de vista no sería descabellado sostener que en el caso de que el autor mediato a pesar de actuar a través de un instrumento doloso cuando no pierde el dominio del hecho, se trataría de un supuesto de autoría mediata y no de inducción. Y, por último Mir Puig, deja el concepto de autoría mediata abierto. Como hemos visto, a su entender el autor mediato es quien utiliza a otro como instrumento; con lo cual contempla la hipótesis –al menos en algunos supuestos– de admitir la autoría mediata a través del instrumento doloso (36).

realización del tipo a través de otro, la falta de ejecución de propia mano del delito y la intervención en un hecho propio. Añadiendo que, sin embargo, «no coinciden ni en cuanto al fundamento ni en cuanto a la estructura». El punto de partida es el del «dominio del riesgo a través de la instrumentalización de otra persona». Sin embargo, a pesar de la originalidad y novedad de tal aportación, la misma no deja de plantearme dudas importantes en tanto que, por ejemplo, en la página 172 del referido trabajo la misma autora mantiene lo siguiente: «Sigue siendo 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/autor».

(34) QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, op. cit., pp. 97 ss.

(35) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 484. Aunque previamente el citado autor, op. cit., p. 483, cuando expone los distintos supuestos en los que cabe la autoría mediata la admite expresamente cuando «el instrumento no actúa típicamente porque falta en él una especial cualificación o un elemento subjetivo que exija el tipo delictivo».

(36) MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 376.

Con independencia de lo anterior, en lo que sí parece que hay un consenso importante es en admitir que, por propia definición, en la autoría mediata tienen encaje aquellos supuestos en los que el instrumento actúa sin antijuridicidad (ya sea por la concurrencia de causas de justificación o cuando el instrumento actúa sin la concurrencia de la parte objetiva del tipo), o bien cuando actúa sin posibilidad de imputación personal (37).

Insisto en que, con independencia de la polémica, sobre lo que no hay ninguna duda es que la autoría mediata supone la realización de un hecho a través de otro que se utiliza como instrumento. Es más, el Código penal así lo establece en su artículo 28, es decir, en él no se dispone ningún tipo de consideración, de límite o de particularidad acerca de la actuación del instrumento, ya actúe el instrumento con dolo, ya sea un sujeto inimputable o ya actúe sin antijuridicidad. En virtud del carácter abierto de la configuración de la autoría mediata en el Código parece que, al menos inicialmente, lo dicho hasta ahora no sería descartable y, en particular, la posibilidad de considerar la existencia de autoría mediata en algunos casos más que cuando el instrumento, en palabras de Quintero, actúa inconscientemente de la trascendencia penal de lo que hace. Por lo tanto, bien podría ocurrir que el instrumento actuara también de forma dolosa y que fuera perfectamente imputable.

A mi entender el origen del problema es asegurar como una presunción *iure et de iure*, tal y como hacen los autores que descartan tal hipótesis, que en esos casos el instrumento dispone del dominio del hecho. Así, para Rodríguez Mourullo debe rechazarse la autoría mediata a través del instrumento doloso, es decir, «a tra-

(37) Así, expresamente, MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., pp. 372 ss. Igualmente, entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal*, op. cit., pp. 219 ss.; BOLEA BARDON, C., *La autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 175 ss.; MUÑOZ CONDE F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pp. 482 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «La autoría conforme al Código penal», op. cit., pp. 1726 ss. Vid., en este sentido, ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., p. 267, quien concreta los supuestos de autoría mediata en virtud del dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás en dos supuestos básicos, considerando que los demás no son más que variables de, en primer lugar, coacción o, en segundo lugar, error del ejecutor. Con ello descarta ya de forma implícita, lo que hará posteriormente de forma expresa (pp. 278-286), la autoría mediata en el caso de los instrumentos dolosos sin intención a través de la teoría del dominio del hecho, y planteando la teoría de los delitos que consisten en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*), para el supuesto de los delitos especiales.

vés de persona que actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del incitador o en maliciosa connivencia con él» (38). En el mismo sentido, Quintero sostiene que no hay motivo para considerar como de autoría (mediata) en sentido estricto «a un comportamiento que en los casos de delito común o especial impropio no será constitutivo más que de inducción» (39). Y, precisamente, partiendo de esa presunción (?) *iuris et de iure* es como el propio Roxin cuestiona que el autor inmediato actúe sin dominio del hecho, y asegura que el no ejecutor únicamente puede ser «señor del suceso de la acción si está descartada la voluntad libre del ejecutor» y hasta ahí estaríamos de acuerdo, pero a continuación añade: «pero esto presupone forzosamente o que la voluntad del agente esté atada o que éste no abarque el sentido concreto de la acción». Para concluir: «no es en absoluto imaginable otra posibilidad» (40).

A mi juicio tal afirmación es demasiado contundente y debo de añadir que no deja de ser sorprendente que Roxin rechace de una forma tan inequívoca la autoría mediata en el supuesto del instrumento doloso y que, a la vez, mantenga la existencia de dominio de la voluntad en un supuesto mucho más complejo y quizás también discutible como lo es el de las estructuras de poder organizadas (41).

En definitiva, creo que ésta —el rechazo de Roxin de la autoría mediata en el caso del instrumento doloso— como las anteriores consideraciones de Rodríguez Mourullo o Quintero hay que matizarlas. Y pienso que si adoptamos como referencia el propio concepto de la autoría mediata y de la inducción, es posible situar un punto de partida en este conflicto. Como es de sobra conocido, una de las características de la inducción es que en ella el inductor hace surgir en el inducido la idea de cometer un delito, pero quien decide y domina, en todo caso, la realización del mismo es el in-

(38) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El autor mediato en Derecho penal español», ADPCP, 1969, p. 474. Es más, el citado autor pone en tela de juicio —siguiendo a BELING y a MEZGER— el mantenimiento de la denominación de *instrumento doloso* cuando éste es consciente de su situación con respecto al pretendido autor mediato. Pues difícilmente, añade, se puede hablar de «instrumento» cuando éste obra dolosamente. *Vid. op. cit.*, p. 470, notas a pie de página núm. 35 y 36.

(39) QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, *op. cit.*, p. 101.

(40) ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, *op. cit.*, p. 280.

(41) ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, *op. cit.*, pp. 257 ss.; del mismo, «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada», RP, 1998.

ducido ya que de lo contrario el inductor sería autor mediato. Mientras que en la autoría mediata el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino que se sirve de otra persona que utiliza como instrumento, es decir, será el autor mediato quien decide en todo momento sobre la realización del delito (42). Como todo el mundo sabe es ahí donde radica una de las diferencias, en la inducción quien decide es el inducido, mientras que en la autoría mediata quien decide sobre la realización del hecho es, en todo caso, el autor mediato y no el instrumento.

Llegados a este momento la pregunta es obvia: ¿podemos afirmar que en los supuestos de actuación a través de instrumento doloso quien tiene en todo momento el dominio del hecho es el instrumento o, por el contrario, el dominio del hecho continúa perteneciendo al autor mediato? Evidentemente en función de cuál sea la respuesta la controversia se puede resolver en un sentido o en otro, aunque no es sencillo dado que las hipótesis son varias:

3.2.1 *El instrumento que actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato*

Ésta es parcialmente la fórmula transcrita unos párrafos atrás y que utiliza Rodríguez Mourullo para cuestionar la autoría mediata. Ahora bien, obsérvese que el citado autor utiliza el término «incitador» por el de «autor mediato», que es el que proponemos para este caso.

Tal sustitución tiene una indiscutible razón de ser: y es que el vocablo «incitador» está estrechamente ligado a la inducción, con lo cual si empleamos el término «incitador» estamos presuponiendo que en esa hipótesis, el que incita está haciendo surgir en otro (en ese caso ya el inducido) la idea de cometer un delito, con lo cual el punto de partida me parece viciado desde el inicio.

Si una de las particularidades de la autoría mediata es que el autor mediato no realiza el hecho por sí mismo, sino que utiliza a un instrumento y que además el autor mediato es quien tiene en todo momento el dominio del hecho, él es quien decide la realización o no del mismo, y no el autor inmediato. Es más, éste actúa por orden del autor mediato y es sólo a este último a quien le compete tomar

(42) Así, expresamente, MUÑOZ CONDE F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., pp. 482, 491.

la primera y la última decisión acerca de la realización del hecho. Es verdad que, en ocasiones, se ha dicho que puede haber un dominio del hecho compartido en los supuestos en los que el autor inmediato también decide (43). Sin embargo, entiendo que se trata de aspectos colaterales a la realización del hecho. Quien toma la decisión de realizar el hecho es el autor mediato y quien puede interrumpir su realización a través de una contraorden al instrumento es el autor mediato; el que el autor inmediato decida las particularidades de cómo llevar a cabo el hecho, o el momento del mismo, o la técnica utilizada para ello me parece que desvirtúa la auténtica dimensión de la autoría mediata en la que lo esencial es la realización de un hecho a través de un tercero que actúa como instrumento, actúe éste de forma «inconsciente» [en palabras de Quintero (44)], o bien lo haga con pleno conocimiento y voluntariedad de los designios del autor mediato. Una vez llegados hasta este punto, querría señalar expresamente que las anteriores reflexiones no tienen origen en una concepción del dominio del hecho desde una perspectiva puramente fáctica, en el sentido de interpretarlo como un puro control causal, ni como es evidente tampoco es de corte normativo (45), sino que me inclino por adoptar un criterio que podríamos denominar fáctico-normativo (46). Cuestión que en este momento apunto y sobre la que volveré más adelante.

Como decía, es cierto que en este caso, para Gallas, existe una situación de un cierto dominio compartido entre el autor mediato y el inmediato, puesto que a su entender el instrumento doloso domina el hecho en idéntica medida que un coautor. A lo que añadía que, a pesar de todo, el autor mediato es autor porque es él y no el instrumento quien tiene el dominio del hecho (47), tiene «en sus

(43) Díez RIPOLLÉS, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», *op. cit.*, p. 46

(44) *Vid.*, asimismo, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «La autoría conforme al Código penal», *op. cit.*, pp. 1726 ss.

(45) *Vid.*, en este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 373 ss., quien sostiene un concepto normativo de autor basado en el criterio de *pertenencia del delito*.

(46) Así, expresamente, BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 435 ss.

(47) GALLAS, W., «Täterschaft und Teilnahme», en *Materialien zur Strafrechtsreform*, T. I, Bonn, 1954, p. 136. (Citado por RODRÍGUEZ MOURULLO en «El autor mediato en derecho penal español», *op. cit.*, p. 471, nota a pie de página núm. 41.)

manos» que el hecho se realice (48). Sin embargo en la línea de lo dicho hasta ahora, entiendo que tal situación no se corresponde en realidad con un dominio compartido del hecho entre autor mediato e instrumento (situación que conviene no olvidar es la de un instrumento que actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato); que el instrumento decida el cómo, el cuándo o el dónde no significa, como dice Rodríguez Mourullo, que el instrumento decida libre y voluntariamente la ejecución del hecho ni tampoco significa que pueda interrumpirla cuando quiera. Tales situaciones, insisto, no son más que aspectos no determinantes para la realización del hecho principal. La realización del hecho, quien la decide es el autor mediato y es a él a quien le compete interrumpirla y no al instrumento, es más, en muchos casos el autor mediato puede permanecer al margen del cómo, del dónde o del cuándo. Él es quien tiene el dominio del hecho y las, llamémosles así, *particularidades o los detalles de o sobre* la realización del hecho pueden ni siquiera interesarle. Quien, en definitiva, mantiene el dominio del hecho es el autor mediato y quien decide interrumpir la realización del hecho es él, no el autor inmediato (49).

En una línea similar a la anterior, aunque en ese caso para los delitos especiales propios, Welzel también distingue la posición privilegiada de la persona cualificada, lo que le da pie a fundamentar lo que califica como *dominio social del hecho* (o autoría social) por parte del autor mediato (50). A este respecto, para Gimbernat: «El sujeto que actúa desde detrás tiene el dominio del hecho si el autor inmediato, por el motivo que sea, no es libre al ejecutar la acción delictiva; en los supuestos en que el ejecutor actúa libremente sólo hay inducción. De pronto, en los delitos especiales propios, se afirma que, aunque el ejecutor actúe libre-

(48) Vid. la crítica de ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pp. 280-281.

(49) Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, op. cit., p. 613, quien califica la posibilidad de interrumpir el hecho como de *dominio negativo*, además de partir del presupuesto que tal poder pueden tenerlo también los partícipes e incluso los terceros.

(50) WELZEL, H., *Das Deutsches Strafrecht*, op. cit., pp. 99, 104. Vid., igualmente, JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho penal*, T. II, op. cit., pp., quien introduce el criterio de «autoría normativa». Vid. BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 411 ss., donde, a este respecto, formula unas interesantes reflexiones críticas.

mente, el *intra-neus* que le induce no es inductor, sino autor mediato» (51).

Como se puede constatar fácilmente se trata de una opción que dota al dominio del hecho en los delitos especiales de un significado distinto al que Welzel le venía atribuyendo en los demás delitos, lo cual –a juicio de Roxin– no es posible dado que implica atribuir a un concepto un contenido distinto en función de los casos (52).

Este último autor propone una opción distinta a la del dominio del hecho para los delitos que consisten en la infracción de un deber (*Pflichtdelikte*) (53). Como ya es de sobras conocido, entre los delitos que consisten en la infracción de un deber, Roxin sitúa los delitos especiales y entre ellos los delitos de funcionarios públicos; pero no sólo éstos sino todos aquellos que exijan del sujeto un deber, como pueden ser los delitos de omisión (54). Así en los *Pflichtdelikte* dado que lo esencial es la infracción del deber, el obligado, sea cual sea su contribución al delito, se convierte en autor con independencia de que disponga del dominio del hecho. El planteamiento de Roxin supone de hecho la plena equiparación entre autoría y participación, puesto que quien infringe un deber es siempre autor del delito con independencia del grado de contribución a la ejecución del mismo, lo que en cierto modo implicaría un concepto extensivo de autor (55), particularidad sobre la que ya me he pronunciado unas páginas atrás y que, insisto, dada la formulación del artículo 28 del Código penal español se me hace del todo inviable (*supra*, 3.1). Las críticas a la propuesta de Roxin para fundamentar la autoría mediata son de un indudable calado, además de la acabada de referir en orden a que tal fórmula supondría un concepto extensivo de autor y, además, estrechamente relacionado con ello, se argumenta que no se puede legitimar que conductas que en realidad son de inducción, de cooperación necesaria o de complicidad, sean tratadas como de autoría mediata si, como señala Gimbernat, el Código penal no lo dice expresamente (56).

(51) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice*, op. cit., p. 257.

(52) ROXIN, C., *Autoría y dominio del hecho*, op. cit., pp. 282 ss.

(53) ROXIN, C., *Autoría y domino del hecho*, op. cit., pp. 383-386, 391-396.

(54) Vid. CUERDA RIEZU, A., «Estructura de la autoría en los delitos dolosos imprudentes y de omisión», ADPCP, 1992.

(55) Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, op. cit., p. 102; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El autor mediato en Derecho penal español», op. cit., p. 473.

(56) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice*, op. cit., p. 398; Vid., igual-

3.2.2 *El instrumento que actúa en situación de pleno dominio del hecho*

El punto de partida en este caso lo vamos a situar en el mismo lugar que en la hipótesis anterior, es decir, en la diferencia fundamental entre autoría mediata e inducción. Permítaseme volver a abundar en el mismo argumento de distinguir entre autoría mediata e inducción. Así, el autor mediato no realiza directamente el tipo sino que utiliza a un tercero que actúa como instrumento. Se trata de lo que Gómez Benítez califica como un *ejecutor-instrumental* de la voluntad del hombre de atrás; a lo que añade (en referencia al papel determinante que tiene o que ejerce el autor mediato en la realización del hecho) que el autor inmediato no es más que un *instrumento de su voluntad*. Y, finalmente, concluye afirmando que precisamente en esa particularidad (en el dominio de la voluntad) es donde reside la diferencia fundamental entre autoría mediata e inducción» (57). Por el contrario, y en palabras del mismo autor, la inducción consistiría en *hacer surgir en otra persona* la voluntad de consumar un delito doloso concreto en otro que empieza, efectivamente, a realizarlo (58). En síntesis, resulta que lo esencial para delimitar ambas figuras es precisamente que en la autoría mediata el hombre de atrás dispone del dominio del hecho, mientras que en la inducción el inductor no lo conserva y quien decide es el inducido.

La hipótesis que vamos a analizar a continuación es distinta de la que hemos visto en primer lugar, cuando el instrumento actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato sino que, en este caso, el instrumento actúa en situación de pleno dominio del hecho (59).

mente y sólo por citar algunos trabajos de autores que se han manifestado en contra de esta propuesta, MUÑOZ CONDE, F., en «Introducción» a *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, Barcelona, 1972, p. 11; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, op. cit., pp. 102-103 o, más recientemente, GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, Valencia, 1995, p. 154, quien mantiene que, «cuando el hecho que comete el particular no sea subsumible en ningún tipo, la consecuencia será también la atipicidad del partícipe cualificado, sin que resulte admisible suplir las posibles lagunas mediante el recurso a expedientes que entran en pugna con el principio de legalidad».

(57) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito*, op. cit., p. 141.

(58) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito*, op. cit., p. 519.

(59) Antes de continuar debo puntualizar que a pesar de que hasta ahora haya hecho referencia a la figura de un *instrumento que actúa en situación de pleno*

Una vez situado el punto de partida conviene puntualizar que esta situación: la del instrumento que actúa en situación de pleno dominio del hecho, es la que fundamenta que una buena parte de la doctrina ponga en tela de juicio que se trate de un caso de autoría mediata y que, por el contrario, se trate de una inducción (60). Ésta es una hipótesis con la que estoy completamente de acuerdo. Sin embargo, se trata de un caso distinto al anterior, ya que un supuesto diferente es la actuación a través de instrumento doloso cuando éste actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato, pero es que resulta que el hombre de atrás es quien realmente tiene el dominio del hecho.

La distinción fundamental como he tratado de poner de manifiesto una vez más al volver a insistir en las diferencias entre autoría mediata e inducción, es que en la autoría mediata el hombre de atrás tiene pleno y absoluto dominio del hecho, lo cual no ocurre en la inducción, donde el inducido es quien en este caso, normalmente, decidirá ya no sólo sobre el cuándo, el dónde y el cómo de la realización del hecho, sino que puede incluso decidir no llevarlo a cabo. A mi juicio, se trata de un caso distinto al anterior, donde el inducido tiene una autonomía plena y donde dispone de una capacidad con una entidad suficiente como para poder tomar él personalmente la decisión de realizar o no el hecho o, bien, de desistir del mismo. De todos modos, insisto, la decisión sobre la ejecución debe de ser del inducido ya que en sentido contrario el dominio del hecho lo tendría el hombre de atrás y en ese caso hablaríamos de autoría mediata (61).

Una vez dispuesto el marco general o el punto de partida en el que cuando el instrumento actúa con pleno dominio del hecho se trata de un supuesto de inducción y no de autoría mediata, se hace necesario establecer algunas hipótesis distintas que como inmediatamente veremos algunas de ellas presentan problemas para mantener la tesis de la inducción:

dominio del hecho, soy consciente de que dogmáticamente no se puede hablar ya de una forma de autoría (mediata).

(60) Por todos, *vid.* QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales...*, *op. cit.*, p. 97.

(61) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 493.

a) El presunto inducido ya había tomado previamente la decisión de realizar el hecho.

En la inducción, por definición, es fundamental que se haga surgir en el inducido la decisión de realizar el hecho. La inducción ha de ser, pues, concluyente, de modo que la determinación ha de surgir como consecuencia de la acción previa del inductor (62).

Ahora bien, qué es lo que ocurre cuando el presuntamente inducido ya había tomado previamente la decisión de realizar el hecho: se trata del *omnimodo facturus* (63). En este caso la doctrina es prácticamente unánime al considerar que la pretendida inducción en un sujeto que previamente estaba determinado a realizar el hecho concreto no puede ser ya inducido (no es un objeto idóneo para la inducción) (64), sino que se requiere para ello acreditar una relación de causalidad entre la incitación y la aparición de la resolución de delinquir en el presunto ejecutor (65).

Por su parte, Muñoz Conde considera que si a pesar de que el sujeto estaba previamente resuelto a cometer el delito antes de la inducción, el acto que consista en la aprobación o en el refuerzo de la idea originaria de delinquir debe de ser considerado como una contribución digna de ser castigada y, en ese caso, se trata de una complicidad (66) (psíquica).

Esta última opinión de Muñoz Conde no es contraria a lo acabado de referir en los párrafos anteriores, de lo que se trata es de perfilar la idoneidad o inidoneidad del objeto de la inducción. Una cosa es que el *omnimodo facturus* no pueda ser inducido por estar ya previamente resuelto a realizar el hecho y otra cosa distinta es que el influjo de la inducción suponga alimentar una cierta tendencia o venga a consolidar una predisposición hasta lograr su firmeza. Es cierto que en ese caso aparece una zona límite entre la complicidad psíquica y la inducción que Roxin trata de resolver a través del criterio de la «preponderancia»; de manera que habrá inducción

(62) QUINTERO OLIVARES, G., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 488.

(63) Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 398, nota a pie de página núm. 41 y la bibliografía allí citada a este respecto.

(64) BALDÓ LAVILLA, F., «Algunos aspectos conceptuales de la inducción», ADPCP, 1989, pp. 1103-1106, en especial nota a pie de página núm. 50.

(65) MIR PUIG, S., «Adiciones», T. II, op. cit., p. 974.

(66) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 493.

cuando los motivos que empujan al delito son preponderantes a las representaciones inhibitorias (67), mientras que si no es así, es decir, cuando el influjo sea de menor intensidad se tratará de una complicidad psíquica.

En definitiva, y retomando el argumento inicial, si no es posible fundamentar tal relación de causalidad entre la inducción y la resolución de delinquir, un sector de la doctrina se inclina por entender que en esta hipótesis habrá una proposición para delinquir o, bien, otro por una provocación a delinquir. Opción esta última por la que ya me he pronunciado anteriormente (68).

b) El sujeto objeto de la inducción toma la decisión con posterioridad.

Evidentemente que cuando la inducción es eficaz el inducido toma con posterioridad la decisión de delinquir, pero con ello me estoy refiriendo a la hipótesis de la existencia de un cierto espacio temporal desde que se produce la inducción hasta que el inducido adopta la decisión de delinquir. En ese supuesto para mantener la existencia de la inducción, la incitación debe de haber supuesto, como sostiene Muñoz Conde, un incremento relevante del riesgo en el inducido para que éste adopte la resolución delictiva a la cual se le incita (69).

c) La tentativa de inducción: la inducción fracasada y la inducción no seguida de resultado.

En el sí de la tentativa de inducción se pueden agrupar dos casos distintos. Uno sería la inducción fracasada, en la que el inductor no logra hacer surgir en el inducido la idea de realizar el hecho y, el otro, sería la inducción no seguida de resultado, donde el inducido inicialmente asume la decisión de realizar el hecho pero finalmente desiste de llevarlo a cabo. Hipótesis, ambas, que a

(67) Vid. BALDÓ LAVILLA, F., «Algunos aspectos conceptuales de la inducción», *op. cit.*, p. 1104.

(68) Vid. REBOLLO VARGAS, R., *La provocación y la apología en el nuevo Código penal*, Valencia, 1996, pp. 59 ss.

(69) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 491. Vid., igualmente, GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, *op. cit.*

mi juicio deben de recibir el tratamiento de la provocación para delinquir (70).

3.2.3 *El instrumento que actúa en una situación de dominio compartido del hecho con el hombre de atrás: ¿autoría mediata, inducción, coautoría o cooperación necesaria?*

Efectivamente éste se trata de un supuesto distinto a los anteriores, donde el instrumento (o autor material) dispone de una situación material de dominio compartido con el hombre de atrás. A mi entender el tratamiento que se le debe de dispensar no es el mismo que a los precedentes, en tanto que el hombre de atrás no dispone en exclusiva del dominio del hecho; el instrumento no sólo es plenamente consciente, sino que el dominio del hecho no recae en exclusiva en el hombre de atrás: es compartido entre ambos sujetos, con lo cual descartaría de inicio que estamos frente a un supuesto de autoría mediata (71).

No se trata tampoco de una hipótesis en la que el inducido o, mejor, el autor material dispone de un pleno dominio del hecho sino que ambos, el hombre de atrás y el autor material, tienen la posibilidad de decidir acerca de la realización del hecho, ambos, utilizando la fórmula de Díaz y García Conlledo, disponen de un dominio negativo del hecho (72). Tampoco existe entre ellos una relación de subordinación sino de plena igualdad; con lo cual tanto el uno como el otro pueden resolver acerca de cuestiones de índole menor o cada uno de ellos puede decidir sobre la efectiva realización del mismo hecho. Me parece evidente que no es posible mantener la tesis de la inducción en la que es el inducido quien decide en exclusiva acerca de la realización del hecho, mientras que en

(70) REBOLLO VARGAS, R., *La provocación...*, *op. cit.*, pp. 91 ss. Con independencia de la discusión en este apartado, acerca de si se trata de un supuesto que debe de ser tratado como una proposición (tesis de MIR) o como provocación, un sector de la doctrina mantiene que la tentativa de inducción es impune. Así, COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 687. *Vid.*, igualmente, MIRA BENAVENT, J., «¿Ha despenalizado el Código penal de 1995 la inducción frustrada», en *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Homenaje al Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001.

(71) Díez Ripollés, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», *op. cit.*, p. 50.

(72) Díaz y García Conlledo, M., *La autoría...*, *op. cit.*, p. 613.

este caso la decisión sobre el mismo es compartida y de mutuo acuerdo.

Creo que esta situación de dominio compartido entre el autor material y el hombre de atrás tiene que resolverse en el plano de la coautoría, o, incluso, de la cooperación necesaria, en función de quien ostente materialmente el dominio del hecho.

Como pone de manifiesto Pérez Alonso la delimitación entre coautoría y cooperación presenta en la doctrina penal española todas las variables posibles, desde un sector de la doctrina que señala que el cooperador necesario es siempre partícipe, los que defienden que el cooperador necesario es siempre coautor, a los que mantienen que el cooperador necesario es a veces coautor y a veces partícipe (73). Todo ello, naturalmente, en virtud de cuál sea el punto de referencia adoptado sobre el concepto de autor. Por nuestra parte ya hemos puesto de manifiesto que el concepto de autor del que partíamos era el propuesto desde la teoría del dominio del hecho. En virtud de ello, el cooperador necesario será en algunas ocasiones coautor y en otras partícipe en función de que el dominio funcional del hecho sea compartido —en el caso de la coautoría— o bien será partícipe, y en ese caso cooperador necesario si no dispone efectiva y materialmente del dominio del hecho (compartido) (74).

Una vez dicho esto, he de admitir que la posibilidad del dominio del hecho compartido me parece teóricamente sostenible, pero materialmente muy compleja. Lo que me suscita más dudas es la existencia real de una relación paritaria entre ambos y el que no existan visos de subordinación, lo cual, como digo, si bien teóricamente es al menos imaginable me parece descartable de plano, por ejemplo, cuando esa relación se da en el seno de estructuras de poder organizadas.

En cualquier caso, insisto, para admitir la existencia de coautoría en el supuesto que estamos analizando es imprescindible: *a)* la existencia de una relación igualitaria entre los dos sujetos, no de subordinación, *b)* la concurrencia de un plan común, *c)* un dominio funcional compartido del hecho.

(73) Vid., ampliamente, PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad...*, *op. cit.*, pp. 420 ss., donde se hacen cumplidas referencias a cada una de estas posiciones y las consecuencias de las mismas en función del concepto de autor que se asume.

(74) CERESO MIR, J., «Autoría y participación en el Código...», *op. cit.*, pp. 43-44.

En el caso de que no se dé alguno de estos requisitos, los cooperadores necesarios serán siempre partícipes, fundamentalmente, por carecer del dominio funcional compartido del hecho o por no existir una relación en plano de igualdad entre los mismos, lo que implicará que uno ostente el dominio funcional del hecho, pero no los dos (75). Y, por lo tanto, el cooperador necesario será siempre partícipe en un hecho ajeno que es dominado por el autor material del mismo (76).

4. La problemática en los delitos especiales: la autoría mediata y la inducción en el delito de tortura

4.1 SOBRE EL INSTRUMENTO DOLOSO NO CUALIFICADO (LA AUTORÍA MEDIATA DEL *INTRANEUS*)

Unas páginas atrás ya hemos visto como uno de los supuestos problemáticos de la autoría mediata eran las dudas que presentaban determinados casos relacionados con el instrumento doloso, en particular cuando se trataba de un instrumento doloso no cualificado. No obstante, y a pesar de los argumentos en contra de una parte de la doctrina, no hemos descartado tal hipótesis.

En ese contexto, de no rechazar la autoría mediata con instrumento doloso, y de nuevo en el marco de la polémica, nos vamos a referir a la autoría mediata con instrumento doloso no cualificado. Es decir, cuando el autor inmediato no reviste el carácter exigido en el tipo; cuando, por ejemplo, en un delito de funcionario público el instrumento no reúne esa condición por tratarse de un simple particular. Se habla entonces por un sector de la doctrina de inidoneidad del *extraneus* para ser autor material y se postula que únicamente el *intraneus* puede ser autor del mismo (77). Naturalmente los problemas en este caso aparecen en el marco de los delitos especiales propios, ya que en los delitos especiales impropios el *extraneus* no realizaría el tipo especial, pero sí el tipo común y en virtud de ello

(75) CEREZO MIR, J., «Autoría y participación en el Código...», pp. 43-44; GÓMEZ RIVERO, M. C., «Regulación de las formas de participación...», *op. cit.*, p. 1627; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J. U., *La autoría mediata...*, *op. cit.*, p. 62.

(76) *Vid.* PÉREZ ALONSO, E., *La coautoría y la complicidad...*, *op. cit.*, p. 427.

(77) Díez RIPOLLÉS, J. L., «Una interpretación provisional del concepto de autor en el nuevo código penal», *op. cit.*, pp. 51 ss.

serían responsables del mismo tanto el autor inmediato como el autor mediato, ya fuera este último a título de inductor o de autor mediato siempre que se admitiera la posibilidad de la autoría mediata a través del instrumento doloso.

¿Cuál es la consecuencia de todo ello?, pues que en el caso de delitos especiales propios, de mantenerse tal criterio, el autor inmediato podría resultar impune y de no aceptarse la autoría mediata a través de instrumento doloso no cualificado, el autor mediato también devendría impune, ya que en virtud de la accesoriedad de la participación no podría ser castigado ni siquiera como partícipe ya que el instrumento no ha realizado ningún hecho antijurídico en el que participar (78).

En este caso, como ya hemos avanzado, para Roxin los delitos de funcionarios públicos se caracterizan por la infracción de un deber; de manera que sea cual sea su contribución al delito el *intra-neus* se convierte en autor con independencia de la aportación a la realización material del delito por el *extraneus*. El fundamento de la extensión de la autoría al *intra-neus* es, precisamente, la especial caracterización de estos delitos donde lo esencial es la infracción de un deber. Deber que se quiebra con la aportación del *intra-neus* para la realización material del *extraneus*, lo que convierte al sujeto cualificado en autor mediato del delito y al no cualificado en cómplice necesario del mismo (79).

Con independencia de la propuesta de Roxin, que por lo común no es compartida por la doctrina española, de modo esquemático podríamos sintetizar las distintas (y múltiples) opciones referidas ya en particular al delito de tortura. Sin embargo, y con carácter previo, valga como ejemplo perfectamente ilustrativo de la situación el supuesto propuesto por Maqueda (80), en el que un mercenario experto en torturas es utilizado por un funcionario para que las ponga en práctica sobre un ciudadano con el fin de obtener una confesión de éste:

(78) GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, op. cit., pp. 259 ss.; QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, op. cit., pp. 97 ss.

(79) Con independencia de la originalidad de tal propuesta, las críticas formuladas por la doctrina española a la propuesta de ROXIN no son en absoluto desdeñables. Aspecto al cual ya me he referido y a cuyo lugar remito (*supra* 3.2.1).

(80) MAQUEDA ABREU, M. L., «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», ADPCP, 1986, p. 476.

a) La primera de ellas que supondría que el *intraneus* sería inductor de un delito de torturas y el *extraneus* sería autor del delito común correspondiente del artículo 173. En este caso, tal y como sostiene Maqueda, sólo el funcionario público respondería por el delito especial –ya fuera como autor o como partícipe–, en tanto que únicamente él puede quebrar los deberes inherentes a la función pública que se establecen en los delitos de funcionario en general, y en el delito de torturas en particular (81).

b) La segunda opción, por el contrario, mantiene que el *extraneus* es autor de un delito de trato degradante del 173 y el *intraneus* sería partícipe del mismo (82).

En esta misma línea se manifiesta expresamente Muñoz Sánchez (83), quien no admite la propuesta del instrumento doloso no cualificado por entender que el *extraneus* que actúa dolosamente no puede considerarse instrumento puesto que mantiene el «control del hecho». Por lo tanto, el *intraneus* respondería (entiendo que como inductor) por el delito de trato degradante del artículo 173, mientras que el *extraneus* sería el autor inmediato del mismo (84).

c) El delito omisivo. Esta propuesta se debe inicialmente a De la Cuesta, quien ya la formuló para la anterior redacción del artículo 204 bis en virtud del párrafo quinto del referido precepto (85) y, posteriormente, atendiendo al actual artículo 176 se reafirma en ella (86).

(81) MAQUEDA ABREU, M. L., *ibidem. Vid.*, en el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Delitos de tortura y otros tratos degradantes», *op. cit.*, pp. 127-128, quien además pone de manifiesto algunas interesantes sentencias relacionadas con el tema.

(82) MESA RODRÍGUEZ, M. J., *La tortura y otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, *op. cit.*, p. 314.

(83) MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *Los delitos contra la integridad moral*, *op. cit.*, p. 96.

(84) En este mismo sentido de manifiesta MUÑOZ CONDE, quien como hemos visto acepta la autoría mediata a través de instrumento doloso no cualificado en los delitos especiales propios, mientras que en los delitos especiales impropios es partidario de mantener la unidad del título de imputación y que en este caso significaría que el *extraneus* respondería por el delito común de trato degradante y que el funcionario público –autor inmediato– sería partícipe del mismo. MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 483, 499.

(85) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El delito de tortura*, Barcelona, 1990, pp. 211 ss.

(86) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Torturas y atentados contra la integridad moral», EPC, 1998, pp. 96, 107-108.

En síntesis el origen de tal formulación se debe al propósito de superar —como apunta el referido autor— los problemas de autoría y participación que presenta, en particular, el delito de tortura. La vía para ello, añade (refiriéndose a la redacción anterior), es el precepto omisivo, en tanto que puede abarcar «todo supuesto de “tolerancia” por parte de funcionarios, de cualquiera de los delitos definidos por el resto del artículo» (87).

Sin embargo, y por lo que se refiere a este supuesto en particular que estamos analizando de utilización de un *extraneus* (por un *intraneus*) para realizar el tipo, tal interpretación omisiva me parece que en realidad lo que hace es forzar el sentido del precepto en el que, no olvidemos, se hace referencia al funcionario público que, faltando a los deberes de su cargo, *permittere que otras personas ejecuten* los hechos previstos en los artículos precedentes. Es cierto que tal descripción típica contiene un indudable componente omisivo (propio), pero no es éste el caso. Porque, entonces, cabe preguntarse ¿cómo va a impedir el funcionario público que un *extraneus* lleve a cabo torturas en un tercero, cuando en realidad lo está utilizando como instrumento para ello? (88).

d) Y, por último, la opción que mantendría el criterio de que se trata de un supuesto de autoría mediata con instrumento doloso no cualificado (89), en virtud de la cual el *intraneus* sería autor mediato de un delito de tortura y el *extraneus* respondería por un delito común de trato degradante del artículo 173 (90).

(87) Vid. las críticas —que comparto— en el caso del particular partícipe formuladas por MESA RODRÍGUEZ, M. J., en *La tortura y otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionario público*, op. cit., p. 313, nota a pie de página núm. 118.

(88) Vid. BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en Derecho penal*, op. cit., pp. 442 ss., donde parece admitir la posibilidad de la comisión por omisión.

(89) Así expresamente, vid. TAMARIT SUMALLA, J. M., en *Comentarios al Código penal*, ob. cit., p. 864, donde además trae a colación la Convención de 1984 en la que —añade— se contempla como tortura «aquellos actos en los que el poder político actúa sirviéndose de particulares». Vid., igualmente, MAQUEDA ABREU, M. L., «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», op. cit., pp. 476-477, nota a pie de página núm. 205, en la que se refiere precisamente algunos Textos Internacionales que abundan en la consideración de autor del delito de tortura del *extraneus*; aunque la citada autora no comparte tal hipótesis de imputación a través de los citados Textos.

(90) Vid., igualmente, MAQUEDA ABREU, M. L., «La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes», op. cit., p. 477, donde llega a manejar tal hipótesis, pero (siendo atrevido en el juicio) la controversia que genera en la doctrina la acep-

Como ya he manifestado expresa e implícitamente en distintas ocasiones a lo largo de este trabajo, esta última opción es por la que personalmente me inclino. Es decir, al admitir la autoría mediata a través del instrumento doloso no cualificado, en el caso que nos ocupa del delito de torturas, el autor inmediato sería responsable de un delito de trato degradante del artículo 173, mientras que el hombre de atrás respondería por el delito especial, es decir, sería autor mediato de un delito de tortura del artículo 174; con la particularidad de que el autor mediato, es decir, el *intraeus*, respondería en cualquier caso por el delito de tortura, ya que en él la descripción del tipo es a *cualquier atentado contra la integridad moral*, mientras que el *extraneus*, autor del delito de trato degradante del artículo 173, sólo respondería en el caso de que el menoscabo de la integridad moral fuera grave. Algo, por otro lado, obvio cuando nos referimos al delito de tortura.

El argumento que básicamente he utilizado hasta ahora para ello era el que si bien el instrumento (el torturador) actúa voluntariamente y con pleno conocimiento de los designios del autor mediato (del funcionario público), también es verdad que entiendo que quien decide la realización o no del mismo (de la tortura) es el hombre de atrás (el funcionario público), y no el autor inmediato (el torturador). Consideraciones a las que añadía que el autor inmediato (el torturador) actúa por orden del autor mediato (el funcionario público) y es sólo a este último a quien le compete tomar la primera y la última decisión acerca de la realización del hecho. Como pone de relieve Bacigalupo, el dominio del hecho se caracteriza por el dominio de la acción, no por el dominio de la voluntad (91).

He puesto de manifiesto con anterioridad que mi punto de partida en este sentido no era el de admitir en sentido estricto un punto de partida que implicara un dominio fáctico del hecho entendido en sentido puramente causal, sino que entendía que era más correcto partir de un concepto fáctico normativo, en el sentido de que siempre se parte de una realidad fáctica que posteriormente es valorada jurídicamente atendiendo «a la regulación legal y a los principios axiológicos del Derecho penal» (92). Es decir, cuando el

tación de la autoría mediata a través del instrumento doloso la hace pronunciarse por la primera de las opciones anunciadas.

(91) BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho Penal*, op. cit., p. 224.

(92) BOLEA BARDON, C., *Autoría mediata en derecho penal*, op. cit., p. 435.

intraneus domina el hecho, además de hacerlo en un sentido fáctico, también dispone de él desde un plano normativo ya que es él quien decide inicialmente; es él quien toma la decisión de lesionar al objeto de protección.

Una vez dicho esto debo de añadir que no se me escapa que una parte de la doctrina que acepta la autoría mediata a través del instrumento doloso no cualificado, lo hace únicamente en el caso de los delitos especiales propios y no de los impropios (93), como es el caso del delito de tortura del artículo 174. Sin embargo, la pura coherencia dogmática me lleva a tal consideración al entender que no se le puede atribuir a un mismo concepto significados diversos en función de uno u otro supuesto, como pone de manifiesto Rodríguez Mourullo (94); ésa es precisamente la crítica que subyace en Roxin a la construcción de Welzel sobre el *dominio social del hecho*.

Soy consciente igualmente de que mi propuesta puede suponer para algunos la ruptura de la unidad del título de imputación (aunque como más adelante veremos es una idea que en este caso no comparto). Crítica que podría salvar adhiriéndome a las tesis de Mir Puig, quien a pesar de admitir la autoría mediata en los delitos especiales impropios a través del instrumento doloso no cualificado, sostendría –según entiendo– que el funcionario respondería como autor mediato de un delito de tortura (del art. 174), mientras que el particular lo haría como cooperador necesario del mismo (95). Sin embargo considero preferible lo aquí defendido por distintas razones:

En primer lugar por entender que únicamente es el funcionario público o autoridad quien tiene capacidad para infringir los deberes específicos del tipo del artículo 174, y no el *extraneus*.

En segundo lugar, porque es cierto que la participación implica la cooperación en un acto ajeno y también lo es que no se requiere del sujeto, a diferencia de la autoría, la cualidad del autor. Sin embargo si calificáramos al autor inmediato como partícipe del delito de tortura, en realidad le estaríamos atribuyendo un delito distinto al

(93) GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito*, *op. cit.*, p. 157. *Vid.*, sin embargo, MIR PUIG, S., «Adiciones», *op. cit.*, p. 935, quien admite esta posibilidad tanto para los delitos especiales propios, como para los impropios.

(94) RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «El autor mediato en derecho penal español», *op. cit.*, pp. 471-472.

(95) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 374-375.

que ha cometido; delito del que no olvidemos ha sido el autor inmediato (*no un partícipe*) y que es el de tratos degradantes.

En tercer lugar, porque no se puede convertir una forma de autoría, como es la autoría directa o inmediata (en este caso del delito de trato degradante del art. 173), y que es la conducta realizada por el *extraneus*, en una forma de participación como es la cooperación necesaria.

Y, finalmente, es cierto como decía unos párrafos más atrás que tal propuesta puede romper para algunos la unidad del título de imputación. Sin embargo, si bien es cierto que la unidad del título de imputación es un principio general para la participación, no es tan claro que tal principio de unidad del título de imputación sea extensible también a un supuesto como el que estamos tratando: que es de autoría y no de participación (autoría directa por parte del *extraneus*). Luego, ¿el intento de mantener tal principio (por otra parte, insisto, a mi entender de dudosa aplicación en este caso cuando las conductas implicadas son de autoría directa y de autoría mediata) lo legitima para convertir una autoría directa –la autoría por excelencia– en una forma de participación? (96).

4.2 LA AUTORÍA MEDIATA DEL *EXTRANEUS*

En este supuesto, como no podía ser menos, vuelven a plantearse importantes desacuerdos en la doctrina en orden a la admisibilidad o no de la autoría mediata del *extraneus* cuando el *intraneus* (funcionario público) es el instrumento

Sin embargo, si delimitamos el ámbito del problema en nuestra hipótesis de trabajo en particular que, por otro lado, es en este momento la de los delitos especiales impropios, resulta que una persona que no reúne la cualificación necesaria (se trata de un *extraneus* por no ser funcionario público o autoridad), utiliza como instrumento a un sujeto cualificado para torturar a un tercero.

En este caso se vuelve a reproducir toda la discusión anterior (a la que me remito) acerca de quién es el que efectivamente tiene el

(96) Tal vez la propuesta de considerar al *intraneus* como autor mediato del delito de tortura, y al *extraneus* como cooperador necesario del mismo (en lugar de autor de un delito común del art. 173, como aquí se sostiene), sería menos discutible si se considerara –tal y como sostenían Del Rosal o Antón Oneca– que la autoría mediata era en realidad una forma de participación.

dominio del hecho, si el autor inmediato o el mediato. De todos modos, ahora ya no se trata de un caso de instrumento doloso no cualificado, dado que el instrumento sí que ostenta la condición de funcionario público. Entiendo que no es éste un supuesto de idoneidad o de inidoneidad del instrumento para ser autor y, por lo tanto, de falta de concurrencia de algunos de los elementos requeridos por el tipo.

Por razones obvias no voy a reproducir de nuevo el debate, limitándome en este caso a pronunciarme directamente al respecto. Por lo tanto, a mi juicio, en este caso y siguiendo la misma estructura del caso anterior, el título de imputación atribuible al autor inmediato del delito no ofrece —a mi parecer— ninguna duda, de modo que el *intraneus* en su calidad de funcionario público o autoridad sería autor del delito de tortura (art. 174); mientras que el *extraneus* sería autor mediato de un delito de trato degradante (art. 173).

4.3 LA INDUCCIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES IMPROPIOS

Lo primero que hay que decir sobre la inducción son, permítanseme, algunas obviedades pero no por ello menos relevantes en este momento. Como es sabido, la inducción es una forma de participación que responde, por lo tanto, a los principios generales de ésta (97). En primer lugar, al principio de *unidad del título de imputación*, lo cual supone que con independencia de la pluralidad de personas que participen en el mismo, todas responderán por el mismo delito, aunque por distintos conceptos (98). La participación es, como dice Muñoz Conde, un concepto de referencia en tanto que supone la existencia de un hecho ajeno, a cuya realización contribuyen los partícipes (99). Y, en segundo lugar, la participación está caracterizada por un segundo principio: el de *accesoriedad*, en virtud del cual la responsabilidad del partícipe (en este caso del inductor) está subordinada al hecho cometido por el principal —por el

(97) Vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito, passim*.

(98) Principio de unidad del título de imputación que podríamos considerar mayoritario en nuestra doctrina, pero no unánime. Al respecto, vid. GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito, op. cit.*, p. 146, nota a pie de página núm. 324.

(99) MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, pp. 488-489.

autor—, con lo cual para hablar de participación, al menos, el hecho deberá ser típico y antijurídico —accesoriedad limitada (100).

Con anterioridad al tratar sobre la autoría mediata ya me he referido a algunas de las diferencias entre la autoría mediata y la inducción, e insistido en que esta última consiste en que el inductor hacer surgir o determina al inducido a cometer un delito, con la particularidad que —a diferencia de la autoría mediata— es el inducido quien decide y quien domina la realización del hecho.

En la inducción, al igual que ocurría en la autoría mediata, los problemas más significativos se dan en los delitos especiales propios, de los cuales no nos ocupamos entonces ni tampoco lo haremos ahora dado que hemos considerado que el delito de tortura es un delito especial impropio. Únicamente apuntar que en el caso del inductor *extraneus* que induce al *intraeus* a cometer el delito especial, algunas recientes sentencias del Tribunal Supremo (101) que —en virtud del principio de unidad del título de imputación— aplican al partícipe (inductor) *extraneus* la pena que se corresponde con el delito especial propio apreciando la atenuante analógica del artículo 21.6 (102). Al igual que en el supuesto anteriormente estudiado de la autoría mediata, en el caso de la in-

(100) *Vid.*, al respecto, PÉREZ MANZANO, M., *Autoría y participación imprudente en el Código penal de 1995*, Madrid, 1999, *passim*; PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, *passim*.

(101) *Vid.*, en este caso, MUÑOZ CONDE, F., en MUÑOZ CONDE-GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, *op. cit.*, pp. 499-500, quien aporta referencias jurisprudenciales en el sentido expuesto. Asimismo, *vid.* GÓMEZ RIVERO, M. C., *la inducción a cometer el delito*, *op. cit.*, p. 130, quien recoge la discusión en Alemania sobre el alcance del párrafo 28.1 del StGB, y la posibilidad de atenuación de la pena para los partícipes en quienes no concurren los elementos personales del injusto (en este caso el carácter de funcionario público o autoridad) que fundamentan la responsabilidad del autor.

(102) *Vid.* CÓRDOBA RODA, J., «Notas...», T. II, *op. cit.*, p. 313, nota 4.^a, donde plantea lo que él llama un «caso límite»: «El particular que por engaño consigue de un juez dictar una sentencia injusta, debería ser calificado, a primera vista, de autor mediato de un delito de prevaricación. Tal calificación sería, sin embargo, desacertada: el particular no puede dictar una sentencia injusta, pues a él no le compete la función de emitir resoluciones judiciales. Por el contrario, si este mismo particular hubiese conseguido la sentencia injusta por una acción instigadora practicada sobre el juez, habría llevado a cabo una conducta de participación —de cooperación en acto ajeno— que no requeriría, pues, de la cualidad de autor. En el primer caso el sujeto deberá restar libre de toda pena, en el segundo será castigado según las reglas de la participación».

ducción a un delito especial impropio, se pueden distinguir dos situaciones distintas:

1. Inducción de *extraneus* a *intraneus*. En este caso, y en virtud de la unidad del título de imputación, no habría dificultades para considerar que el inducido (*intraneus*) sería autor de un delito de tortura del artículo 174, mientras que el inductor (*extraneus*) sería partícipe del mismo, y todo ello con independencia de que exista correspondencia con un delito común cuando el trato degradante ocasionado al sujeto pasivo sea grave (art. 173) (103).

2. Inducción de *intraneus* a *extraneus*. Las posiciones en esta hipótesis de inducción de *intraneus* a *extraneus*, como en el caso de la autoría mediata, abarcan un amplio abanico de posibilidades (104). Desde la que entiende que en virtud de la previsión del artículo 176, la solución del problema hay que encontrarla en el tipo omisivo (105), la de autores que se cuestionan la unidad del título de imputación (106), la de quien entiende que la responsabilidad del inductor debe de ser resuelta a través de la autoría mediata (107), a los que, por último, defienden la unidad del título de imputación (108). Partiendo, como es nuestro caso, de que uno de los principios de la participación es la unidad del título de imputación nos vamos a detener en esta última opción, así como en la que propone que la responsabilidad del inductor debe de ser resuelta a través de la autoría mediata.

a) *La solución de la autoría mediata*. Se trata de la propuesta de Mir, quien en este caso se cuestiona en el marco de los delitos especiales impropios cuál es el tratamiento penal que le correspondería al funcionario público, la de partícipe del delito común (del art. 173) o, por el contrario, si se le debería de considerar autor mediato del delito especial (en este caso del 174) y, por lo tanto, castigarlo con la pena más grave.

(103) Expresamente, MESA RODRÍGUEZ, M. J., *La tortura y otros atentados contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*, op. cit., p. 314.

(104) Un detenido estudio de las tres últimas en GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, op. cit., pp. 154 ss.

(105) DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., *El delito de tortura*, op. cit., pp. 189 ss. *Vid.*, sin embargo, nuestra posición sobre tal hipótesis en lo ya referido sobre la autoría mediata (*supra* 4.1).

(106) PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito...*, op. cit., p. 396.

(107) MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., p. 396-397.

(108) GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción...*, op. cit., pp. 163 ss.

A su juicio la vía debería de ser la del artículo 174 por la tortura efectuada por funcionario público. Argumentando entonces que se trataría de concurso de leyes entre la participación en el delito común y la autoría mediata del delito de funcionario del artículo 174, que en virtud del artículo 8.4 vendría resuelta por la calificación de la pena más grave y que sería, por lo tanto, la de autor mediato de un delito de tortura. El problema, además, estriba en resolver cuál sería la calificación imputable al particular, ¿por la participación en el delito del funcionario, por la pena señalada en el delito común del 173, o cada uno de ellos debe de responder por un tipo diferente? (109).

Se trata de una propuesta no exenta de fundamentadas críticas que hacen referencia a que con esta fórmula se está transformando una conducta que es en realidad una forma de participación en otra de autoría mediata, lo cual —se añade— únicamente sería posible si se considera que los delitos de funcionarios públicos son, en realidad, delitos que consisten en la infracción de un deber sin exigirse que el funcionario tuviera un dominio del hecho (110).

b) *La solución de la unidad del título de imputación.* Como decíamos al inicio la participación en el delito está regida por dos principios fundamentales: por el principio de accesoriedad y por la unidad del título de imputación. En virtud de ello el *extraneus* (el inducido) respondería por el delito común del artículo 173 y el *intraneus* (el inductor) con independencia de su consideración de funcionario público respondería igualmente por el mismo delito. Por lo tanto, el *extraneus* sería autor de un delito de trato degradante del artículo 173, mientras que el funcionario público sería inductor del mismo tipo de trato degradante.

(109) MIR PUIG, *ibidem*; *vid.* igualmente nota a pie de página núm. 37. Se trata de una cuestión que el propio autor deja abierta, aunque siendo partidario de la unidad del título de imputación creo que la última de las opciones sería, según entiendo, la de considerar que el funcionario sería autor mediato del delito de tortura y el particular sería partícipe en el mismo, debiéndose aplicar a éste una atenuante analógica.

(110) DEL ROSAL BLASCO, B., *La provocación...*, *op. cit.*, p. 299. *Vid.*, igualmente, GÓMEZ BENÍTEZ, J. M., *Teoría Jurídica del Delito*, *op. cit.*, p. 155, quien sostiene que «en los delitos especiales impropios el autor tiene que infringir su deber específico y además dominar la realización del hecho. Si no lo domina, aunque infrinja su deber, sólo puede ser partícipe». A lo que añadiríamos, y no lo domina porque en realidad no es autor mediato, sino simplemente inductor del mismo.

En definitiva, de acuerdo con Gómez Rivero (111), el hecho cometido por el autor (el delito de trato degradante del art. 173) debe de ser el presupuesto de la responsabilidad del partícipe, por lo que «no hay razón para distinguir allí donde la ley no lo hace entre los elementos típicos que se refieren a la culpabilidad y los que lo hacen al injusto». Y, por lo tanto, la responsabilidad del partícipe ha de ser por el delito que comete el autor.

(111) GÓMEZ RIVERO, M. C., *La inducción a cometer el delito*, op. cit., pp. 165-166. Vid., asimismo, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice*, op. cit., pp. 275 ss.