

Autoría mediata en Derecho penal formas de instrumentalización

Alvaro Enrique Márquez Cárdenas
Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid-España
Especialista en Criminología. Instituto de Criminología de la U. Complutense.
Secretario General del Colegio de Abogados de Bogotá y Cundinamarca
Profesor de Derecho penal

Cuando se analizan los tipos penales descritos en el Código Penal se observa, como norma general, que describen conductas humanas realizadas por una persona, lo cual lleva a pensar que sólo puede ser autor, el agente o sujeto activo de ellas, el anónimo “el que” o “quien”, con el cual comienza la redacción de las figuras típicas. Sin embargo, el hombre no suele actuar sólo sino con la colaboración de otros, como lo muestran múltiples actividades humanas llevadas a cabo cotidianamente en la compleja gama de relaciones sociales, que supone la convivencia en comunidad, lo cual no pasa inadvertido para los legisladores cuando al redactar los tipos penales, plasman las distintas manifestaciones criminales acorde con su sentido social. El delito, pues, como cualquiera otra actividad humana, presenta tanto en su gestación como en su ejecución los mismos fenómenos de especialización y división del trabajo observados en la vida real.

Los preceptos que contenía el anterior Código Penal español no permitían explicar, particularmente, la figura de la autoría mediata. Algunos autores estimaban improcedente tal figura. Sin embargo poco a poco la doctrina fue aceptando que el autor mediato encontraba su encaje en el artículo 14 del CP, pero no había acuerdo sobre en cuál de los numerales del mencionado precepto legal. Para los autores para quienes el concepto de autor se basa en la ejecución del tipo, tanto la autoría directa, la mediata, como la coautoría, estaban incluidos en el número 1º del art. 14 del CP que hacía referencia a “tomar parte directa en la ejecución de hecho”. Para otros la autoría mediata se regulaba parcialmente en el primer inciso del número 2º del art. 14, es decir, en los supuestos en que se determinaba a otro a cometer un delito.

Para un sector importante de la doctrina española, autor es quien realiza el tipo, y por tanto la autoría se deriva de que la conducta del sujeto coincida con la descripción de un tipo de lo injusto, bien ejecutándolo él mismo, bien valiéndose de otro, al que instrumentaliza, para ejecutarlo. Tesis que se acerca más a lo dispuesto en el art. 28 CP vigente cuando establece una vinculación de identidad entre la realización del hecho y el autor mediato que se sirve de otro como instrumento.

En cuanto al Código penal Colombiano derogado, la regulación de la autoría y la participación, se encontraba sólo en dos artículos: uno que se refería al autor inmediato y otro al cómplice. Luego la figura del autor mediato era ajena a la doctrina y jurisprudencia del país. En la nueva legislación se incorpora en el art. 29 por primera vez la disposición reguladora de esta forma de autoría, siguiendo en ese sentido al CP español.

La mención que el CP español hace ahora de la autoría mediata supone el reconocimiento expreso de una forma de autoría que ya venía siendo admitida por la jurisprudencia en España. Su significado va más allá del simple valor declarativo; ya que, partiendo de lo dispuesto en el art. 28, párrafo 1º, es posible desarrollar un concepto general de autor mediato 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 de la Parte Especial.

El legislador no ha concretado los presupuestos necesarios de esta forma de autoría, dejando margen a la interpretación para el establecimiento y desarrollo de los mismos. En el presente trabajo de investigación he centrado mi esfuerzo, más que en replantear la discusión dogmática acerca del concepto de autor y su fundamentación en las diferentes teorías de la ciencia penal, en el análisis de las propuestas de solución a las formas de instrumentalización que puede utilizar el autor mediato para cometer el hecho punible, limitando los supuestos a los casos de la autoría mediata dolosa, sin entrar en temas tan importantes como la tentativa y los delitos imprudentes en la autoría mediata, ya que la problemática que plantean merece un estudio por separado que desbordaría los límites de esta investigación.

LA AUTORÍA MEDIATA COMO FORMA DE AUTORÍA

La autoría mediata surge cuando un sujeto realiza el tipo de autoría penal utilizando o sirviéndose de otra persona como instrumento.

La propia estructura de la autoría mediata presupone necesariamente la intervención de dos personas como mínimo. Por un lado, aparece el “hombre de detrás” o “persona de detrás”, que es quien realiza el hecho a través de otro, sin tomar parte en su ejecución material. Por el otro lado, está el que ejecuta inmediatamente el hecho, al que se conoce como instrumento humano, intermediario o, simplemente, “hombre de adelante”. No obstante, la palabra de instrumento, sin poseer un significado jurídico concreto, logra expresar de forma muy gráfica en que se basa esta forma de autoría, pues refleja la idea de instrumentalización de una persona de otra, aludiendo, así, directamente a la estructura de la realización de un hecho a través de otro, por lo que se suele reservar este término para los casos efectivamente calificados de autoría mediata. Cuando todavía no se ha decidido si en el caso concreto cabe apreciar o no esta forma de autoría, en lugar de emplear el término instrumento algunos autores optan por expresiones como “ejecutor inmediato”, “hombre de adelante” o “intermediario”.

La autoría mediata es una figura con sustantividad propia, reconocida en el CP como forma de autoría, como lo es la autoría directa y la coautoría. La necesidad de esta figura se manifiesta en todos aquellos casos en que el autor no ejecuta el hecho de forma físico-corporal; cuando, en lugar de una ejecución de propia mano del tipo, el autor opta por la realización del mismo a través de otra persona. Es de advertir, sin embargo, que el empleo para cometer el delito de otra persona cuya voluntad queda completamente anulada nos remite a la autoría inmediata individual o unipersonal. Como en el caso en el que, atropellado por un vehículo, da contra una vitrina y la destruye o el que rompe el jarrón ajeno como consecuencia de un acto reflejo que le provoca otra persona. En dichos casos no es necesario acudir a la autoría mediata porque la persona de adelante es perfectamente equiparable a una fuerza inanimada. Se empieza a considerar la posibilidad de admitir autoría mediata cuando se da un mínimo de voluntad en el sujeto de delante. Mínimo de voluntad que permite afirmar que el de detrás controla el curso causal de la misma forma que lo haría de propia mano que permite atribuirle el dominio del hecho, ya sea de forma exclusiva (autoría mediata en sentido estricto), ya sea de forma compartida (autor detrás el autor).

La realización de un hecho a través de otro, en concreto la relación entre hombre de detrás y ejecutor material, queda gráficamente representada bajo la expresión “instrumentalización”. No obstante, es de advertir que la instrumentalización, por una parte, puede presentarse de forma directa o indirecta, según se actúe sobre la persona del ejecutor material o sobre la situación; y por otra, puede dirigirse a la voluntad, a la decisión o al propio proceso que conduce al ejecutor inmediato a tomar una decisión. Además, la utilización de otro como instrumento permite establecer formas de instrumentalización cualitativa y estructuralmente distintas en función de las características del instrumento, pudiéndose apreciar dos situaciones básicas: a) utilización de un sujeto que no es autor, que obra sin libertad, que obra inculpablemente o en forma justificada; y b) utilización de un sujeto que es autor plenamente responsable del hecho (autor detrás del autor).

Resulta necesario precisar a qué se hace referencia cuando se alude a la ejecución del hecho en la autoría mediata. Las expresiones “realización del hecho”, que el art. 28 del Código penal español utiliza para referirse a la autoría mediata, y “ejecución del hecho”, que se emplea en relación a la inducción o instigación y a la cooperación necesaria, podrían facilitar una distinción literalmente adecuada de las formas de autoría como sostiene el Prof. Octavio de Toledo en el artículo publicado con posterioridad a la finalización de esta tesis en la Revista *La Ley*. Mientras que el autor inmediato ejecuta física y corporalmente el delito, el que lo realiza de forma mediata no lo ejecuta de propia mano, sino a través de otro “del que se sirve como instrumento”.

Lo importante en todo caso es que la ley admite una forma de autoría, es decir, de comportamiento típico que se caracteriza por la falta de ejecución de propia mano.

ESTRUCTURA DE LA AUTORÍA MEDIATA

A la hora de analizar la estructura de la autoría mediata, la doctrina alemana más antigua centraba prácticamente toda su atención en la persona de delante, con lo que las posibilidades de admitir la realización de un hecho a través de otro quedaban reducidas a los casos en que el defecto del instrumento era suficientemente relevante. Posteriormente, se produce un cambio de enfoque importante, pues se pasa a examinar con creciente interés la conducta del hombre de detrás,

especialmente en su relación con el ejecutor material, desarrollándose así un concepto de autoría mediata más amplio, consecuencia del abandono del fundamento que, de forma más o menos explícita, se venía dando a esta figura (utilización de un sujeto que, por presentar algún defecto concreto, no podía ser hecho responsable penalmente). Con ello, se consigue dotar a la figura de la autoría mediata de un ámbito de aplicación relativamente amplio, al no quedar sujeta a un criterio único, puesto que el criterio del dominio se va estructurando en distintos niveles permitiendo, de este modo, admitir la autoría mediata en supuestos muy distintos entre sí.

AUTORÍA MEDIATA EN SENTIDO ESTRICTO Y AUTOR DETRÁS DEL AUTOR

La comisión de un delito a través de otra persona, característica de una forma de autoría tradicionalmente conocida como autoría mediata, no responde a una estructura única. De hecho, la autoría mediata de un tipo de autoría puede concretarse en dos maneras: la autoría mediata en sentido estricto y el autor detrás del autor.

La autoría mediata en sentido estricto se caracteriza por la realización del tipo a través de otro sujeto al que no se le puede imputar como autor el hecho que materialmente ejecuta, por falta de una decisión autónoma que genere plena responsabilidad. Esto es, La conducta del hombre de detrás será calificada de autoría mediata en sentido estricto únicamente en los casos en que la persona que actúa inmediatamente no sea plenamente responsable. El hombre de detrás es el único que toma una decisión autónoma en relación al hecho punible, por ello, se le va a considerar plenamente responsable del mismo. En relación al ejecutor inmediato, la persona de detrás tiene un dominio exclusivo del hecho. El hecho le pertenece porque es el único que interviene en el proceso lesivo con conocimiento y voluntad en la realización del tipo penal.

El ejecutor inmediato no está en condiciones de disputarle el título de autor, porque, aunque efectivamente sea quien conduzca fácticamente el curso lesivo y, en este sentido, determine objetivamente el hecho, no tiene dominio sobre el hecho. El riesgo originado con la conducta del primer agente no depende para su realización de la decisión autónoma del ejecutor material. La interposición autónoma en el proceso lesivo iniciado por otra persona en principio interrumpe la posibilidad de imputar o hacer responsable como autor al primer agente.

Sin embargo, en determinadas circunstancias es posible afirmar la existencia de varias personas responsables por el hecho, y no siempre estableciéndose una relación horizontal entre ellas (coautoría), sino también vertical (autor detrás del autor). La atribución de responsabilidades a título de autor conforme a una estructura vertical se corresponde con la **figura del autor detrás del autor**.

Para poder afirmar la autoría del hombre de detrás, una vez confirmada la plena responsabilidad del autor inmediato, es necesario constatar una manipulación de la situación que permite al hombre de detrás contar con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, a pesar de que otra persona haya de tomar una decisión autónoma en relación al mismo proceso lesivo. Una manipulación de esta clase normalmente se consigue generando en el autor inmediato un déficit de conocimiento o de libertad, ya sea provocando una situación de necesidad coactiva para otra persona, ya sea manipulando una decisión delictiva ajena en contra de un tercero, o bien, provocando un estado de inimputabilidad o un error de prohibición en el hombre de adelante. Pero, en ocasiones, la instrumentalización se obtiene sin necesidad de provocar en el autor inmediato ni un defecto de conocimiento ni de libertad. Me refiero a organizaciones de poder organizadas al margen de la ley, en las que el hombre de detrás dispone de capacidad para dictar órdenes, contando que las mismas serán cumplidas por los inferiores jerárquicos (autor detrás del autor).

Así, el autor detrás del autor, sin prescindir de la decisión de otro, lo instrumentaliza, es decir, se sirve de ella para dominar el hecho desde un punto de vista global. Lo decisivo es en este caso que el hombre de detrás crea una especial situación de peligro para el bien jurídico desde una posición que le permite compartir el dominio del riesgo con el autor inmediato, sin necesidad de llegar a un acuerdo ni de tomar parte en la ejecución material del hecho.

SUPUESTOS O FORMAS DE INSTRUMENTALIZACIÓN

1. INSTRUMENTO QUE ACTÚA SIN DOLO. Constituye la primera hipótesis de autoría mediata, que se presenta cuando se utiliza a otra persona que obra con error de tipo como medio para alcanzar el fin propuesto,

La conexión entre la conducta del sujeto de atrás y la del sujeto de delante, que debe canalizar el dominio del primero, suele presentarse generalmente en forma de provocación del error, pero también en forma de aprovechamiento del error o ignorancia existentes en el intermediario. La incidencia directa del sujeto de atrás sobre el instrumento hace patente la influencia sobre el hecho que realiza el ejecutor. Ejemplo es el de la enfermera a quien alguien le cambia la medicina que va a inyectar por un veneno, el cual produce la muerte al paciente, o el del individuo que pide a otro destruir una cosa ajena, asegurándole que es propia o el que atraviesa la frontera transportando sin saberlo en su coche, drogas o dinero o el mensajero que entrega el paquete bomba.

El tratamiento en estos casos de autoría mediata responde al máximo al sentimiento jurídico, pues nadie dudaría que quien coloca intencionalmente en un error de tipo al que actúa, o aprovecha un error ya existente, posee el dominio del hecho y por ello debe responder como autor.

Según la Doctrina, en todos estos casos, en los que el instrumento actúa sin dolo ni culpa, puede sentarse una regla general: 'cualquiera que en conocimiento de la situación de error en que se encuentre un instrumento que actúa sin dolo ni culpa, siente una condición para el resultado, tiene el dominio del hecho y por ello mismo es autor mediato'¹.

2. INSTRUMENTO QUE OBRA SIN CULPABILIDAD. Son los supuestos en los que el instrumento obra inimputablemente, o bajo un error de prohibición.

2.1. INSTRUMENTO INIMPUTABLE. En los supuestos de instrumentos inimputables, incapaz de culpabilidad (como menores, enfermos mentales, embriagados, etc.) es preciso conocer hasta que punto existe esa falta de capacidad, pues, si a pesar de dicha carencia puede tener el dominio del hecho, en vez de autoría mediata, se trataría de inducción.

Puede presentarse la autoría mediata, tanto si el sujeto provoca la incapacidad (lo emborracha) como si se aprovecha de dicha incapacidad que conoce (utilizar el niño, al demente etc.)

2.2. INSTRUMENTO QUE OBRA CON ERROR DE PROHIBICIÓN. Siguiendo la doctrina, en el caso del instrumento que obra con error de prohibición inevitable la solución es la misma - que para los inimputables - " pues le ha faltado a aquél la capacidad para obrar de otra manera, mientras que el autor mediato es tal precisamente porque se ha servido de esa incapacidad del instrumento, similar en sus efectos a la incapacidad de culpabilidad. Si el error de prohibición es evitable puede darse también autoría mediata"².

Dado que el error del autor afecta a un factor decisivo de la contemplación penal de su hacer, tanto en los casos de error de prohibición vencible como invencible el tratamiento del hombre de atrás debe ser el mismo que cuando provoca un error de tipo, en el que en los casos de vencibilidad, la apreciación de la responsabilidad del autor por imprudencia no excluye la autoría mediata del hombre de atrás. En los casos de error de prohibición vencible, debe tenerse en cuenta la capacidad del hombre de atrás sobre el instrumento, su dependencia y la influencia y autoridad moral 'indiscutible' que el hombre de atrás pueda tener sobre el autor directo.

3. INSTRUMENTO QUE OBRA DE ACUERDO A DERECHO. Es una forma en la que el instrumento no actúa antijurídicamente, a consecuencia de una justificante creada por el autor mediato, o visto el problema desde el punto de vista del instrumento, su actuación no es típica, es conforme a derecho. El instrumento de este modo actúa justificadamente, al obrar objetiva y subjetivamente conforme a derecho.

En estos casos el instrumento mismo actúa, sin duda, jurídicamente tanto desde el punto de vista objetivo como desde el subjetivo (por ejemplo el funcionario de policía que practica de buena fe una detención en virtud de una acusación falsa consciente), pero no importa su actuación ajustada a derecho, sino la ilicitud de la actuación del hombre de atrás, si éste sabe que la privación de libertad no se halla materialmente justificada.

La creación por el autor mediato de una situación de legítima defensa para el instrumento ha sido el clásico ejemplo de este tipo de autoría. Como en el caso donde A crea una situación en la que B es llevado a agredir a C, el cual, según lo previsto por A, resulta muerto o lesionado. A en tal caso sería autor mediato de las lesiones o del homicidio de C causados por A en legítima defensa.

¹Así, Roxin, Claus. *Autoría y dominio del Hecho en Derecho Penal*, cit. pág. 178.

²Bacigalupo Zapater, Enrique, *Principios del Derecho Penal. Parte General*, cit. pág. 223

4. INSTRUMENTO QUE ACTÚA COACCIONADO. La autoría mediata tiene lugar cuando se trata de una situación de *vis compulsiva*; la *vis absoluta*, por el contrario, origina la autoría inmediata. Cuando el instrumento no realiza un comportamiento humano no se halla justificado acudir a la autoría mediata, pues la utilización meramente material de una persona, sin que ésta actúe como tal bajo control de su voluntad, no tiene que distinguirse del empleo de otro instrumento no humano.

Vis compulsiva es la fuerza física o moral empleada en contra de otra persona con el objeto de obligarla a adoptar una decisión³. Si bien puede tratarse de violencia psíquica, como amenazar la voluntad, con un castigo reiterado tendiente a ese objetivo; la *vis compulsiva* va dirigida siempre a la voluntad del forzado. Es el caso del padre que es obligado, mediante el secuestro de su hijo, a transportar estupefacientes hacia otro país, bajo la amenaza de que si no lo hace matarían a su hijo.

5. INSTRUMENTO QUE NO OBRA TÍPICAMENTE. Existen tipos penales en los que, por la misma configuración en la descripción del legislador, permite el ordenamiento al titular del bien jurídico lesionarlo, sin consecuencias jurídicas. Son situaciones donde la autolesión es impune. El caso es discutido en Alemania por la necesidad de punir la inducción al suicidio. En España como en Colombia el caso no ofrece problemas pues está incriminada la inducción misma en forma expresa. Pero el supuesto subsiste cuando se trata de autolesiones.

En el supuesto de las autolesiones, la manifestación de la autoría mediata no se articula a partir de la conducta realizada por el instrumento, puesto que éste no siempre actúa de forma típica al no estar su acción prohibida por la ley penal. Y de otro lado, el sujeto de atrás tampoco ejecuta directamente la actividad que produce el resultado típico para él. Pero, la colaboración de la víctima en la producción del resultado puede revestir alguna importancia en la determinación de la responsabilidad del tercero, pues en cierta manera condicionaría la imputación objetiva del resultado.

La doctrina dominante considera que tal impunidad supone una libre voluntad de lesión del titular del bien jurídico y la conciencia del alcance del acto realizado en propio perjuicio, de modo que cuando la lesión al bien jurídico es causado por el propio titular, pero en virtud de una voluntad viciada por la acción de un tercero, éste responde como autor mediato.

6. APARATOS ORGANIZADOS DE PODER. El dominio de la voluntad también puede obtenerse a través de los llamados aparatos organizados de poder, en los que la preponderante posición que ocupan en ellos unos o varios sujetos los convierte en autores mediatos de los delitos que ejecutan sus miembros. Esta forma de autoría mediata es independiente de la forma de la coacción y del error; su fundamento se encuentra en la fungibilidad de los miembros de la organización criminal, que llevaban a cabo la ejecución de las ordenes; éstos son meros instrumentos de los que se encuentran en la cúpula del aparato cuando les ordena la comisión de un delito.

Según este planteamiento, el dominio de la voluntad estaría siempre en el sujeto de atrás puesto que la estructura del aparato garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor inmediato, pues aunque en alguna ocasión el miembro de la organización al que se le ha dado la orden de cometer el delito se negara a ejecutar el hecho, debido a la fungibilidad del ejecutor dentro del aparato de poder, podría sustituirse automáticamente por otro, con lo que el delito de todas formas se ejecutaría. Lo decisivo es que el autor de atrás domine parte de la organización que le permita que otro miembro de la organización ejecute un delito, con lo que pueden presentarse una cadena de autores mediatos hasta que sus actividades desemboquen finalmente en la ejecución de delito por parte de autor inmediato. No se descarta, sin embargo, la participación pero ésta sólo tiene lugar cuando la actividad del miembro de la organización no consista en el manejo autónomo del aparato, sino en asesoramiento, en el desarrollo de planes o en proporcionar instrumentos o medios para cometer los delitos.

La figura del autor detrás del autor no sólo se admite en la actuación de aparatos de poder estatales, sino también se entiende incluidos en las organizaciones paramilitares, subversivas, bandas mafiosas, etc. que actúan al margen del ordenamiento jurídico. Organizaciones que se caracterizan por tener una estructura jerárquica consolidada (aparato organizado de poder), la disposición de los miembros de la organización a seguir los objetivos de la misma, el poder de decisión de los mandos dirigentes, la intercambiabilidad de los ejecutores materiales y el automatismo en el cumplimiento de órdenes derivadas de la propia dinámica del aparato de poder.

³Novoa Monreal, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, 1960. pág. 600.

CONCLUSIONES

- En el nuevo Código penal de 1995, se zanja la polémica en torno a la admisión de la figura del autor mediato, pues expresamente incluye en el artículo 28 la autoría mediata como una forma de autoría, junto a la autoría directa y la coautoría.

- La autoría mediata responde a la idea de la realización de un tipo penal a través de otro y con otro. La instrumentalización de sujeto de delante puede obtenerse actuando directa o indirectamente el sujeto de atrás sobre el ejecutor, según la actividad del autor mediato se dirija específicamente hacia el instrumento o afecte exclusivamente a la situación fáctica donde éste desarrolla su actividad.

- El instrumento en la autoría mediata no se equipara a una cosa inanimada, de modo que aquélla resultará imposible si el que actúa delante no realiza una acción en sentido jurídico-penal, de lo contrario estaríamos ante una autoría directa. Tampoco es posible allí donde el ejecutor se autoinstrumentaliza voluntariamente, provocando situaciones de justificación o exculpación, para luego cometer por sí mismo el delito.

- Cualquier tipo de instrumentalización no es idónea para configurar la autoría mediata, es preciso tener en cuenta si el sujeto de delante manipula o no el factor causal que conduce el resultado, o si el sujeto de atrás reconduce a la víctima hacia cursos causales-naturales. Pero también debe atenderse a los tipos penales, esto es, a determinar cuales son los elementos del tipo realizables por el autor, pues algunos delitos requieren para su consumación necesariamente la intervención de otras personas y ello no implica la presencia de una autoría mediata sino directa.

- La falta de libertad del sujeto de adelante, supone su instrumentalización, mas no necesariamente su irresponsabilidad. A tal efecto, la determinación de la falta de libertad es independientemente de si el sujeto de delante es o no irresponsable, ya que esa situación no prejuzga, la existencia de la figura de la autoría mediata. Es decir, que la autoría mediata no depende de cuál sea la valoración jurídico-penal que reciba la actuación del instrumento.

Las diferentes formas de instrumentalizar al sujeto de adelante que puede utilizar el autor mediato y que hemos seguido, se pueden determinar en forma general en tres: instrumentalización mediante coacción, error o engaño o a través de aparatos organizados de poder.

De acuerdo a la dogmática penal moderna, en Colombia hay que reconsiderar la concepción sobre autoría y participación en materia penal, donde sólo se tenía como autor: al inmediato y al coautor sin que se hiciera mención en nuestra doctrina patria a la figura de la autoría mediata y que en nuestra opinión va a contribuir a la solución de muchos problemas de impunidad y de subsunción en el tipo penal, frente a quienes amparados en su actuar a través de otros ocultos, utilizando y aprovechando en algunos casos la coacción, el engaño, el miedo, la inocencia de un tercero o la condición de inimputabilidad de un demente o un menor, los utilizan como instrumentos para llevar a cabo actos reprochables y punibles, quedando muchas veces al margen de la persecución del Estado.