

DOMINIO DE LA VOLUNTAD MEDIANTE ERROR EN LA AUTORÍA MEDIATA*

Álvaro E. Márquez Cárdenas Ph.D**
Universidad Libre. Bogotá, D.C.

RESUMEN

Quien utiliza como instrumento a una persona que se encuentra en error sobre la acción que realiza y que no actúa ni dolosa ni culposamente, es autor mediato. Poco importa, por otro lado, que haya sido el autor mediato quien haya creado la situación de error en que se encuentra el instrumento o que el autor mediato simplemente se aproveche de un error ya existente en el instrumento.

ABSTRACT

Who uses like instrument to a person that is in error on the action that he/she carries out and that it doesn't act neither deceitful neither culposamente, is mediate author. Little cares, on the other hand that has been the mediate author who has created the error situation in that he/she is the instrument or that the mediate author simply takes advantage already of an error existent in the instrument.

PALABRAS CLAVE

Participación, Autor, Error, Instrumentalización, Error de tipo, Error de prohibición, Dominio de la voluntad, Autoría inmediata, Punibilidad, Inducción, Intermediario.

KEYWORDS

Participation, Author, Error, Instrumentalización, Type error, Prohibition error, Domain of the volutad, Immediate responsibility, Punibilidad, Induction, Middleman.

Fecha de recepción del artículo: 10 de agosto de 2006.

Fecha de aprobación del artículo: 27 de agosto de 2006.

* Este artículo forma parte de un avance del proyecto de investigación *La coautoría en la dogmática penal colombiana y su relación con otras formas de autoría y participación*, proyecto desarrollado en la Universidad Libre.

** Abogado. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, España. Especialista en criminología. Instituto de Criminología, U. Complutense. Máster en Estudios Políticos, Universidad Javeriana, ex magistrado, Docente investigador-postgrados de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Sede Principal. Docente Investigador Universidad Militar Nueva Granada. Obras: *La autoría mediata en el Derecho Penal*, *La delincuencia económica*, publicadas por Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo constituye un avance del proyecto de investigación titulado *La coautoría en la dogmática penal colombiana y su relación con otras formas de autoría y participación* que se adelanta en el Centro de Investigaciones de postgrado en la Universidad Libre.

La figura de la coautoría no ha sido preocupación de un estudio serio en nuestro país. De hecho en nuestra literatura jurídica nacional no hay una obra de dedicación exclusiva acerca del tema, es decir, esta forma de co-participación penal no ha sido objeto de divulgación ni de una investigación académica al respecto que nos permita clarificar el sentido del art. 29 del C.P., su desarrollo, alcance, regulación y sobre todo que explique qué soluciones pretendió alcanzar el legislador con tal figura.

La importancia del tema está dada en cuanto pretendemos divulgar la necesidad de que jueces, abogados y fiscales no dejen de aplicar esta figura en las causas que procedan, fundamentándola con un criterio dogmático, evitando de esta manera la impunidad que generan los delitos cometidos en forma conjunta por varios sujetos y que, frente a una falta de precisión de concepto, los más responsables, los jefes de bandas delincuenciales, terminan siendo sancionados apenas como simples cómplices con penas irrisorias o, al contrario, con una simple participación convertida en coautoría aplicando penas desproporcionadas a lo realizado como partícipe.

PROBLEMA A INVESTIGAR

Este estudio consiste en determinar el verdadero sentido del art. 29 del

Código Penal, que trata la figura de la coautoría buscando su genuino alcance de la norma, correlacionándola e integrándola a las demás disposiciones sancionatorias buscando desentrañar las valoraciones políticas y sociales en que esas normas descansan o se inspiró el legislador al regular como lo hizo las formas de autoría y participación. Por lo anterior cabe preguntar: ¿Cómo debe interpretarse la figura de la coautoría en el C.P. vigente? Si el C.P. define sólo la coautoría impropia ¿cómo deben entenderse la demás formas de autoría? ¿Cuál es la teoría dominante que explica la existencia dogmática de la coautoría como forma de coparticipación? ¿Cómo ha venido la jurisprudencia de las altas cortes interpretando la figura de la coautoría? ¿Cuál es la teoría dominante en Colombia y cuál es su fundamento? ¿Qué elementos esenciales nos permiten diferenciar la coautoría de otra formas de participación, como la complicidad necesaria donde también hay acuerdo previo? ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial de concepto previo para definir la coautoría en España? Las respuestas a estos y otros interrogantes nos van perfilando la necesidad de presentar elementos determinados y claros para definir esta forma de autoría con fines prácticos.

METODOLOGÍA

Se trata de una metodología de investigación normativa, jurisprudencial y comparativa con la legislación y doctrina española que pretende explicar, desde el punto de vista dogmático penal, el origen de la necesidad que el legislador colombiano tuvo en mente para vincular al derecho positivo el inciso 2º del art. 29 del C.P., consultando los antecedentes doctrinarios, legislativos y el derecho positivo extranjero.

Dominio de la voluntad mediante error en la autoría mediata

Se busca también, con el sistema metodológico adoptado, el análisis de las otras formas de autoría y participación frente a la figura del coautor, el examen por grupos y casos concretos de los tipos delictivos cuya estructura admite la figura de la coautoría en el sentido del derecho penal.

RESULTADO

1. DOMINIO DE LA VOLUNTAD MEDIANTE ERROR EN LA AUTORÍA MEDIATA

1.1 Instrumento que actúa sin dolo

Para el profesor BACIGALUPO los casos del instrumento que obra sin dolo constituyen la primera hipótesis de autoría mediata que se presenta cuando su utiliza, como medio para alcanzar el fin propuesto, a otra persona cuya acción no se dirige al fin del autor mediato sino a uno distinto cualquiera¹. El dolo del instrumento faltará siempre que éste obre con error sobre las circunstancias del tipo.

El clásico 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. Quien tal hace, es autor mediato, mientras que la enfermera es un instrumento que actúa bajo error de

tipo. Otro ejemplo: es autor mediato del delito de daños el individuo que pone a un obrero a destruir una cosa ajena, asegurándole que es propia.

Para GÓMEZ BENÍTEZ², quien crea un error sobre el tipo en otra persona, o utiliza delictivamente el estado de error de otro, es autor mediato del delito doloso, ya que el instrumento actúa sin dolo. El hombre de atrás tiene el dominio de la voluntad, pues es quien tiene el conocimiento sobre las circunstancias de hecho que conforman el tipo objetivo³.

Ejemplo: el ya comentando, en el que el autor mediato introduce –sin que lo sepa su amigo– un cargamento de drogas o de armas en la embarcación del amigo, que es descubierto en el control de aduana. Si el ejecutor directo actuase imprudentemente, dice GÓMEZ, porque podía prever tal acontecer e infringió su deber de cuidado, la conducta del hombre de atrás es de autoría mediata del delito doloso, y la del ejecutor es de “autoría directa accesoria” del delito imprudente, si es que el tipo admite la imprudencia. El hombre de atrás sigue “dominando la voluntad” del ejecutor directo, incluso si el ejecutor directo actúa con imprudencia consciente, ya que ésta tampoco implica voluntad final del resultado, que sigue estando dominado por la voluntad del hombre de atrás.

¹ BACIGALUPO, ENRIQUE. *Principios de Derecho Penal*. 4ª ed., p. 218; MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho penal, Parte general*. 7ª edición, Madrid, 1963, p. 374, plantea el ejemplo de alguien que introduce en el vehículo de un amigo que lo desconoce una importante cantidad de dinero, con el objeto de aprovechar el hecho de que el vehículo ha de pasar la frontera y proceder así a la ilícita evasión del capital. S.TS. del 22 de abril de 1988.

² GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ MANUEL. *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*. Madrid, Civitas, 1984. p. 135.

³ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO. *Autoría y participación*. Akal, Madrid, 1996, p. 38.

El tratamiento en estos casos de autoría mediata responde al máximo al sentimiento jurídico, pues nadie dudaría que quien coloque 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 autor⁴.

Afirma MAURACH que es muy frecuente la autoría mediata ante una acción no dolosa del intermediario⁵. Si el intermediario incurre en error acerca de los elementos fundamentales de los delitos, es decir, acerca de la existencia de los elementos del tipo objetivo, entonces el “hombre de atrás”, que ha planificado estas carencias de conocimiento, actúa con un dominio del hecho especialmente evidente. El error de tipo del actuante directo pertenece a uno de los casos más manifiestos de autoría mediata⁶.

Es claro que quien utiliza como instrumento a una persona que se encuentra en error sobre la acción que realiza y que no actúa ni dolosa ni culposamente, es autor mediato. Poco importa, por otro lado, que haya sido el autor mediato quien haya creado la situación de error en que se encuentra el instrumento o que el autor mediato simplemente se aproveche de un error ya existente en el instrumento.

Según ROXIN, 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”⁷.

De acuerdo a la regla anterior, es autor mediato quien no determina al instrumento (no doloso ni culposo) sometido a error, sino simplemente le presta ayuda o cooperación, en circunstancias tales que si el mediador del hecho actuara dolosamente habría un acto de complicidad. Así, A quiere jugarle una broma a B, con una pistola que A cree descargada. A le pide la pistola a C, quien, sin embargo, sabe que está cargada y conoce la situación de error en que se encuentra A. En este caso, C es tan responsable de la muerte de B como si él mismo hubiera disparado sobre B, porque C utiliza a A como un factor ciego en la cadena causal que él plantea para realizar el homicidio de B.

Cuando el instrumento está sometido a error de tipo y no es doloso ni culposo, convierten en autor mediato a quien las realiza, las contribuciones

⁴ JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, traducción de José Luis Manzanares, 4ª edición, Granada, 1993, p. 923, trae como ejemplo del dominio mediante error los siguientes: quien hace atravesar la frontera y carga de objetos sujetos a derecho de Aduana a quien lo desconoce, comete una defraudación aduanera en calidad del autor mediato... Quien sin estar legitimado para ello, hacer recoger traviesas de ferrocarril a un comprador de buena fe de tramos varios, es autor mediato del hurto... Es autor mediato de un homicidio quien proporciona un arma cargada a quien quiere gastar una broma con un fusil descargado... El médico que determina que el farmacéutico de buena fe expendía drogas a no legitimados se hace culpable de la ilícita introducción en el tráfico como autor mediato.

⁵ MAURACH, REINHART. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. 2, Buenos Aires, 1995, p. 335.

⁶ MAURACH, REINHART. *Derecho Penal...*, ed. cit., p. 339

⁷ Así, ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, traducción de la 6ª edición de Joaquín Cuello, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 178.

Dominio de la voluntad mediante error en la autoría mediata

dolosas al resultado, aunque no sean esenciales en la cadena causal⁸. Por ejemplo, la madre pide a su vecina un vaso de agua para darle una medicina a su niño, pero la madre se equivoca y en vez de la medicina toma un veneno, situación de error de la que se dio cuenta la vecina. A pesar de conocer el error de la madre, la vecina, sin decirle nada, le alcanza el vaso de agua.

En este caso la madre pudo procurarse por ella misma el vaso de agua. Pero la vecina es autora mediata del homicidio del niño, a pesar de que si la madre actuara con dolo, la acción de la vecina sería únicamente de complicidad⁹. También es cierto que si la vecina no hubiera realizado acción alguna, aún conociendo el error de la madre y pudiendo impedir el resultado, no habría podido ser responsabilizada del homicidio, puesto que ella no tenía posición de garante y no podría ser, por tanto, autora de un delito de homicidio por comisión por omisión. Pero en tanto que ella entra voluntaria y activamente en los acontecimientos, la vecina es la única que actúa conscientemente para la destrucción de la vida del niño y, por ser la figura central del acontecimiento, es autora mediata.

En consecuencia, puesto que el instrumento no doloso no actúa finalmente hacia el resultado, el sujeto de atrás se convierte en la figura central del acontecimiento, ya que sólo él, mediante su intervención en el curso causal, dirige el acontecimiento en la dirección del

resultado¹⁰. El desconocimiento del instrumento no doloso es la circunstancia que permite al sujeto de atrás maniobrar y reconducir su acción hacia el resultado, de tal forma que el dominio del hecho surge porque el actuar finalista del sujeto de atrás, con un superior co-nocimiento, le proporciona la supradeterminación final de curso casual¹¹. Puesto que el instrumento no doloso no actúa finalmente hacia el resultado, el sujeto de atrás se convierte en la figura central del acontecimiento, es el espíritu rector. Ello lo permite la circunstancia de que el instrumento no doloso sometido a error no actúa en su específica cualidad humana, por lo que nunca podrá ostentar el dominio del hecho.

1.2 Consideraciones generales sobre el error

Hablamos de error allí donde hay una representación falsa, una idea que no se corresponde con la realidad. Por consiguiente debemos afirmar que, conceptualmente, la ignorancia no es identificable con el error: la ignorancia es ausencia de conocimiento, mientras que el error es conocimiento equivocado y, por tanto, falso¹². La ignorancia, así expresada, tiene tan sólo un carácter negativo, en tanto que el error encierra algo positivo, desde el momento en que implica un cierto, aunque equivocado, conocimiento¹³.

Históricamente hablando, el derecho penal no siempre ha dado la misma

⁸ ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ed. cit., p. 177.

⁹ ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio...*, ed. cit., p. 175.

¹⁰ ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio...*, ed. cit., p. 173.

¹¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ. *La autoría mediata*, Granada, Comares, 1996, p. 176.

¹² COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal, Parte General*. 3ª edición, Madrid, Comares, p. 395.

¹³ DEL ROSAL, JUAN. *Tratado de Derecho Penal Español. Parte General*, Madrid, Aguirre, 1968, p. 217.

trascendencia a estos conceptos¹⁴. En efecto, mientras imperó el principio del conocimiento de la ley en todo su rigor, se solía distinguir entre el error o *ignorantia facti* (de hecho) y el error o *ignorantia iuris* (de derecho), reconociéndole efectos eximentes solo al primero y haciendo algunas salvedades en relación con el segundo; es esta, pues, la teoría original del error¹⁵.

Con posterioridad, la distinción se atemperó con miras a paliar las injusticias que suponía no reconocerle las eximentes a quien actuaba en un error de derecho, deviniendo este en penal (irrelevante) y extrapenal (relevante); esta concepción se conoce como la teoría modificada del error. Finalmente, la doctrina y la jurisprudencia alemanas, sobre todo a partir del trascendental fallo del Tribunal Supremo Federal de 18 de marzo de 1952¹⁶, acuña la distinción entre error de tipo y error de prohibición, sean de hecho o de derecho, reconociéndole eficacia eximente a ambas clases de error; esta es la teoría moderna del error¹⁷, de la cual nos ocuparemos antes de analizar los casos de autoría mediata con instrumento que actúa bajo error.

1.3 Clases de error

El error puede ser directo (provoca el desconocimiento de la existencia de cualquiera de los caracteres del delito

que efectivamente concurren) o inverso (que consiste en la suposición de que concurre alguno de los caracteres del delito, cuando en realidad no es así). El error directo puede ofrecer una clasificación atendiendo a sus efectos, o a su contenido¹⁸.

Por sus efectos, el error se divide en esencial, que excluye el dolo respecto del objeto al que afecta, e inessential, que es irrelevante.

El error esencial, a su vez, se subdivide en vencible, que puede ser eliminado mediante el recurso al esfuerzo de conciencia exigible al sujeto, e invencible, que no puede ser eliminado con dicho esfuerzo.

El error esencial e invencible excluye la culpabilidad, puesto que niega tanto el dolo como la culpa. El error esencial vencible excluye el dolo pudiendo, no obstante, dar lugar a una responsabilidad culposa.

Por su contenido, el error se clasifica en error propio o en el motivo, que afecta al proceso psicológico de formación de la voluntad, y error impropio u obstativo, que afecta a la ejecución del delito¹⁹.

El error impropio puede constituir una manifestación de incapacidad del sujeto que para llevar a cabo su

¹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*. Buenos Aires, 1990, p. 390.

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS. *Reflexiones sobre el error*. Buenos Aires, 1993, p. 11; LONDONO BERRÍO. *El error en la moderna teoría del delito*. Bogotá, Editorial Temis, 1982, p. 15.

¹⁶ Cfr. WELZEL, HANS. *Derecho Penal alemán*. Parte General, 12ª. ed. Traducido por Juan Bustos R. y Sergio Yañez, Chile, 1969, pp. 233 y ss.

¹⁷ Cfr. WELZEL. *Derecho Penal*, ed. cit., p. 234; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. “La problemática del error...”, en: *Revista Nuevo Foro Penal*, núm. 14, pp. 188 y ss.

¹⁸ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª. ed. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 433.

¹⁹ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN. *Derecho Penal. Parte General*, ed. cit., p. 420.

Dominio de la voluntad mediante error en la autoría mediata

resolución delictiva se funda en una falsa representación causal. Esa representación errónea del proceso de causación puede darse tanto en hipótesis en que se produce finalmente el resultado propuesto, como en otras en que el resultado que acaece es distinto del querido.

El error propio, por su parte, fue clasificado históricamente, atendiendo a su fuente, en error de hecho y error de derecho. No obstante, en la actualidad prevalece la clasificación que atiende no al origen del error, sino al objeto sobre el que recae, distinguiéndose entre error acerca de los caracteres del tipo (error sobre el tipo) y un error acerca de las significación antijurídica de la conducta (error sobre la prohibición).

La división tradicional del error propio atiende plenamente a la fuente u origen del error. Si el error tiene su origen fáctico se habla de error de hecho, y si tiene un origen normativo, de error de derecho. La clasificación prescinde del objeto sobre el que el error, en última instancia, recaiga. Desde el punto de vista del objeto del error, la división en *error facti* y *error iuris* es insostenible, pues todo error del hecho determina un error acerca del derecho y, en multitud de supuestos, el error de derecho determina un error acerca de los hechos.

El sentido de la antigua distinción entre *error facti* y *error iuris* ha evolucionado hasta aproximarlos al de la más moderna entre el error acerca del tipo y el error acerca de la significación

antijurídica o error de prohibición. No obstante, las diferencias subsisten: el error de tipo puede ser error de derecho, si tiene su origen en un entendimiento equivocado del alcance de un término normativo, y a la inversa, el error acerca de la significación antijurídica puede ser error de hecho, si se produce a causa de una falsa representación de la concurrencia de los presupuestos fácticos de una causa de justificación²⁰.

1.4 Provocar o aprovecharse del error en que se encuentra el instrumento

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.

Para GÓMEZ RIVERO²¹ resulta poco problemático en la doctrina el tratamiento de estos casos en los que el autor, por actuar en una situación de error, no reconoce o puede reconocer el sentido típico de su actuación. Por ejemplo: A le pide a B que conecte la luz en una determinada alcoba de una casa. Con su actuación B, que nada sabe, determina la explosión de una bomba, tal como había planeado A²². Otro ejemplo: B le pide a su amigo C que le preste su revolver descargado para gastarle una broma a su compa-

²⁰ LONDOÑO BERRÍO. *El error en la moderna teoría del delito*. Bogotá, Editorial Temis, 1982, p. 25; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Derecho penal Parte General*. Bogotá, Editorial Temis. p. 534.

²¹ GÓMEZ RIVERO, MARÍA DEL CARMEN. *La inducción a cometer el delito*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 187.

²² Ejemplo propuesto por ROXIN en: *Autoría y dominio del hecho en derecho...*, ed. cit., p. 177.

ñera X. C, sin que se entere B, carga el arma y le asegura a B que puede accionar el gatillo porque él mismo se ha encargado de descargar el arma. B, confiando en las afirmaciones de su amigo, apunta y dispara a X, dándole muerte.

En los casos precedentes, al recaer el error del autor sobre la propia tipicidad de su conducta, en definitiva, sobre el sentido mismo de su actuación, imposible será contemplarle como expresión de una voluntad libre que con pleno conocimiento de la relevancia penal del hecho se decidiera o no a actuar. En efecto, el desconocimiento por el autor del verdadero alcance de su acción le impide ponderar las circunstancias que, por convertir su conducta en un injusto típico, le motivarían a abstener de actuar, circunstancias que sólo conoce el hombre de atrás quien, por eso, aparece como el único sujeto que domina finalmente la conducta del autor, mero instrumento de su voluntad²³.

En estos supuestos de error, como señala ROXIN, a diferencia de lo que ocurre cuando la apreciación de la autoría mediata se debe al empleo de coacción, el hombre de atrás no llega a dominar al autor en el sentido de privarle de su voluntad, puesto que es él quien en última instancia decide si realiza la acción –en apariencia extratípica– que se le propone. De esta manera se observa cómo el autor actúa ajeno a las consecuencias de su actuación, aparece como una marioneta del hombre de atrás, quien le impulsa a actuar aparentando preten-

der exclusivamente un resultado extratípico, y ocultándose, en definitiva, las circunstancias que le inhibirían de realizar la conducta que se le propone.

La valoración como instrumento del autor permanecerá inalterada con independencia de que éste hubiese podido con su actuación diligente vencer o no su estado de error. En efecto, la actuación culpable del autor tampoco podría convertir en inducción lo que en principio sería autoría mediata, no ya sólo porque partamos de que estructuralmente la inducción requiere la actuación dolosa tanto del inductor como del inducido, sino porque mientras el hecho de que el autor incurra en responsabilidad se basa en el reproche que merece el haber estado en condiciones de vencer su error, esto es, la posibilidad que tuvo de advertir el alcance de su acción, su consideración como instrumento atiende exclusivamente a la efectiva situación del que obró en error. Aún cuando esa imprudencia en que incurre el autor fuese consciente, por ejemplo, en el caso de un cacería, cuando A le dice a B que dispare tras lo que se mueve entre las ramas, haciéndole creer que se trata de una pieza de caza cuando en realidad sabe que tras ella se encuentra su enemigo X. B, inmerso en tal error, así lo hace. Se plantea la posibilidad para el autor de que tras los matorrales se ocultase una persona, confiando sin embargo en que se trata de un ciervo, mientras que el hombre de atrás actúa dolosamente con conocimiento de que se trataba de una persona²⁴. La calificación seguiría siendo de la autoría

²³ ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho...*, ed. cit., p. 170. Para quien el autor aparecería como un factor causal ciego. MAURACHA/GÖSSEL/ZIPF. *StrafR AT*. 345; BAUMAN. *JuS*, 1963, p. 130; BOCKELMANN/VOLK. *StrafR AT*, p. 196; JESCHECK, *Tratado...*, ed. cit., p. 923.

²⁴ GÓMEZ RIVERO, MARÍA DEL CARMEN. *La inducción a cometer el delito*. Valencia, 1995, p. 198.

Dominio de la
voluntad mediante
error en la autoría
mediata

mediata, puesto que, también aquí, de haber conocido el autor la seguridad de la producción del resultado se hubiese abstenido de actuar, con lo que sigue teniendo validez en estos supuestos la afirmación inicial de que el engaño del hombre de atrás convierte al autor en instrumento de su voluntad. Sobre la evitabilidad o inevitabilidad nos referiremos más adelante.

Pero lo decisivo no parece ser la provocación del error, sino la determinación al hecho, lo cual puede hacerse igualmente provocando o aprovechado un error ya existente en el sujeto de delante²⁵. Lo relevante no es saber quién es el responsable de que el sujeto de delante sufra el error, sino quién tiene el dominio sobre el hecho que ha sido ejecutado por un sujeto que obró erróneamente, con independencia, pues, de que sea el propio instrumento el que haya originado su error. No hay que desconocer que la conexión se hace más intensa cuando se provoca y luego se aprovecha el error, pero la conexión debe principalmente establecer si el sujeto de atrás tiene el dominio del hecho respecto de lo que hace el sujeto de delante, y no con lo que en ese momento se encuentra dentro de su psique. Por ello podría entenderse mejor que SAMSON se plantee estas cuestiones desde la imputación objetiva del resultado, pues desde este punto de vista no deja de tener razón, ya que al inductor también le debe ser imputable objetivamente la causación de la resolución criminal del inducido. Lógicamente puede existir, a su vez,

error del sujeto de atrás respecto de lo que sabe el sujeto de delante, cuando se aprovecha de un error existente, pero entonces habrá que valorar el dominio del hecho en su aspecto subjetivo. Por tanto, afirma HERNÁNDEZ, da igual que A haya engañado a B sobre la impunidad del aborto, que sea el propio B quien obtenga tal conocimiento por su cuenta pues, en el último caso, B únicamente ha liberado a A de una fase preparatoria de la instrumentalización.

En consecuencia, como se ha señalado anteriormente, no es imprescindible, para que una persona se convierta en instrumento a través del error, que éste haya sido provocado por otra.

En orden a determinar el dominio del hecho, mejora la instrumentalización de un sujeto a través de la cual otra persona comete un delito, hay que significar que no es necesario que la acción del sujeto de atrás se identifique plenamente con la que exige el tipo —pues para tal caso está ya la autoría directa—, de forma que el sujeto de atrás pueda realizar una acción aisladamente atípica o de participación que, sin embargo, le convierta en autor del hecho que realice otra persona. Precisamente el comportamiento normal del autor mediato, en relación con el instrumento, consiste en inducir (actividad generalmente de un partícipe), y es esta actividad la que le otorga el dominio del hecho. El dominio del acontecimiento —si bien no depende sólo de la tendencia subjetiva del sujeto con respecto a cualquier acción

²⁵ MIR PUIG, SANTIAGO. *Derecho Penal. Parte General*, ed cit., p. 406; MUÑOZ CONDE. *Teoría General del delito*, p. 179; MEYER. *Ausschluss derecho Autonomie*. pp. 98 y ss.; JAKOBS. *Strafrecht*. A.T., p. 663; WESSELS. *Strafrecht*. A.T., p. 159; HIRSCH. *Presupuestos*, p. 115.

de otro²⁶— requiere la manifestación de esa subjetividad en una acción que denote el perfecto e idóneo acoplamiento a un curso causal impulsado por otro que, se sabe, actúa erróneamente, en cuyo caso no cabe otra posibilidad que considerarle autor mediato, pero no precisamente en virtud del superior conocimiento o porque con su intervención impulsa o confirma también la producción del resultado, sino porque de la conjunción de ambos elementos se permite afirmar que de un sujeto “autoinstrumentalizado” por su error, se ha valido otro, conocedor de la situación real, para producir un resultado. El sujeto de delante actúa sin dolo, por tanto de forma no libre, aceptándose unánimemente que si fuera utilizado por otra persona para cometer un delito, se convertiría en su instrumento. Es decir, del lado del que ejecuta se da el presupuesto para construir la autoría mediata, pero ello no es suficiente. Del lado del sujeto de atrás es preciso que domine la cualidad lesiva de la acción en los casos de error, provocando o aprovechando una situación de falta de libertad del sujeto de adelante para cometer el delito, siempre que la prestación del sujeto de atrás tenga un significado objetivo de confirmación del hecho²⁷.

La conducta del sujeto de atrás, desde el punto de vista subjetivo, confirma

también la adecuación de la acción errónea emprendida por el sujeto de adelante. No se debe realizar, por tanto, la valoración de una conducta considerándola aisladamente, sino asociadas al proceso causal en el que interviene lo que, como ocurre en estos casos, puede otorgarle el control sobre el propio proceso.

1.5 La instrumentalización del sujeto en error

Las circunstancias que posibilitan a un sujeto que se sirve de otro que obra en virtud de un error, una instrumentalización idónea para la autoría mediata, tiene una especial relevancia, porque condiciona casi totalmente el criterio conforme al que debe determinarse el dominio del hecho. La extensión de la autoría mediata puede variar si dichas circunstancias, al valorarlas, se reconducen a patrones normativos, o con independencia del juicio normativo de la actuación de su conducta que lo convierten fácticamente en un intermediario de la acción del sujeto de atrás.

Estima ROXIN que es posible utilizar en la ejecución del plan delictivo a una persona que obra con error, que no “ve” los hechos y, por lo tanto, “no puede oponer resistencia el que maliciosamente maneja desde atrás los hechos”²⁸. Esta manera del dominio de la volun-

²⁶ Así, GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Comares, 1996, p. 126; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO. *La autoría*. Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 575. HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría mediata*, ed. cit., p. 174.

²⁷ HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ U. *La autoría mediata*, ed. cit., p. 178.

²⁸ ROXIN, CLAUS. “Sobre la autoría y participación en el derecho penal” , en: *Problemas actuales de las ciencias penales y filosofía del derecho*, homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa. Trad. ENRIQUE BACIGALUPO, p. 70. Trae como ejemplo el caso de un ladrón que le pide a un tercero que le alcance una cartera, y éste cumple el pedido por caballerosidad, sin sospechar que en realidad lo que hace es sustraer una cosa ajena; el ladrón es quien ha realizado el tipo de hurto, mientras que quien realizó la acción directamente sólo ha sido una herramienta ciega del plan que el delincuente tuvo a la vista.

Dominio de la voluntad mediante error en la autoría mediata

tad puede crearse de diversos modos: como disimulando al ejecutor directo las circunstancias del hecho, según las cuales a él le ampararían una causa de justificación o de inculpabilidad que sugerirían la autorización legal de una conducta que en realidad sigue siendo prohibida, o dando al suceso un sentido distinto, mediante la sustitución de uno por otro completamente ajeno a la víctima del hecho. En consecuencia, “en estos supuestos es el que maneja desde atrás el que decide sobre la estructura del hecho y por ello el hecho puede reputarse como suyo”²⁹.

KIENAPFEL³⁰, estima que la expresión dominio de la voluntad en virtud de un error se la ha tildado de imprecisa, debido a que no es el error del sujeto de adelante sino el superior o mayor conocimiento del sujeto de atrás lo que fundamenta el dominio del hecho. Esto no es del todo cierto, pues por una parte también se ha utilizado la expresión “superior conocimiento”³¹ más como criterio constitutivo que descriptivo de los casos de autoría mediata, y por otra parte, se debe tener en cuenta que el sólo error del sujeto de adelante no fundamenta el dominio del hecho, como tampoco lo fundamenta únicamente el superior conocimiento del sujeto de atrás.

En este punto resulta preciso determinar qué tipo de influencia se atribuye al sujeto de atrás en el hecho que ejecuta otra persona: si se exige una directa instrumentalización que necesariamente implique la decisión de actuar, o si puede alcanzarse también con el solo apoyo a la acción de otra persona que obra de manera errónea. Además, se hace necesario determinar cuál es el déficit de conocimiento del sujeto de adelante que le convierte en instrumento. Por lo anterior, la doctrina ha propiciado la aplicación de diversos criterios para comprobar si el sujeto de atrás tiene o no el dominio del hecho.

1.6 La actuación ciego-casual del autor inmediato

La situación de que la intervención del sujeto de adelante en el hecho tenga lugar de forma inconsciente, ha servido tanto para fundamentar los únicos casos de autoría mediata, como para negarla, y en su lugar fundamentar una autoría directa³². Como sostiene QUINTERO OLIVARES³³, para quien autor mediato de un delito es “quién realiza el correspondiente tipo legal utilizando como instrumento a otra persona que actúa inconscientemente de la trascendencia penal de lo que hace”. De esta manera, bajo esta

²⁹ ROXIN, CLAUS. *Sobre la autoría y participación en el derecho penal*, ed. cit., p. 71.

³⁰ KIENAPFEL. *Strafrecht. AT*, ed. cit., p. 556. Insiste este autor en el superior conocimiento del sujeto de atrás.

³¹ ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, ed. cit., p. 177.

³² Si se concibe la autoría mediata de tal forma que la realización a través de otro tiene lugar sólo cuando el sujeto de adelante no tiene conciencia de la acción que realiza, desde un punto de vista dogmático podrían darse casos en que ni siquiera resaltaría fácil apreciar una inducción en el sujeto de atrás, puesto que el sujeto de delante es plenamente consciente, actúa con dolo, respecto de su hecho, y sería autor directo, aunque luego su conducta no resulte antijurídica por concurrir una causa de justificación, sobre todo si se mantiene el principio de accesoriadad limitada de la participación y se rechaza la accesoriadad mínima.

³³ QUINTERO OLIVARES, GONZALO. *Derecho Penal, Parte General*. Barcelona, 1997, p. 382.

concepción tan restrictiva, la autoría mediata se contrae a los casos de utilización de un sujeto que actúa en forma inconsciente de la plena significación fáctica o jurídica de lo que hace como para negarla, y en su lugar fundamentar una autoría directa.

De acuerdo a este primer planteamiento, el instrumento desconoce las circunstancias objetivas entre las que se desenvuelve su actividad, o bien el sentido o la trascendencia jurídica de su actuación, factores ambos que permiten al sujeto de atrás utilizarle para lesionar el bien jurídico protegido. En el ejemplo del médico que con intención de causar la muerte a un paciente, entrega una inyección letal a la enfermera, que nada sospecha, para que se la aplique al paciente enemigo del médico. Si vemos la actuación del sujeto de adelante, desde el punto de vista externo-casual, puede decirse que el sujeto de atrás se ha servido del instrumento como si se tratara de un mero factor causal más del resultado, cuya entidad y efectividad no es mayor que la de cualquier otra condición, por lo que en este sentido cabría decir que el sujeto de adelante actúa, como las fuerzas de la naturaleza, “ciego”³⁴.

Con esta ausencia o déficit de conocimiento, que puede afectar al proceso causal o a su conciencia, además de que no se produce, tampoco resulta necesario que el sujeto de atrás domine la persona del instrumento, el cual actúa totalmente libre. En el siguiente ejemplo académico, donde A le pide a B, que nada sospecha, que prenda la luz a través

de un interruptor de una casa, produciendo al hacerlo, en un lugar distante, tal como lo tenía planeado A, la explosión de una bomba que causa la muerte de una persona no puede afirmarse que B actúa coaccionado por A ni que domine la situación; lo único que puede existir, desde este plano natural-causal, y por lo que se refiere a la relación del sujeto de atrás con el de adelante, es una inducción de A sobre B para que oprima el interruptor de la luz. Respecto de la atribución del dominio del hecho al sujeto de atrás, lo advierte el propio ROXIN, se podría detectar en tales situaciones una cierta inseguridad respecto del papel que en el plan del autor debe cumplir el instrumento sometido a error, pues éste actúa libremente, sin estar prede-terminada su decisión ni coaccionado el desarrollo de su actividad; no obstante, señala el mismo autor, esta inseguridad no es más mayor que la que puede producirse en relación con los otros factores causales.

Con este fundamento, el dominio del hecho en los casos de error se estructura de forma diferente que en las situaciones de coacción; mientras que en éstas la falta de libertad del intermediario, delimitada según un importante sector doctrinal conforme al principio de responsabilidad, constituye el factor decisivo del dominio del hecho del sujeto de atrás, en las situaciones de error lo característico es el desconocimiento que tiene el instrumento respecto de las circunstancias en que actúa, o que no le impide actuar libremente puesto que no se utiliza la fuerza para doblegar su voluntad, única forma de conseguir una merma

³⁴ HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ U. *La autoría mediata...*, ed. cit., p. 165. ROXIN, CLAUDIUS. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, ed. cit., p. 171.

Dominio de la voluntad mediante error en la autoría mediata

en la libertad individual. Además, cosa que no sucede en las situaciones de coacción y que diferencia a la autoría mediata de la inducción, aquí puede faltar totalmente una relación psíquica entre el autor mediato y el instrumento³⁵.

1.7 Falta de libertad en el sujeto de adelante

La otra posición es la que fundamenta el dominio del hecho en los casos de error, en la falta de libertad del instrumento³⁶.

Desde una perspectiva fáctica y comparativa entre los supuestos de coacción y los de error, señala HERZBERG que en “los casos de coacción casi siempre existen impulsos y contra impulsos en una lucha dramática, mientras que en los casos de error falta precisamente toda resistencia de la voluntad, pero (...) mi libertad de decisión no es mayor (en los casos de error), que la de un hombre que para salvar su vida debe destruir una cosa”³⁷. Este punto de partida no supone una mera constatación de los dos fenómenos tal como se presentan en la realidad, sino una comparación valorativa entre los efectos que producen el error y la coacción en la libertad del intermediario, pues en definitiva se pretende demostrar que

tanto en la coacción como en el error la situación prácticamente es la misma. Concretamente, en los casos de error el sujeto de adelante no se ha deshecho de la presión psíquica, a pesar de que habría sido posible a través de un mejor conocimiento³⁸. Para ROXIN en esta situación el coaccionado “actúa bajo una fuerte presión psíquica, el errado no experimenta en modo alguno la violencia de una acción, pues no conoce o no totalmente el estado de las cosas, y por eso él en mayor o en menor medida está dispensado de responsabilidad penal”³⁹.

Para MEYER⁴⁰ lo relevante para la existencia de instrumentalización a través del error se desprende, al igual que en los casos de coacción, del grado de libertad con que actúa el sujeto de adelante, y ello implica que el sujeto de atrás no sólo domine el acontecimiento típico, sino también la voluntad del instrumento, manipulándola. Si lo anterior no fuera así, estima KÜPER, es decir, si el instrumento no actuara con falta de libertad en los casos de error, obtendríamos la insatisfactoria conclusión, por ejemplo, de que el ejecutor que actúa con error de prohibición, a pesar del error, tiene libertad de decisión, pero luego resultaría inexplicable que no actúa libremente puesto que su error era inevitable, por lo que no puede ser

³⁵ SCHILD, W. *Täterschaft als Tatherrschaft*, Berlín, 1969, pp. 18 y ss. Al basar el dominio del hecho en el dominio de la acción del autor mediato, considera que el mero aprovechamiento de un error no puede fundamentar el dominio del hecho, puesto que éste no lo ejercería el autor mediato con ninguna acción suya. Se puede decir a esto, que aunque el autor mediato no realice ninguna acción que recaiga directamente sobre el instrumento, ello no quiere decir que el autor mediato no actúa con respecto a la situación o el estado de las cosas en que el instrumento desenvuelve su actividad.

³⁶ SCHROEDER, F. *Der Täter hinter dem Täter*, Marcial Pons, Berlín, 1965, p. 73.

³⁷ HERZBERG, R. “Täterschaft und Teilnahme”, en *ZStW88*, 1976, p. 21.

³⁸ HERZBERG, R. Ob. cit., p. 22.

³⁹ ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, ed. cit., p. 647.

⁴⁰ MEYER, MARÍA-KATHARINA. *Ausschluss der Autonomie*, ed. cit., p. 17.

culpable. Si se sigue este planteamiento, serviría igualmente para excluir la autoría mediata en los casos de error de tipo vencible, pues el autor del delito imprudente tenía la posibilidad de conocer los elementos del tipo y sus consecuencias.

Si la libertad se identifica en derecho penal con responsabilidad, considera HERNÁNDEZ⁴¹, como lo hacen los defensores del principio de responsabilidad, o lo que es lo mismo con la posibilidad de actuar conforme a Derecho, todo sujeto que actúe con error vencible no podría ser objeto de instrumentalización, aunque aquí tener la posibilidad y no ejercerla o poderla ejercer es, al menos desde el punto de vista del sujeto de atrás, como si no la tuviera. La falta de libertad de decisión en el sujeto de adelante, lo que no significa ni contradice que desde un punto de vista meramente descriptivo, fenomenológico, actúe igualmente ciego, es inherente al comportamiento del instrumento en la autoría mediata.

En resumen, se podría decir que la base de la instrumentalización la constituye unitariamente la falta de libertad del que actúa adelante; se trata de una falta de libertad fáctica y real, y no normativa y potencial. La falta de conocimiento constriñe esencialmente la libertad de decisión del sujeto, sí puede afirmarse que el instrumento, al actuar ciego causalmente, actúa libre, pero esa libertad sólo puede ponerse en relación con el sujeto de atrás y no con el hecho que realiza.

CONCLUSIONES

Considerado desde el punto de vista empírico, el error en general es un estado de la inteligencia por el que un objeto del mundo exterior no se conoce como realmente es, sino de manera inexacta o falsa. En esa misma línea de pensamiento puede decirse que el error consiste en la discordancia ente la conciencia y su objeto. Hablamos de error allí donde hay una representación falsa, una idea que no se corresponde con la realidad⁴². Por consiguiente, debemos afirmar que, conceptualmente, la ignorancia no es identificable con el error: la ignorancia es ausencia de conocimiento, mientras que el error es conocimiento equivocado y, por tanto, falso.

De conformidad con lo anterior, tenemos que el sólo error que repercute de uno u otro modo en la valoración jurídica del hecho puede otorgar al hombre de atrás la condición de autor mediato; habrá que indicar, como dice ROXIN, que existirá autoría mediata cuando el error determine un cambio de valoración típica debido a la entrada de una circunstancia cualificante del hecho.

Los casos de autoría mediata por error de prohibición lo trataremos más adelante, en la clasificación de las situaciones en que el instrumento carece de capacidad para motivarse de acuerdo a las normas.

⁴¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ U. *La autoría mediata en Derecho Penal*, ed. cit., p. 167.

⁴² COBO DEL ROSAL. *Tratado de Derecho Penal Español*. Parte General. Vol. II. Madrid, Aguirre, 1968, p. 207.

Dominio de la
voluntad mediante
error en la autoría
mediata

BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO, ENRIQUE. *La noción de autor en el Código Penal*. Buenos Aires, Abeloperrot, 1965.

—. “La distinción entre autoría y participación en la jurisprudencia de los Tribunales y en el nuevo Código Penal alemán”, en: *Estudios Penales*. Libro Homenaje al Profesor JOSÉ ANTÓN ONECA, Universidad de Salamanca, 1982.

CARRANZA Y RIVAS, RAÚL. *La participación delictuosa. Doctrina y ley penal*. México, Stylo, 1957.

CEREZO MIR, J. *La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho Penal Español*. Anuario, tomo 28, No. 1. Madrid, Ministerio de Justicia, 1975.

—. “Autoría y participación en el Código Penal vigente y el futuro Código Penal”, en: *Problemas fundamentales del Derecho Penal*. Madrid, 1982.

CÓDIGO PENAL COMENTADO. Coordinado por JACOBO LÓPEZ DE QUIROGA y LUIS RODRÍGUEZ RAMOS, Madrid, 1990.

CÓDIGO PENAL Y LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA. 18ª ed. Civitas, Biblioteca de Legislación, Madrid, 1993.

CÓRDOBA RODA, JUAN. *Notas al Tratado de derecho penal de Maurach*. II, Barcelona, 1992.

CUELLO CALÓN, EUGENIO. *Derecho Penal*. Puesto al día por CÉSAR CAMARGO H. tomo I. Parte General. Barcelona, Bosch, 1981.

CHINCHILLA SANDI, CARLOS. *La coautoría en Derecho Penal. La relación entre los conceptos de autor y coautoría en la teoría del delito*. San José de Costa Rica, en prensa, 1998.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL. “Inducción o autoría mediata en malversación impropia”, en: *La Ley*, tomo IV, Madrid, 1986.

—. *La autoría en Derecho Penal*, Editorial PPU, Barcelona, 1991.

FIERRO, GUILLERMO. *Teoría de la participación criminal*. Buenos Aires, Ediar, 1964.
GARRIDO MONTE, MARIO. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Chile, 1975.

GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966.

GONZÁLEZ RUS, J. “Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría”, en: *Cuadernos de Derecho Judicial. Problemas de autoría*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1985.

Álvaro E. Márquez
Cárdenas Ph.D.

JAÉN VALLEJO, MANUEL. “La autoría y participación en el Código Penal de 1995”, en: *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 2, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1997.

LÓPEZ PEREGRÍN, M.C. *La complicidad en el delito*, Valencia, 1997.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO E. *Autoría mediata en el Derecho Penal. Formas de instrumentalización*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003.

MEZGER, EDMUNDO. *Tratado de Derecho Penal*, T. II, Trad. a la segunda edición por JOSÉ ARTURO RODRÍGUEZ MUÑOZ, Buenos Aires, 1957.

MORENO Y BRAVO, EMILIO. *Autoría en la doctrina del Tribunal Supremo. Coautoría, autoría mediata y delitos impropios de omisión*. Madrid, Dykinson, 1997.

MUÑOZ, R., CAMPO ELÍAS. “La participación criminal. Autor y cómplice en el Derecho Penal”, en: *Revista Lex*, marzo-agosto, 1975.

PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Madrid, Tecnos, 1990.

PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en Derecho Penal*, Editorial Comares, Granada, 1998.

ROXIN, CLAUS. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de la sexta edición por JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1998.

—. “Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal”, en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, en Homenaje al Profesor LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, trad. de ENRIQUE BACIGALUPO, Buenos Aires, 1970.