

Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Tras la sombra del mando fugitivo: del dominio y la instrumentalización del delito*

Omar Huertas Díaz**
Carolina Amaya Sandoval***
Germán Darío Malte Ruano****

Recibido: febrero 17 de 2013

Aprobado: marzo 22 de 2013

Resumen

La figura de la autoría mediata surge, en principio, por la necesidad de llenar vacíos en el derecho penal alemán como consecuencia de una visión restrictiva del concepto de autor, por lo que esta figura fue desarrollándose de forma paulatina, pues más allá de los derroteros conceptuales y doctrinales se evidenció como una construcción jurídicamente viable para determinar la responsabilidad penal de los mediadores en el régimen nazi, a través de la teoría de la *autoría mediata en aparatos organizados de poder*. En este sentido, la referencia que de ella se hace dentro de las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano se evidencia en el artículo 29 del actual Código Penal, en el sentido de que se estipula que es autor quien realice la conducta punible utilizando a otro como instrumento. Con ello, esta teoría, planteada en principio por Claus Roxin, se aplica como una necesidad de abordar problemas como la determinación de la responsabilidad penal de los diversos mandos directivos de una estructura jerárquica y organizada para la comisión de crímenes.

Palabras clave. Autoría mediata; dominio de la voluntad; aparatos organizados de poder; estructura jerárquica; instrumento.

* Artículo de investigación realizado en el marco de la línea de investigación "Derecho Internacional Penal", Proyecto titulado "Autoría mediata a través de aparatos organizados de poder", el cual comenzó su elaboración en el Primer Semestre del año 2012 y que pertenece al Grupo de Investigación "Escuela de Derecho Penal Nullum Crimen Sine Lege UN" registro COLCIENCIAS COL0078909 Universidad Nacional de Colombia.

** Abogado y especialista en Derecho Penal Universidad Nacional de Colombia. Magíster en Derecho Penal, Universidad Libre. Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica, Universidad de Alcalá. Magister en Educación, Universidad Pedagógica Nacional. Profesor Asociado Derecho Penal General Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia. E-mail: ohuertasd@unal.edu.co

*** Estudiante de quinto semestre de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia, auxiliar del "Grupo de Investigación "Escuela de Derecho Penal Nullum crimen sine lege UN" Universidad Nacional de Colombia. E-mail: caramayasan@unal.edu.co

**** Estudiante de quinto semestre de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Universidad Nacional de Colombia, auxiliar del "Grupo de Investigación "Escuela de Derecho Penal Nullum crimen sine lege UN" Universidad Nacional de Colombia. E-mail: gdmalter@unal.edu.co

***Indirect responsibility through organized power structures.
"Tras la sombra del mando fugitivo": on mastery and indirect perpetration
of the crime***

Abstract

In principle, perpetration-by-means (command responsibility; indirect perpetration), arises from the need for filling gaps in the German criminal law as a consequence of a restrictive view of the concept of perpetrator, so this entity was progressively developed because beyond conceptual and doctrinal directions, it was understood as a legally viable construction for determining criminal responsibility of mediators during the Nazi regime through the theory of indirect responsibility in organized power structures. In this respect, the reference to it within provisions of the Colombian legal system is made through Article 29 of current Criminal Code, since this Code establishes that a perpetrator is that person involved in a criminal conduct by using another person as the instrument. This theory, originally established by Claus Roxin, is applied as a need for approaching issues such as criminal responsibility of several heads of a hierarchical and organized structure for crime perpetration.

Key words: indirect responsibility; mastery of the will; organized power structures; hierarchical structure; instrument.

Introducción

A lo largo de los últimos 20 años, teniendo en cuenta el referente jurídico de la Constitución Política colombiana, nuevas transformaciones jurídicas han aparecido detrás del viejo formalismo que exigía una interpretación rigurosa, aunque limitada, de los textos legales. Los cambios sociales, económicos, y geopolíticos que hace dos décadas dieron lugar a la necesidad de reconfigurar la misma Constitución, en el hoy, reflejan la necesidad de optar por nuevas interpretaciones jurídicas en el escenario fundamental de los derechos humanos y la comisión de crímenes atentatorios a estos. El derecho penal colombiano no ha de rezagarse frente a este paso evolutivo que el ordenamiento jurídico permite impulsar, desde adentro, ya en principio partiendo del bloque de constitucionalidad, con base fáctica en las graves violaciones de derechos humanos suscitadas por el difuso conflicto armado interno, las cuales trascienden hacia el campo internacional por la gran afección que generan a la conciencia de la humanidad (Gutman & Rieff, 2003).

Uno de los elementos más importantes ha sido jugado por parte del mismo Estado, reflejando así el llamado a explorar una de las matizaciones más arraigadas de ese conflicto, ejemplificadas con graves violaciones tales como: desaparición forzada de personas, "falsos positivos", utilización de mecanismos generadores de males innecesarios, relación con fuerzas paralelas no institucionales para la intervención armada, entre otros.

Es ese papel matizado, por medios masivos de comunicación, e incluso por la estrategia política del etiquetamiento por "terrorismo", el que en el fondo ha ocultado a los "verdaderos autores", los cuales no pueden ser analizados desde un derecho penal rezagado, que relega el papel delictivo a caracteres individuales de comisión material del delito, sino desde un derecho más amplio, que comprenda la realidad y el aparataje

jurídico de manera sistémica. Así, pues, la teoría del *autor detrás del autor*, ya expuesta por Roxin hace casi un decalustro, ha empezado a ser introducida lentamente por vía de la jurisprudencia nacional, que actualmente recibe el manejo de casos críticos en materia de graves lesiones a los derechos humanos y crímenes contra la humanidad. Se trata de un propósito importante, que busque combatir la impunidad, la reparación de las víctimas empezando por la verificación de los hechos y el conocimiento de la verdad, así como la garantía de no repetición y protección de los derechos humanos.

La realidad colombiana avanza a pasos agigantados, pero con graves crisis, y el derecho no puede ser estático ante esta; por tanto, es indispensable que se determine la viabilidad jurídica de introducir la teoría de la *autoría mediata en aparatos organizados de poder*, partiendo del desarrollo jurídico al que los hechos sociales, económicos y geopolíticos han dado lugar, sin dejar de lado la fundamentación que los derechos humanos permiten esgrimir, aún con más fuerza en los últimos años, desde las márgenes del derecho internacional, el *ius cogens* de los derechos humanos, y el rol de peso que el derecho penal introduce por vía de principios jurídicos internacionales y con ayuda del bloque de constitucionalidad.

Hoy, después de más de sesenta años de los terribles hechos que a la luz salieron a flote con ocasión de la Segunda Guerra Mundial, y la actuación vejatoria de cualquier derecho cometida por las fuerzas nazis, no solo es suficiente con entender la necesidad de crear tribunales "ad hoc" (Del Carpio, 2009, p. 23) con pie en la lógica de emergencia que la comunidad internacional puede clamar frente a la gravedad de los hechos (Gutman & Rieff, 2003, p. 29). Aún más, cuando dichas violaciones fueron cometidas por todo un aparataje sistemático y organizado que se vale de la fuerza, de la legalidad y de la legitimidad, para actuar paralelamente al margen de la misma ley. Ley que en el desarrollo jurídico del

tiempo ha evidenciado fuertes transformaciones, y que en la actualidad se subsume en los procesos de constitucionalización, reforzadores de la permeabilidad del derecho internacional.

Con todo, la metodología para el desarrollo del presente artículo se define en la investigación teórica y analítica de la doctrina que ha dado cuenta de la difusión de la *teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*. En esa medida el artículo de desarrollará en un primer momento con una reseña de los antecedentes históricos que dieron lugar a la configuración de la teoría de la autoría mediata y su relevancia jurídica; en segunda medida, se hará referencia a la evolución teórica del concepto y las teorías aplicadas con anterioridad a la incursión de la teoría de la autoría mediata en el actual Código Penal, en el ordenamiento jurídico-penal colombiano. En siguiente término, se enunciarán las diversas concepciones que se tienen del término de *autoría mediata* y los elementos que la componen. Por último, se desarrollarán los elementos que componen la autoría mediata en aparatos organizados de poder y la incidencia que de ello deviene la teoría de la autoría mediata por dominio de organización.

1. *Antecedentes históricos de la autoría mediata*

Como marco referencial a las circunstancias históricas del concepto de autoría mediata, es menester remitirnos a la referencia que de este concepto se hace en el Código Penal alemán de 1871, en el cual se distinguía entre autor, cómplice e instigador; sin embargo, se siguió un concepto restrictivo de autor en tanto se señalaba que es autor quien realiza la acción típica de propia mano. No obstante, a pesar de que la doctrina y la jurisprudencia francesas señalaban que para que se configurara la punibilidad del partícipe se requiere solamente que el hecho sea típico y antijurídico, la doctrina y jurisprudencia alemanas le incluyen a dicha calificación que el hecho realizado por el autor principal

fuera típico, antijurídico y además, culpable. Es en ese sentido que el concepto y puesta en práctica de la figura del autor mediato surge por la necesidad de, inicialmente, llenar vacíos en el derecho penal alemán como consecuencia de una visión restrictiva de autor. Por lo tanto, el hecho de instigar a un inimputable a la comisión de un delito resultaría un hecho impune, ya que el sujeto no puede ser autor por no realizar por sí mismo el acto de ejecución y configuración, además de que no puede ser cómplice o instigador porque no se evidencia un hecho principal doloso (Márquez, 2009).

Por todo ello, la figura de la autoría mediata fue desarrollándose tanto en la teoría como en la práctica. Más allá de los derroteros conceptuales y doctrinales, se evidenció como una construcción jurídicamente viable para determinar la responsabilidad penal de los mediadores en el régimen nazi, a través de la teoría de la autoría mediata pero en aparatos organizados de poder. En este sentido, la figura de la autoría mediata se ha venido legitimando en marcos jurídicos relevantes, como la puesta en práctica y la historia han podido demostrarlo, y en ese sentido, se ha tornado en marco referencial evolutivo de imputación de responsabilidad penal del sujeto de atrás, como mediador del hecho ilícito penal, sin que disponga material e inmediatamente de sus capacidades y de su fuerza para el desarrollo fáctico de la consecución del delito.

2. *Evolución teórica del concepto de autoría mediata*

En principio, se debe recalcar el papel evolutivo del concepto general de autoría, pues la autoría mediata se ve reflejada como un producto de tal evolución en el campo teórico y práctico como hito y marco referencial en la responsabilidad penal, la determinación y la delimitación de la autoría. Empero, los esbozos históricos y convencionales de la doctrina jurídico-penal señalan que autor principal era únicamente aquel

que ejecutaba el acto físico para la comisión del delito, pero, alterna al acto físico de quien configuraba el delito se encuentra la concepción del autor detrás del autor, como mediador constitutivo del crimen.

Esta nueva identificación del autor como mediato se vio precedida por una arraigada creencia en que el análisis del delito debía delimitarse en términos de la causalidad natural y la ejecución fáctica del hecho punible. Por tanto, era autor quien se constituía en causa del resultado prohibido, y era causa, conforme al principio de la equivalencia de todas las condiciones, quien ponía una condición de resultado. Para diferenciar al autor del mero cooperador que la causalidad no permitía distinguir, se complementó el criterio con un elemento subjetivo: *animus*, que mediaba en el sujeto: si había actuado con ánimo de autor era autor; si con ánimo de cooperador era cómplice (tesis subjetiva) (Márquez, 2009). Otras referencias doctrinales, sin desconocer el principio de la ejecución material del delito, consideraron la noción del tipo para precisar el concepto de autor, para lo cual lo delimitaron afirmando que lo es aquel que realiza el acto ejecutivo descrito por el tipo penal (tesis objetivo-formal).

Las anteriores tesis excluyen al mediador y llamado motor del delito como autor mediato, desarraigándose de la consecución originaria del delito; en esa medida, y dando una aproximación al concepto del autor mediato, este no interviene en la causalidad natural, ya que la persona que realiza materialmente el hecho ilícito penal y que provoca el resultado es la que le sirve de instrumento al autor mediato. Cabe anotar que el autor mediato tampoco realiza una acción que se encuadre en la descripción del tipo penal, pues es el mediador quien la ejecuta. En esa medida, es autor mediato quien causa el resultado punible valiéndose de otra persona como medio o instrumento para la consecución del delito, de manera que el autor no realiza el delito de manera personal ni directa.

Por ello, la imputación no versa esencialmente sobre quien ejecuta materialmente el delito sino por el llamado "hombre de atrás", por disponer este de los medios y del hecho y la voluntad de quien ejecuta.

Consecuencialmente, surge la tesis del dominio del hecho, que considera que la calidad de autor es conferida por la titularidad de la facultad de disponer de la ejecución del hecho, interrumpirlo o abandonarlo, donde la autoría se caracteriza en el dominio final del hecho, es decir, que el dominio del hecho lo tiene quien concretamente dirige la totalidad del acto a un fin determinado, por lo que el autor es quien tiene el dominio del desarrollo del proceso ejecutivo, y dominio de la voluntad de la persona que era instrumentalizada al ser usada como medio de configuración del delito (Márquez, 2009).

Ahora bien, por lo anterior se debe aclarar que en el actuar del autor mediato ya no se habla de dominio del hecho como dominio de la acción, sino del dominio de la voluntad, ya que es el autor mediato quien controla la voluntad del mediador, mientras que el control de la acción como suceso fáctico y materialmente verificable está en manos del ejecutor, como causante del resultado buscado bajo motivaciones subjetivas que poco daban paso a considerar el actuar de quien controla la voluntad del mediador como instrumento, por lo que la figura de la autoría mediata se constituye bajo este campo en un importante avance doctrinal y, más allá de eso, es un avance de alcance práctico como hito jurídicamente viable y aplicable en el campo penal.

Con todo ello, la posibilidad de hablar de una autoría mediata detrás de un ejecutor inmediato plenamente responsable es de larga trayectoria, pues en un inicio, la intuición llevaba a afirmar la autoría del *hombre de atrás*; sin embargo, se carecía de una fundamentación dogmática. Las primeras reflexiones sobre esta problemática vienen de la doctrina alemana; así, la antigua teoría formal que admitía una autoría mediata

siempre y cuando el ejecutor directo no sea autor, lo que implicaba la imposibilidad de la figura del autor detrás del autor. Contraria a esta posición, la teoría subjetiva, de acuerdo con lo reseñado anteriormente, admitía la posibilidad de la figura, e incluso la consideraba como una consecuencia necesaria, puesto que el hombre de atrás siempre evidencia un *animus auctoris* (Pariona, 2009).

En esa medida y en perspectiva de Reinhart Maurach, el antiguo derecho contenía una regulación jurídico-positiva solo para la inducción y la complicidad, no así para la autoría mediata, pues era grande la tentación por aferrarse a la ley, y por clasificar dentro de las posibilidades la totalidad de los casos en los cuales el *hombre de atrás* motiva a otro al hecho dentro de la inducción, dejando para la autoría mediata aquellas categorías que no podían considerarse como inducción o atribuyéndole a la autoría mediata el elemento de la participación. Sin embargo, en la actualidad esta figura goza de reconocimiento como una forma de autoría y no puede ser deducida por vía de eliminación como participación (Maurach, Heiz & Zipf 1995).

2.1. *Evolución del concepto de autoría mediata en la legislación penal colombiana*

En cuanto a la responsabilidad penal que la legislación derogada contemplaba para efectos de una concepción sistemática de autoría, el Decreto Ley 100 de 1980 (Código Penal de 1980) en sus artículos 23 y 24 contemplaba lo siguiente:

Artículo 23. Autores: El que realice el hecho punible o determine a otro a realizarlo, incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Artículo 24. Cómplices: El que contribuya a la realización del hecho punible o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo, incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad (Presidente de la República de Colombia, 1980).

En ese sentido, la legislación no contemplaba la manera en que debían responder los mandos directivos de un aparato organizado de poder respecto a la comisión de un crimen por un subordinado suyo, bajo una *estructura jerárquica*. Empero, ello no obsta a decir que la jurisprudencia y el desarrollo doctrinal no se hayan preocupado por dicho fenómeno de la autoría mediata, lo cual fue precedido por la adopción de las siguientes tesis para intentar tratar a cabalidad el tema:

En principio hacemos referencia a la **tesis de la coautoría impropia**, donde la doctrina colombiana se inclinó por decir que la coautoría, siendo una conducta realizada por una pluralidad de personas, podía caracterizarse como propia o impropia, simple o compleja. En esa medida, se decía que había coautoría propia cuando uno de los autores desarrollaba integral y simultáneamente, la misma conducta típica que había sido previamente acordada; por el contrario, la coautoría impropia se presenta cuando un mismo hecho típico ha sido realizado comunitariamente, pero con división del trabajo, por varias personas que lo asumían como propio, aunque la intervención de cada una de ellas, tomada en forma separada, no se adecuara por sí misma al tipo penal (López, Ambos, Malarino & Guzmán, 2008).

Por todo ello, la forma más convencional del reparto del trabajo entre los coautores era la que separa las funciones intelectuales de planeación, dirección y coordinación, de las funciones materiales de ejecución o realización inmediata (autores intelectuales y materiales), según el profesor Juan Fernández Carrasquilla (López, et. al., 2008).

Sin embargo, bajo esos preceptos cabía la posibilidad de que a unos correspondiera la fase preparatoria y a otros la parte ejecutiva del hecho punible, y a otros más, el aseguramiento del botín o se preocupaban por la impunidad para el grupo y el aseguramiento de la efectiva comisión del crimen. En esa medida, el elemento de

la distribución de las tareas venía a determinar la categoría de coautoría, pues en la coautoría propia cada autor realiza acciones ejecutivas típicas, mientras que en la coautoría impropia, no todos realizan actos ejecutivos ni consumativos. De manera que esta última forma de coautoría correspondía a un reparto funcional del trabajo criminoso y se necesitaba de una cláusula legal y general de aplicación del tipo contemplada en el Código Penal en el artículo 23 al referirse expresamente a que es autor todo el que "realice el hecho punible" lo que no quiere decir que solo es autor el que realice el hecho en forma total, directa y exclusiva. Cabe aclarar que dicho fenómeno no se presentaba en la coautoría propia, ya que en esta cada autor realiza, por sí mismo, actos consumativos o de la fase ejecutiva del injusto típico (López, et. al., 2008).

Por lo anterior, a pesar de que el artículo 23 del Código Penal de 1980 (Presidente de la República de Colombia, 1980) no previera expresamente la figura de la coautoría, como lo hace el actual inciso segundo del artículo 29 del Código Penal (República de Colombia, 2000), ello no permitía afirmar que esta se pueda dividir en propia e impropia. De manera que para determinar a una persona como coautor se hace necesario tener en cuenta los siguientes elementos: un elemento objetivo, en el que se exprese un aporte esencial a la comisión del hecho con dominio funcional del hecho en la referida fase ejecutiva; y en segunda medida, un elemento subjetivo, en el cual se da una exteriorización de la voluntad por acuerdo, decisión o resolución delictiva común. Empero, la Corte Suprema de Justicia ha evitado demostrar estos dos elementos aceptando que no importa la calificación que se haga de la responsabilidad del autor en la resolución acusatoria ya que, en todo caso, si se demuestra algún aporte sin que necesariamente sea esencial, aunque no se pruebe acuerdo previo, se le imputa la coautoría impropia.

Ahora bien, con respecto a la **tesis de la inducción o determinación**, de acuerdo con lo estipu-

lado por el artículo 23 del Código Penal de 1980 (Presidente de la República de Colombia, 1980) en el sentido de que es autor "el que realice el hecho punible o determine a otro para a realizarlo", se consideró que el determinador era un verdadero autor y no un partícipe; sin embargo, algunos doctrinantes consideran que el determinador es la persona que induce a otro a que realice un hecho punible, siendo esta una forma de coparticipación que necesita la presencia de dos tipos de sujetos: el determinador, quien proporciona la idea criminal y la transmite, o fortalece la idea que apenas nacía en mente ajena. El segundo sujeto es el ejecutor material, quien convierte en comportamiento típico la idea, de manera que este es el único y verdadero autor, mientras que el determinador es el ideador u orientador del hecho punible, según Alfonso Reyes Echandía (López, et. al., 2008).

Sin embargo, para efectos de continuar con el análisis de la autoría mediata, se debe resaltar que

... la diferencia fundamental entre esta figura y la del autor mediato radica en que el ejecutor instrumental de la conducta de este no está en condiciones de decidir, pues su papel le ha sido impuesto y asignado sin que sea consciente de su verdadera significación, mientras que entre el determinador y el ejecutor material se establece una comunicación que le permite a éste decidir por su propia voluntad si ejecuta o no el hecho punible gestado por aquel; de tal manera que si decide realizarlo la determinación final es suya y por eso le pertenece como autor (López, et. al., 2008).

Pero si el determinado instigaba una acción típica y antijurídica pero no culpable, como por ejemplo cuando el ejecutor material es un demente, no nos referimos a una verdadera determinación, en ese sentido, el presunto autor intelectual, a saber, es autor mediato, y el supuesto determinador es un instrumento, movido por voluntad extraña, del cual se sirve

la persona que delinque, según Antonio Vicente Arenas (citado en López, et. al., 2008).

Por otra parte, el debate doctrina acrecentó, pues, por ejemplo, Luis Carlos Pérez (citado por López, et. al., 2008) consideró que quien determina a otro para que realice un hecho punible, siendo este precisamente escogido, no es autor aunque se le designe como "intelectual" como una significación corriente y no concebida como un criterio propiamente jurídico. Tampoco es coautor a pesar de la concurrencia de otro u otros agentes, así como tampoco es cómplice de acuerdo con el artículo 24 del Código Penal de 1980 (Presidente de la República de Colombia, 1980); es simplemente determinador; sin embargo, sin excepción alguna se ha desarrollado en Colombia la idea de que el artículo 23 del Código Penal de 1980 (Presidente de la República de Colombia, 1980) creó la categoría de "autor intelectual", lo que, a consideración del autor, es inexacto (López, et. al., 2008).

Al respecto de la **tesis de la autoría mediata**, es menester mencionar que con el Código Penal de 1980 la figura de la autoría mediata fue contemplada de diversas formas, pues en unas ocasiones fue considerada como una clase de autoría y en otros casos como una forma de determinación, ya que la definición del autor del artículo 23 no daba aspectos completos e íntegros de esta figura jurídica (Presidente de la República de Colombia, 1980). Sin embargo, estas dos posiciones tenían en común que el autor mediato utilizaba a otro como instrumento el cual nunca respondía penalmente, a pesar de haber sido el ejecutor material del hecho punible, por el hecho de haber actuado erróneamente, por ignorancia, por coacción insuperable, porque era inimputable, porque sobre él había violencia psíquica o porque había actuado en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, emitida con formalidades legales, además de que se consideró la admisibilidad de dicha construcción de la autoría mediata en los puros delitos de resultado y nunca en

los especiales y de propia mano. Por tanto, era autor mediato la persona que no realizaba la infracción por su propia mano sino que se valía de otra persona como instrumento de ejecución del delito, que no tenía el dominio del hecho y que, por tanto, su conducta estaba justificada o era inculpable (López, et. al., 2008). Con ello, la autoría mediata se evidencia, además, cuando el hombre de atrás es un sujeto cualificado que utiliza a otro que carece de tal cualificación como instrumento y medio. Ahora bien, aun cuando en el actual Código Penal en sus artículos 29 y 30 (República de Colombia, 2000) se determine la responsabilidad y la determinación del autor, los esfuerzos deben ser continuos por parte de la jurisprudencia para tratar a cabalidad y con naturaleza propia la figura de la autoría mediata con el fin de determinar la responsabilidad penal de quienes usan a terceros como instrumento en la consecución de crímenes, y así evitar confusiones y vacíos que poca seguridad dejan en cuanto al debido juzgamiento de los autores se refiere.

Por otra parte, muchos doctrinantes consideran que desde la perspectiva del artículo 29 del actual Código Penal (República de Colombia, 2000), es aceptable la **tesis de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder** en el sentido de que se estipula que es autor quien realice la conducta punible utilizando a otro como instrumento. Es en ese sentido que es de importancia señalar que muchos doctrinantes consideran que en algunos casos ese instrumento no necesariamente queda impune sino que puede responder penalmente de acuerdo con su aporte al hecho y al tipo penal correspondiente. Sin embargo, se debe aclarar que en la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder esta se evidencia en el hecho de que las decisiones para la ejecución de un delito son tomadas por la persona que se considera como superior jerárquico, y que quienes ejecutan el hecho materialmente son fungibles, es decir, que son intercambiables como a bien lo tenga el superior jerárquico.

Además, como componente diferenciador entre la teoría de la Autoría Mediata en aparatos organizados de poder, según lo estipulado por Claus Roxin (2000), en el dominio del hecho como elemento determinante de la autoría mediata, pueden confluír tres formas en las cuales un hecho puede ser dominado sin que el autor lo ejecute materialmente: en primera medida, cuando el autor mediato puede obligar al ejecutante; segundo, cuando puede engañarlo y tercero; cuando puede dar órdenes a través de un aparato organizado de poder, el que asegura la comisión del delito y de las órdenes aun sin recurrir al engaño o coacción sino por la posición jerárquica que el aparato mismo desarrolla. Esta última forma será analizada con detalle más adelante.

Sin embargo, y volviendo a fundamentarse la autoría mediata en el dominio de la voluntad, debe haber una relación de subordinación o error, es decir, un argumento que explique por qué el interviniente es un mero instrumento. Por tanto, debe apreciarse en quien actúa una disminución total o parcial del grado de responsabilidad penal, por lo que no existe una autoría mediata cuando el instrumento actúa libremente y conociendo la situación, pues esto es lo que se conoce como *instrumento doloso* (Ferré, Núñez & Ramírez, 2010).

Maurach concuerda con lo anterior, a saber:

El aspecto central de la autoría mediata radica en la degradación de un ser humano a la categoría de un medio material no libre para la obtención de fines delictivos, en el abuso de una persona en cuanto instrumento, mientras la inducción se manifiesta como la corrupción del ser humano libre (Maurach, et. al., 1995, p. 332).

Con ello, en palabras de Juan Carlos Ferré y otros teóricos, en el Código Penal colombiano se mantiene la solución que da Max Ernst Mayer al estipular este que la autoría mediata es jurídicamente igual a la inmediata, la denominación

solo pone de relieve la particularidad fáctica, indica únicamente el por qué el *pasivo* es autor (Ferré, et. al., 2010), de manera según lo estipulado en el artículo 29 es inidentificable en el sentido de que el instrumento (o autor inmediato) realizará la acción ejecutiva, mientras que el dominio del hecho (elemento esencial para determinar la autoría) lo poseerá quien no actúa, es decir, el autor mediato.

Por todo lo anterior, la *teoría de la autoría mediata en aparatos organizados de poder*, planteada en principio por Claus Roxin (2000), se dio como una necesidad de abordar problemas como la determinación de la responsabilidad penal de los diversos mandos directivos de una estructura jerárquica y organizada para la comisión de crímenes desde la fundamentación del marco de la autoría mediata, lo que es perfectamente identificable en el contexto colombiano en casos donde el jefe emite una orden criminal con el pleno conocimiento de que sus subordinados la ejecutarán, pues más allá de la interpretación que de la Ley vigente se haga, es menester hacer énfasis en el desarrollo doctrinal y su reflejo en la jurisprudencia atendiendo a principios propios del derecho penal, y con ello evitar y responsabilizar la impunidad por crímenes consumados a través de aparatos organizados de poder y que de ello devenga un hito jurídicamente hablando para incluso crímenes cometidos por altos mandos y superiores jerárquicos incluso antes de la entrada en vigencia de una ley que estipule dicha figura o de su adopción doctrinal y jurisprudencial, cuando de crímenes de lesa humanidad se trata.

En otros términos, no se trata de establecer la relevancia del delito que se cometió; quizá esto dependa de otro análisis y competa a una verificación probatoria más profunda; de lo que se trata en principio es de definir el papel del autor, junto con el tipo de delito que se llevó a cabo¹. Este tramo permite establecer un mar-

¹ Tal y como acontece en el caso "Alfonso Plazas Vega", por las desapariciones forzadas suscitadas en la retoma al Palacio de

gen de interpretación que no puede desligarse, inevitablemente, de los principios del derecho internacional humanitario ni de los derechos humanos en un plano más global; además, atendiendo a la importancia de la imputación de responsabilidad por la comisión de delitos de lesa humanidad, para los cuales no existe un tratado penal comprehensivo y autónomo bajo este título -abstracción hecha del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional-, sino una práctica que pretende ser consuetudinaria (Prieto, 2009). Es pues dentro de tal práctica, en la que ha de subsumirse el accionar de la justicia en pro de perseguir a los autores detrás de los autores, garantizando eliminar la impunidad y garantizar el conocimiento de la verdad.

Además, en el contexto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario es importante señalar la posición del profesor Omar Huertas al recalcar que:

La incapacidad, miedo, tolerancia, respeto, o temor a criminales no puede ser óbice para permitir que haya impunidad. En consecuencia, los principios inherentes al derecho de gentes se aplican en todo conflicto armado, tanto si una determinada situación se encuentra estipulada por el derecho convencional del ámbito internacional, lo mismo si este no es vinculante para las partes del conflicto (Huertas & Torres, 2012, p. 29).

3. *Aproximaciones al concepto de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder*

Uno de los aspectos más significativos e indispensables para poder comprender cualquier

Justicia en 1985 de las cuales dos de ellas le son imputadas al Coronel retirado Luis Alfonso Plazas Vega, caso en el cual no se trata de debatir la relevancia del delito, bien sea por vía de crimen de guerra o no, sino el tipo del delito cometido, es decir la acción evidente que corresponde al crimen de lesa humanidad denominado "desaparición forzada" por el Estatuto de Roma y la comisión de tal delito a través del movimiento de una estructura de mando y un aparato de poder organizado.

estudio de carácter jurídico que se emprenda es la visualización de la realidad misma. Consecuentemente, entendemos que el derecho penal no debe ser ajeno a las problemáticas vigentes, como el fenómeno de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

En ese orden de ideas, la penalización de delitos ha sufrido un desarrollo paulatino a través de la historia del derecho penal, aunque conservando el importante elemento subjetivo que la escuela positiva había introducido con respecto a la intencionalidad y el carácter doloso del accionar, así como la facilidad probatoria para individualizar al autor que también ejecutaba el hecho mediante procesos de subsunción objetivamente verificables (Roxin, 2000). Tal condición es una pauta de suma importancia para determinar la autoría de quien comete un determinado delito, más aún si el sujeto, reconocido e individualizado, ejecuta su acción con un carácter intencional.

El problema se cimienta en un primer momento, en la identificación de los autores "reales" de graves crímenes, por lo cual hacemos referencia a que no solo es suficiente determinar a los autores materiales, directos, e inmediatos del delito. Más aún, cuando se trata de acciones lesivas a la humanidad, la relevancia práctica, como jurídica, de juzgar a los autores que quedan tras las sombras se configura como una garantía de verdad que evidencia procesos de ejercicio eficaz de la justicia. No se trata de delitos comunes, fácilmente visibles, ni tampoco de sujetos que obren a voluntad propia o por mera relación con orden y sanción. Estamos frente a una coyuntura de estructuras cuasi autónomas, en las cuales el carácter *contingente* de las mismas gradúa el poder de quienes tienen la directriz de todo un aparato (Luhmann, 2004), el cual utilizarán a su favor para la comisión del delito, al tiempo que ocultan su autoría tras la autoría de los actores directos, piezas contingentes del proceso de actuación criminal.

En términos de Claus Roxin, autor de la teoría de la *autoría mediata en aparatos organizados de poder*, debe comprenderse que el contexto delictivo que hemos esbozado demuestra que estamos frente a crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones... que no pueden aprehenderse adecuadamente con los solos baremos del delito individual; de allí se deduce que las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos individuales, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplados como fenómeno global. Pero ello no nos exime de la obligación de considerar los comportamientos de los intervinientes a título individual en tales hechos también desde la perspectiva dogmática del delito individual (Roxin, 2000).

Con lo anterior, es menester esbozar en medida aproximativa la teoría del dominio del hecho y de la voluntad la cual fue introducida en Alemania por A. Hegel y sistematizada por Welzel, donde para este último autor, en la medida en que el autor no reconozca una voluntad que domine la suya, se convierte en dueño del suceso que conduce a la realización del tipo, en tanto que el partícipe, al abandonar en el autor la decisión en torno a si el hecho debe llegar a su consumación, carece de tal dominio (Velázquez, 2009).

3.1 Concepto y elementos que conforman la autoría mediata

En principio, cuando se hace una visión teórico-jurídica del concepto de autoría mediata se tiene con que no se cuenta con precisiones terminológicas que permitan definir tal concepto de manera directa; sin embargo, existen todas las herramientas para construir este concepto, y su fundamentación dependerá del caso en concreto, como también de la acogida de esta teoría justificadora del juicio que se realice. Es por ello que con el objeto de desarrollar los propósitos de la investigación, debemos hacer mención a lo que Edwin Sutherland fundamentó en la teoría de la conducta criminal y la autoría,

a saber: "El aprendizaje de la conducta delictiva comprende el de a) las técnicas de comisión del delito y b) la orientación específica de los motivos, inclinaciones, racionalizaciones y actitudes" (Hassemer, 1990, p. 53).

Por ello es necesario entender que la tesis sobre la *autoría mediata* solo puede comprenderse como la actuación de aquel autor, que solo puede ser quien dentro de una organización rígidamente dirigida tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo (Roxin, 2000), además de que los elementos intencionales y las motivaciones en la consecución del delito son personificados y puestos en práctica por el instrumento. De tal manera, el concepto de autoría mediata es inescindible de los caracteres que ofrece el contexto de la realización del delito, utilizando a otro como instrumento.

Por su parte, Sebastián Soler define al autor mediato como el sujeto que no ejecuta directamente y por sí solo y por sí mismo la acción típica, sino que autor mediato es el que ejecuta la acción por medio de otro sujeto que no es culpable o no es imputable, pero es autor (Soler, 1992).

En concordancia con lo anterior, Fernando Velázquez se refiere a este concepto como una categoría propia de la dogmática penal contemporánea, la cual se presenta cuando el agente realiza el tipo penal, así no lo complete en su totalidad, valiéndose de otra persona que actúa como instrumento para la ejecución de la conducta consagrada en la ley. Por eso en esta forma de autoría el dominio del hecho final-social requiere que todo el proceso se desenvuelva como obra de la voluntad rectora del hombre de atrás, quien debe tener en sus manos al intermediario; se explica, entonces, a partir del dominio de la voluntad. (Velázquez, 2009).

Sin embargo, Eugenio Zaffaroni pone de relieve problemas propios del concepto de autoría mediata pues estos problemas:

Suelen derivarse de su mismo nombre. En efecto: pareciera ser que el autor mediato supone la existencia de un autor inmediato, lo que no es cierto, puesto que hay casos en que el determinado actúa sin dolo. Tal es el caso de la enfermera que aplica una inyección mortal que el médico le suministra dolosamente. En ese caso es evidente que no hay ningún autor inmediato o directo que complementa al autor mediato. Debe quedar en claro, pues, que la autoría mediata no supone ninguna autoría directa o inmediata, no siendo ese ningún rasgo distintivo, sino una simple característica accidental o eventual (Zaffaroni, 1988, p. 320).

Ahora bien, antes de hablar de los elementos de la autoría mediata, en el entendido de que esta teoría está conceptualmente integrada por la teoría del dominio del hecho y del dominio en virtud de organización según Roxin, se pueden distinguir tres formas del *dominio del hecho*: dominio del hecho por acción, dominio del hecho por voluntad y dominio del hecho funcional. Subsecuentemente, el dominio de la voluntad se presenta en tres casos hipotéticos: a) se puede *coaccionar* a quien actúa, se lo puede usar respecto de la circunstancia decisiva para la autoría como *factor causal ciego* o, si el sujeto que actúa no es ni coaccionado ni engañado, ha de tratarse de un sujeto que pueda *intercambiarse libremente* (Roxin, 2000). En resumen, se habla del *dominio de voluntad por coacción, por error o en virtud de aparatos organizados de poder*.

Ahora bien, la última forma de dominio de la voluntad, también conocida como dominio por organización, consiste para Roxin en el modo de funcionamiento específico del aparato que está a disposición del hombre de atrás (Roxin, 2000), lo que, de entrada, implica que tal aparato puede funcionar "sin que sea decisiva la persona individual de quien ejecuta, de modo prácticamente 'automático'".

Con tal esbozo generalizado, ya pueden identificarse más fácilmente las diferencias sustanciales que la autoría mediata tiene respecto a otros modelos de autoría. Por ello, desde nuestra posición, es necesario partir de la base de que se requiere caracterizar a mayor profundidad el término de autoría mediata dentro de aquellos aparatos organizados, lo cual ya genera varias características "especiales" para considerar el juzgamiento de un delito bajo estos parámetros.

En esa medida, para que se configure la existencia de la autoría mediata se debe cumplir con determinados requisitos y elementos tales como, y en palabras de Fernando Velázquez:

- a) El dominio del hecho final social lo posee quien está detrás del instrumento: Es necesario que el dominio del hecho lo tenga el llamado hombre de atrás pues si lo posee el instrumento o lo comparte este con aquel o un tercero, se debe pensar en otra forma de concurso de personas del hecho punible.
- b) La subordinación del instrumento: El sujeto que es utilizado debe encontrarse subordinado al hombre de atrás, por lo que todos los presupuestos de la punibilidad deben concurrir en este último y referirse solo a él. Ese sometimiento puede darse por coacción, error, incapacidad de culpabilidad o por actuación de buena fe del instrumento.
- c) Existencia de un hecho doloso: Es indispensable además que se trate de un hecho doloso pues esta figura no es admisible en los casos culposos o imprudentes en los que no existe dominio del hecho.
- d) Que el tipo penal no requiera un autor idóneo: Debe tratarse de una descripción típica que no requiera realización corporal o personal de la acción típica por parte del autor como tipos de propia mano.

- e) Como mínimo un actuar con trascendencia penal: El instrumento debe realizar una conducta penalmente relevante pues si en su actuar se presente una de las causas de inexistencia se descarta la figura de la autoría mediata (Velázquez, 2009, p. 890-891).

3.2. Elementos de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder

A fin de identificar en qué casos estamos frente a la existencia de un delito cometido bajo el criterio de *autoría mediata por domino de organización y a través de aparatos organizados de poder*, se deben tener en cuenta los caracteres integradores del delito y por supuesto, del mismo autor.

De manera subsecuente, aparece entonces un conjunto de elementos derivados de este primer presupuesto, los cuales deben ser tratados paralelamente a la conceptualización del término de autoría mediata que esbozamos en un principio, debido a su trascendencia en la fundamentación de existencia del fenómeno de autoría mediata en razón de aparatos de poder organizados.

Por tanto, en segunda medida, debe visualizarse la existencia del autor mediato en aparatos organizados de poder. Ya habíamos citado anteriormente que básicamente, debe existir uno o -varios sujetos- que ostenten una posición jerárquica en la organización o maquinaria de poder. Ese papel implica la posesión de un mando y, por ende, el manejo de subordinados que están inmersos en un papel funcional que el aparato organizado les imprime, como lo explicaremos más adelante. Como expusimos líneas atrás, el autor tiene a su disposición todo el aparataje para la ejecución del delito. Esto se traduce, en que será autor mediato cualquiera que tenga a su disposición el aparato organizado de poder de tal forma que pueda dar órdenes a personas subordinadas a él- valiéndose de semejante fa-

cultad- para la realización de acciones punibles (Ambos, 1998).

Ya en un tercer momento, es posible inferir que existe una característica de fondo, evidente en cada paso que hemos analizado. Para Roxin, este es el factor decisivo para fundamentar que el dominio de la voluntad en tales casos (que se presenta como la tercera forma de autoría mediata, delimitada claramente con respecto al dominio por coacción y por error) reside, pues, en la fungibilidad del ejecutor (Ambos, 1998). Además, el último tipo de autoría mediata según los caracteres diferenciadores por dominio de la voluntad debe abstraerse de la consideración de autoría por coacción y por error. Se trata de un modelo de autoría que goza de características peculiares o "especiales", dentro de las cuales la cualidad fundacional radica en el carácter *fungible* del ejecutor.

Como tercer elemento, el carácter fungible o "cambiable" nos da a entender que el ejecutor no es un sujeto determinable para la comisión de un delito; ya veíamos cómo el autor puede tener plena certeza de que la ejecución del acto delictivo se llevará a cabo aun sin necesidad de conocer la identidad del ejecutor y aún más, sin requerir -o mejor incluso, "sin necesitar"- el asentimiento o no de dicho ejecutor. En consecuencia, el papel del ejecutor es de un simple engranaje, es decir, una función más ligada sistémicamente al aparataje de poder, el cual actúa "automática e independientemente", sustituyendo a factores funcionales reemplazables no decisivos para la ejecución del delito.

Finalmente como una característica residual, aunque no menos importante, no debe dejarse de lado que es determinante para la existencia de la autoría mediata por dominio de organización la comisión de delitos *al margen del ordenamiento jurídico*, pues es posible inferir interpretaciones que den lugar a la existencia de ordenamientos jurídicos que autoricen de manera típica actos antijurídicos de suma gravedad.

Quizá, introduciéndonos en la extensa realidad mundial e incluso en la historia, no es descartable esta posibilidad; no obstante a efectos de un estudio contemporáneo del derecho sobre el rol de la autoría mediata en aparatos organizados de poder, con una perspectiva internacional de los conflictos, es impensable la existencia de un ordenamiento que autorice la violación evidente de los derechos humanos, contradiciendo todo principio de la comunidad internacional y en últimas de la integridad humana en el ámbito global. Ello es diferente a catalogar la legitimidad de la que se valen tales organizaciones delictivas a partir de un ordenamiento legal y legítimo, para actuar al margen del mismo.

4. Identificación de la autoría mediata por dominio de organización

Según Roxin (2006), la fundamentación de la autoría mediata por dominio de organización se cimienta en varios puntos importantes, los cuales son, acorde con lo anteriormente dicho, indispensables para una comprensión global de la inclusión de esta teoría a la aplicación jurídica. Tal que para el autor, para aquellos que rechazan la adopción de la existencia de autoría mediata, los cuales fundamentan la solución por vía de la coautoría o la inducción. Veamos de qué manera pueden descartarse las razones de defensa para no apoyar la teoría del *autor detrás del autor*, y abrir paso, a su vez, al refuerzo de la fundamentación de la teoría sobre autoría mediata en aparatos organizados de poder.

Roxin (2006) arguye que los opositores de esta teoría se apoyan en tres errores:

El instrumento

En primera instancia, estamos frente a un instrumento que permite al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes. Tal instrumento no solo se conforma por aquel que ejecuta

directamente, materialmente, el delito. Quizá ni siquiera es el instrumento, sino más bien una función de este. No existe una relación *autor-ejecutor* sino *autor-instrumento*, donde en la última relación el ejecutor no cumple un papel indispensable para la ejecución del delito por su carácter cambiante, fungible. Ahora bien, en palabras de Roxin (2006):

El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Este está compuesto por una pluralidad de personas que están integradas en estructuras prestables, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado. El que actúa individualmente no desempeña un papel decisivo para el actuar de la organización porque puede disponer sobre muchos ejecutores dispuestos a hacer lo que se les pide (Ambos, 2008, p. 274).

Visibilidad del dominio

Tanto el ejecutor como el hombre de atrás poseen distintas formas del dominio del hecho, que no se excluyen entre sí. Evidentemente el ejecutor o autor material del delito poseerá el dominio de la acción, el cual se derivará de la consumación de un determinado acto del hecho (Ambos, 2008, p. 276). El hombre de atrás tiene, por su parte, el dominio de la organización, esto se traduce en la posibilidad de influir, como garantía de certeza, de que se llevará a cabo la producción de un resultado sin haber ejecutado el hecho de propia mano, valiéndose del aparato de poder a su disposición.

Certeza de resultado

Para Roxin, se necesita observar detenidamente el caso concreto a fin de determinar una conclusión o juicio preciso de autoría mediata. No se puede deducir autoría y dominio del hecho a partir de cualesquiera déficits del "instrumento", como existen por cierto, en el dominio mediante

coacción y error [del instrumento], sino que hay que fundamentarlas positivamente a partir de la posición del autor en todo el suceso. Esto significa en el caso concreto de la dirección de la organización que el dominio del hecho del hombre de atrás se basa en que puede a través del aparato que está a su disposición producir el resultado con mayor seguridad que incluso en el supuesto de dominio mediante coacción y error (Ambos, 2008). En otras palabras, el autor de esta teoría hace un llamado a una evaluación del contexto, en donde puede evidenciarse, en adición con los elementos señalados líneas atrás, que existe una altísima -e incluso quizás, total- certeza de que se llegará a un resultado, mediante la instrumentalización de la organización misma que, como hemos analizado, ya no hace dependiente la finalidad del delito del autor mediato, del ejecutor material en sí mismo por su carácter fungible, sino que estará mediada por la funcionalidad del aparato de poder.

Actuación al margen de la legalidad

Ya habíamos entrado en esta temática anteriormente, empezando por visualizar que existe la posibilidad de interpretaciones equívocas que den lugar a la observación de la actuación delictiva de los autores mediatos, valiéndose de aparatos organizados de poder, al tiempo que se sustenten en regulaciones jurídicas. Roxin no escapa a la complementación de este presupuesto, por lo cual ha establecido un comodín condicionante que él mismo denomina *Limitación del dominio de la organización a los aparatos al margen de la legalidad*, el cual analizaremos a continuación.

En principio, Roxin parte del hecho que hemos expuesto, es decir, la existencia de un ordenamiento jurídico que prohíbe la ejecución delictiva de un aparato organizado, por tanto, como ya lo habíamos mencionado, reglado institucionalmente:

De la estructura del dominio de la organización se deduce que éste solo

puede existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentra al margen del ordenamiento jurídico, puesto que en tanto que la dirección y los órganos ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las ordenes de cometer delitos no pueden fundamentar dominio, porque las leyes tienen el rango supremo y normalmente excluyen el cumplimiento de ordenes antijurídicas, y con ello el poder de voluntad del sujeto de detrás (Ambos, 2008, p.277).

Ahora bien, de tal manera, cuando una autoridad, inmersa en un Estado de derecho determina a sus subordinados a cometer delitos o imparte órdenes antijurídicas, ello deberá apreciarse solo como *inducción*, puesto que si todo el aparato se mueve por los cauces del derecho, "funciona" de la manera requerida por la estructura de dominio descrita únicamente al utilizar las vías preestablecidas por el ordenamiento jurídico (Ambos, 2008).

Es comprensible esta postura, en el entendido que es el mismo sistema jurídico el que autoriza determinados comportamientos que se valgan del uso de la fuerza con pie en la estructura organizada. Una instrucción antijurídica inmersa en el ordenamiento jurídico, mas no al margen de este, sencillamente no implica el despliegue de todo el aparato de poder con sus matices funcionales, sino solamente una conducta que se desvía de los cauces legales. En adición a esta última parte, consideramos que en ese entendido, se hace referencia a conductas leves, o menos graves que aquellas que se observan cuando se despliega toda una organización cuyo poder rebasa los límites del derecho, actuando al margen de este.

Esto lleva a determinar que para el dominio de la voluntad mediante un aparato organizado de poder, solo se considerarán dos manifestaciones:

- A) Primera forma básica de autoría mediata: acontece cuando aquellos que ostentan el poder estatal, con ayuda de organizaciones subordinadas a ellos, cometen delitos, pues usualmente solo es el poder estatal aquel que puede actuar al margen de la ley, e incluso se verá facilitado cuando no estén vigentes las garantías del Estado de derecho. Aun así, como ya lo habíamos mencionado, esta consideración no implica que quienes ostentan ese poder en un Estado totalitario no estén sometidos al derecho. Otra cosa es que la relación o vinculación jurídica no pueda contener ese poder, más aún si no hay capacidad de oponerse a él. En tales circunstancias, el aparato es visible y se comporta funcionalmente.
- B) Segunda forma básica de autoría mediata: ocurre en presencia de hechos cometidos por movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales y grupos semejantes. En este caso, dichas organizaciones deben caracterizarse no solo por tener un carácter independiente del cambio de los miembros concretos -fungibilidad-, sino que, además, estarán encaminadas a la realización de fines del aparato en su conjunto, de manera contraria al ordenamiento jurídico estatal. Según Roxin, debe tratarse de un "Estado dentro de un Estado". No obstante, deberá hacerse un análisis del caso concreto que evidencie si realmente existe una organización estructurada de poder con todos los rasgos estudiados, especialmente poniendo de manifiesto que la iniciativa puesta en marcha por el sujeto de detrás se realiza con independencia de la persona del ejecutor (Roxin, 2006).

Conclusiones

De acuerdo con lo expuesto en el presente artículo, podemos destacar, en principio, que el derecho penal colombiano no ha de ser indiferente frente a la evolución que el ordenamiento

jurídico permite impulsar, y que la doctrina ha desarrollado con la inmersión de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, a pesar de que los esfuerzos deben ser aun mayores y que con ello se busque evadir y erradicar la impunidad en la comisión de crímenes. Con ello se hace necesario el énfasis en el desarrollo doctrinal y su reflejo en la jurisprudencia, atendiendo a principios propios del derecho penal y con ello evitar y responsabilizar la impunidad por crímenes consumados a través de aparatos organizados de poder y que de ello devenga un hito jurídicamente hablando para incluso crímenes cometidos por altos mandos y superiores jerárquicos incluso antes de la entrada en vigencia de una ley que estipule dicha figura o de su adopción doctrinal y jurisprudencial, cuando de crímenes de lesa humanidad se trata.

En ese orden de ideas, podemos concluir, además, que bajo el influjo de la teoría del *autor detrás del autor*, ya expuesta por Claus Roxin, esta ha empezado a ser introducida lentamente por vía de la jurisprudencia nacional, que actualmente recibe el manejo de casos críticos en materia de graves lesiones a los derechos humanos. Por tanto, más allá de desarrollo doctrinal y jurisprudencial, se trata de un propósito importante, que busque combatir la impunidad, la reparación de las víctimas empezando por la verificación de los hechos y el conocimiento de la verdad, así como la garantía de no repetición y protección de los derechos humanos. Ello debe, además, contextualizarse en términos de la realidad colombiana en la cual persisten graves crisis atentatorias de la humanidad, y el derecho no puede ser estático ante esta situación. Por tanto, es indispensable que se determine la viabilidad jurídica de introducir la teoría de la *autoría mediata en aparatos organizados de poder* partiendo del desarrollo jurídico al que los hechos sociales, económicos y geopolíticos han dado lugar, sin dejar de lado la fundamentación que los derechos humanos permiten esgrimir, aún con más fuerza en los últimos años, desde las

márgenes del derecho internacional, el *ius cogens* de los derechos humanos, y el rol de peso que el derecho penal introduce por vía de principios jurídicos internacionales y con ayuda del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, respecto de los esbozos teóricos planteados en el artículo, podemos decir que la responsabilidad de un superior jerárquico en un aparato organizado de poder el cual usa como instrumento a un subalterno inferior es compatible con la aplicación de la teoría de la autoría mediata a través a aparatos organizados de poder y en virtud al artículo 23 del antiguo Código Penal de 1980, ya que a pesar de que este artículo no define directamente la calidad de autor mediato, se puede inferir que de acuerdo con las teorías y la doctrina desarrollada, que hace una interpretación extensiva y en concordancia a la literatura internacional (López, et. al., 2008). Sin embargo, por la pluralidad de calificaciones y calidad de responsabilidad se tendió a confundir y desnaturalizar la esencia y aplicabilidad misma de la figura de la autoría mediata por aparatos organizados de poder, pues de forma indiscriminada se llamaron a los acusados autores, determinadores, autores intelectuales, codeterminadores, coautores, etc.

Empero, y para finalizar, con la concesión del actual Código Penal del año 2000 (República de Colombia, 2000) y con el devenir delictivo de grupos armados paramilitares y guerrilleros, la interpretación del artículo 29 se ve abocada a la adopción de la figura de la autoría mediata para la determinación del concepto de autor, en este caso al tratarse de un instrumento responsable, se habla ya del *autor detrás del autor*, pero en esa medida la interpretación y aplicabilidad del artículo referenciado debe extenderse a las actuales características de las organizaciones de poder con mando responsable y jerarquía definida en la comisión de delitos, en las que aun se encuentran grupos al margen de la ley e incluso instituciones propias del Estado, haciendo uso del aparataje jurídico y político para

la comisión de delitos aun atentatorios contra la humanidad.

Referencias bibliográficas

- Ambos, K. (1998). *Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá, Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2008). *¿Cómo imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional?* Bogotá, Colombia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Universidad Externado de Colombia.
- Del Carpio, J. (2009). *Las víctimas ante los tribunales penales internacionales ad hoc*. Valencia, España: Tiran Lo Blanch.
- Ferré, J.; Núñez, M. & Ramírez, P. (2010). *Derecho penal colombiano Parte General*. Bogotá, Colombia: Ed. Ibáñez.
- Gutman, R. & Rieff, D. (2003). *Crímenes de guerra, lo que debemos saber*. Barcelona, España: Random House Mondadori S. L.
- Hassemer, W. (1990). *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona, España: Ed. Bosh.
- Huertas, O. & Torres, H. (2012). *El principio de jurisdicción o justicia universal-instrumento jurídico para combatir la impunidad en delitos de extrema gravedad en el ámbito internacional*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibáñez.
- López, C.; Ambos, K.; Malarino, E. & Guzmán, J. (2008). *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente*. Bogotá, Colombia: Ed. Temis.
- Luhmann, N. (2004). *Poder*. Barcelona, España: Anthropos.
- Márquez, Á. (2009). *La autoría mediata en el derecho penal: formas de instrumentalización*. Bogotá, Colombia: Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda.
- Maurach, R.; Heinz, K. & Zipf, H. (1995). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires, Argentina: Ed. Astrea.
- Pariona, R. (2009). *Autoría mediata por organización: consideraciones sobre su fundamentación y aplicación*. Lima, Perú: Ed. Jurídica Grijley.
- Presidente de la República de Colombia. (1980). *Decreto Ley 100 de 1980, por medio del cual se expide el Código Penal*. Colombia.

Prieto, R. (2009). *Crímenes de guerra. Infracciones y violaciones graves al derecho internacional humanitario*. Bogotá, Colombia: Ed. Ibáñez.

República de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000, por medio de la cual se expide el Código Penal*. Colombia.

Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid, España: Marcial Pons.

Roxin, C. (2006). El domino de organización como forma independiente de autoría mediata. Conferencia pronunciada el 23 de marzo de

2006 en la Clausura del Curso de Doctorado "Problemas fundamentales del Derecho Penal y la Criminología" de la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. *Revista de Estudios de la Justicia*, (7), pp. 11-22.

Soler, S. (1992). *Derecho penal argentino*. Buenos Aires, Argentina: Tea.

Velázquez, F. (2009). *Derecho penal, parte general*. Bogotá, Colombia: Librería Jurídica Comlibros.

Zaffaroni, E. (1988). *Tratado de derecho penal*. Ciudad de México, México: Ed. Cárdenas.