

LA AUTORÍA MEDIATA: AUTOR DETRÁS DEL AUTOR EN ORGANIZACIONES CRIMINALES: NARCOTRÁFICO, PARAMILITARES, GUERRILLERAS Y MAFIOSAS*

*Alvaro Enrique Márquez Cárdenas PH. D.***

RESUMEN

Con el presente escrito queremos buscar una aproximación a esta nueva forma de autoría al debate jurídico penal colombiano, frente a la problemática acerca de la responsabilidad penal de los sujetos que dirigen un "Aparato de Poder". Para algunos autores, quienes obran a través de una organización criminal jerarquizada, deben ser considerados como autores, para otros como coautores, y hay quienes estiman que estos sujetos sólo responden como partícipes. Sin embargo, de conformidad con los nuevos criterios de la dogmática penal moderna, se estima que los directivos de estas organizaciones son verdaderos autores mediatos. Este es el criterio que estimamos válido y el cual en este artículo nos proponemos plantear, precisando que en esta ocasión nos ocupamos de una segunda forma de autoría mediata: autor detrás del autor en la situación conocida en la doctrina extranjero como delincuente de escritorio.

PALABRAS CLAVE

Autoría mediata. Aparatos organizados de poder. Autor detrás del autor. Participación. Coautoría. Inducción. Complicidad.

ABSTRACT

With the present written we want to look for an approach to this new form of responsibility to the legal Colombian penal debate, as opposed to the problematic about the criminal responsibility of the individuals that direct a "Apparatus of Being able". For some authors, who build through a hierarchized criminal organization, they must be considered like authors, for others like coauthors, and there are some who they consider that these subjects only respond like contributor. evertheless, in accordance with the new criteria of the dogmatic penitentiary modern esteem that the directors of these organizations are truemediate authors. This is the criterion, that we considered

Fecha de recepción del artículo: 23 de septiembre de 2005.

Fecha de aceptación del artículo: 29 de septiembre de 2005.

* Este artículo constituye un primer avance de la investigación que realiza el autor sobre este problema en el Grupo Derecho Penal de la Universidad Libre, sede principal.

** Abogado Universidad Libre. Doctor en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Candidato a un segundo doctorado. U. Carlos III de Madrid. Especialista en Criminología. Instituto de Criminología, U. Complutense. Master en estudios políticos, Universidad Javeriana. Profesor de derecho penal y procesal. Ex magistrado.

valid and which in this document we set out toraise, needing that in this occasion we took care of one second form of mediate responsibility: author behind the author in the well-known situation in the foreign doctrine like delinquent.

KEY WORDS

Mediate responsibility. Apparatuses organized of being able. Author behind the author. Participation. Coautoria. Induction. Complicity.

INTRODUCCIÓN

El Código Penal aprobado mediante la Ley 599 de 2000 y que entró en vigencia a partir del 24 de julio del mismo año, trajo entre sus novedades, que interesa aquí referirnos, la mención expresa de una nueva forma de autoría. En su artículo 29 dice «*Autor es quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otros como instrumento.*» (s.n.). Es decir, en el derecho positivo colombiano es la primera vez que el legislador consagra esta figura en una norma penal. Esta forma de autoría fue también una novedad consagrada en el Nuevo Código Penal Español de conformidad con la Ley orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995 que en su artículo 28 expresa: «*Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumentos.*» (s.n.).

Así las cosas, de acuerdo a la dogmática penal moderna, en Colombia hay que reconsiderar la concepción sobre autor y participación en materia penal, donde sólo se tenía como autor: al inmediato y al coautor sin que se hiciera mención en la legislación la nueva figura que nos ocupa y que en nuestra opinión va a contribuir a la solución de muchos problemas de impunidad y de subsunción al tipo

penal, frente a quienes amparados en su actuar, utilizando a otros, y aprovechando en algunos casos la coacción, el engaño, el miedo, la inocencia de un tercero o la condición de inimputabilidad de un demente o un menor, los utilizan como instrumentos para llevar a cabo actos reprochables y punibles, y que muchas veces estos sujetos que han actuado a la sombra del autor material a quienes dominan, quedan al margen de la persecución del Estado.

PROBLEMA A INVESTIGAR

Este estudio consiste en determinar el verdadero sentido del art. 29 del Código Penal que trata la figura de la autoría mediata coautoría, buscando su legítimo 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 autoría mediata en el CP vigente? Si el CP sólo menciona una forma de autoría mediata, la de actuar utilizando a otro como instrumento? ¿Cómo se pueden entender y aplicar las otras formas reconocidas en el doctrina del derecho comparado de la autoría mediata: autor detrás del autor? ¿Cuál ha sido el desarrollo jurisprudencial del concepto de autoría mediata en Alemania y España?. La respuestas a estos y otros interrogantes nos van perfilando la necesidad de presentar elementos determinados y claros para definir esta forma de autoría mediata con fines prácticos.

METODOLOGÍA

Se trata de una metodología de investigación normativa, jurisprudencial y comparativa con la legislación y doctri-

La autoría mediata: autor detrás del autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas

na española y alemana, 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 una nueva forma de autoría poco conocida en nuestra legislación como: autoría mediata, y para ello consultamos los antecedentes doctrinarios, legislativos, el derecho positivo extranjero.

RESULTADO

Referencias de la figura del "Autor Mediato"

Esta clase de autoría aparece como producto de la evolución técnica-teórica del concepto de autor. El progreso del pensamiento jurídico habría llevado al convencimiento que el supuesto autor principal era únicamente aquél que ejecutaba el acto físico consumativo del delito; en el fondo era una idea meramente convencional de la doctrina, por no decir que era una afirmación arbitraria¹, toda vez que al lado de esta noción se perfilaba otro concepto de autor, denominado mediato, que se constituía como el motor *arminis*. Normalmente las teorías que se plantearon, partieron de una visión si se quiere primaria del problema, identificando ejecución del hecho con su realización fáctica. Lo que explica la pretensión permanente de asimilar el análisis de delito al de las ciencias físicas, o sea, a través de la causalidad natural.

En este sentido 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: el ánimo que mediaba en el sujeto, si había actuado con ánimo de autor, era autor, si con ánimo de cooperador, era cómplice (tesis subjetiva)².

Otra parte de la doctrina, sin separarse del principio de la ejecución material del hecho, recurrió a la noción del tipo para precisar el concepto de autor: lo es aquél que realiza el acto ejecutivo descrito por el tipo penal (tesis objetivo-formal). En ambas tendencias este motor del delito, que constituye el autor mediato, aparece fuera del esquema conceptual, pues no interviene en la causalidad natural, ya que es la persona que le sirve de instrumento, la que en verdad, externamente provoca el resultado; tampoco el autor mediato realiza una acción que pueda encuadrarse en la descripción del tipo penal; es el mediador quien la ejecuta³. Con el objetivo de superar en mejor forma este verdadero escollo, surge la tesis de dominio del hecho, que considera que la calidad de autor la confiere la titularidad de la facultad de disponer de la ejecución de hecho, interrumpirlo o abandonarlo; caracterizando la autoría en el dominio final del hecho, por tanto dominio del hecho lo tiene quien concretamente dirige la totalidad del suceso a un fin determinado⁴; autor es quien tiene el dominio del desarrollo del proceso ejecutivo⁵.

Con esta doctrina se creyó explicar por qué es autor aquél que actuaba en forma

¹ MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Tomo II. Bogotá, 1954, pág. 103.

² GARRIDO MONTT, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1986, pág. 301.

³ GARRIDO MONTT, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación. cit., pág. 302.

⁴ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios del Derecho Penal. Parte General. Tercera Edición. Madrid, Akal, 1994, pág. 215.

⁵ El dominio del hecho no explica la autoría en los delitos omisivos ni aquellos que importan la infracción de un deber. Cfr. Garrido MONTT, Mario. Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación. Chile, 1986, pág. 310.

mediata, pues también tenía las riendas del hecho, toda vez que poseía el dominio de la voluntad de la persona que usaba como medio de ejecución del delito.

No obstante, los mismos partidarios de esta doctrina, como Roxin, habían llegado a la conclusión de que el dominio del hecho no es el criterio único que permite determinar la autoría, sino un criterio más, junto a otros.

En la relación a la autoría mediata, en particular, se reconoce, en primer lugar, que aquí ya no es posible hablar del dominio del hecho como dominio de la acción, sino que el dominio funcional del hecho, porque lo que el autor mediato controla es la voluntad del mediador; el manejo de la acción como suceso fáctico está en manos de su realizador.

También se reconoce que en los delitos funcionarios la autoría mediata presenta modalidades especiales; aquí no sería el dominio del hecho lo que la constituye, sino que la infracción del deber. Según Roxin, en el caso de un funcionario que impulsa a un no funcionario a cometer un delito de peculado, por ejemplo, a pesar de que este último tenga el dominio del hecho, no sería cómplice; el funcionario sí que sería autor, porque sobre él pesa el deber de percibir el impuesto.

En verdad, como no existía una noción clara de la acción, no era posible, a su vez, contar con un fundamento sólido para determinar la autoría. La equiparación que hacía el derecho del comportamiento humano con los fenómenos físicos, considerándolo como uno más en el mundo de la naturaleza, le permitía segregar el movimiento material ejecutado de los aspectos subjetivos que lo motivaban, lo que hacía casi imposible asentar la autoría en otro soporte que no fuera la causalidad.

No obstante, es necesario ir más lejos, pues la autoría mediata sigue constituyen-

do uno de los escollos serios para dichas tesis. En esta especie de autoría, el realizador material del suceso no es autor, sino que lo es aquella persona que usa como instrumento a ese ejecutor; hay una autoría, de consiguiente, donde no es «causa» físicamente del evento; donde no se realiza una actividad descrita por el tipo penal y donde tampoco se tiene el dominio del hecho, lo que obliga a la última doctrina reseñada a realizar un injerto; el del dominio funcional de la acción, por cuanto lo que aquí se maneja es la voluntad de un tercero; el dominio es intelectual y se ejerce sobre la psiquis de otra persona.

OBRAR DENTRO DE UN APARATO DE PODER

En el presente acápite nos interesa plantear el fundamento jurídico respecto de la instrumentalización a través de aparatos organizados de poder. El dominio del hecho se alza para tratar de explicar por qué son autores mediatos de los delitos que directamente cometen los miembros plenamente responsables de una organización criminal, los sujetos que actúan en la cúpula de la organización. Se estima que el fundamento de la autoría, no deviene de la responsabilidad del dirigente de la organización criminal por su relación subjetiva con el hecho, sino por el control superior que tiene sobre él mismo, aunque los ejecutores no estén sometidos a coacción o a error.

Se busca conocer, si sólo deben ser responsables los ejecutores de la organización por los hechos delictivos que comete o si también debe hacerseles responsables, como autores o partícipes, a los dirigentes de la organización por su influencia, dando órdenes de ejecución, suministrando víctimas, aportando medios, es decir, utilizando su poder para cometer el hecho delictivo. No debe confundirse, este tipo de acciones delictivas

La autoría mediata:
autor detrás del
autor
en organizaciones
criminales:
narcotráfico,
paramilitares,
guerrilleras y
mafiosas

a través de una organización con las acciones que realizan el organizador del plan o el jefe de una banda⁶. Como explica Roxin⁷, no constituyen 'un aparato de poder' cuando se juntan varios sujetos para cometer hechos delictivos y eligen a uno de ellos como su jefe, ya que la comunidad de individuos descansa sobre las relaciones individuales de los partícipes entre sí, sin tener nada que ver con la fungibilidad de los miembros.

La fenomenología criminal de las organizaciones para el delito desarrolladas como empresas para sus objetivos delictuales, plantea particularidades que muchas veces el derecho positivo, esto es, los códigos penales vigentes, no precisan determinar la imputación de la responsabilidad jurídico-penal de cada uno de sus miembros.

La insuficiencia de la legislación criminal, generalmente se limita a regular los supuestos en que intervienen una o más personas no organizadas para cometer he-

chos punibles⁸. Los códigos penales en casi todas las legislaciones del mundo declaran ilícitas las organizaciones destinadas a fines delictivos⁹, regula tales asociaciones criminales y penaliza determinadas conductas¹⁰, agrava la responsabilidad de sus fundadores directores, también prevé una específica agravación de la responsabilidad para los que pertenezcan a bandas armadas, en los delitos de terrorismo y organizaciones que cometen hechos punibles contra la salud pública.

Los aparatos organizados de poder criminales presentan unas características por su especial forma de funcionamiento; por la calidad de la unión que liga a los diferentes miembros, donde es esencial la subordinación de unos respecto de otros, los ejecutores de delitos con respecto a los dirigentes de la organización, no actuando por cuenta propia ni en contradicción con las metas de su grupo u organización, sino como órgano ejecutor de la voluntad conductora de la cúpula, cuya autoridad reconoce; y el

⁶ DÍAZ Y GARCÍA Conlledo. La Autoría en Derecho Penal. pág. 673. Estima este autor que en el caso del organizador, planificador, directo o 'cerebro' del grupo de sujetos que cometen un delito, normalmente conocido como el 'jefe de la banda', si no realiza más actividad que ésta y no puede por las razones de que se trate en cada caso considerársele autor mediato del delito, nunca podrá considerársele coautor, porque no domina positivamente el hecho, porque deja en las manos de otro u otros (quienes realizan la acción típica, quienes dominan positivamente el hecho, los verdaderos coautores), que actúan conscientes y libremente, la realización del hecho típico; el jefe de la banda no será autor ni cuando dirija de algún modo la ejecución, ni cuando, aun no dando instrucciones durante la ejecución, las que ha dado antes produzcan su efecto durante ella, ni cuando dé instrucciones a distancia durante la misma, ni cuando esté presente en la ejecución dando instrucciones (la mayor proximidad de la actividad del organizador con la fase de ejecución servirá a lo sumo, para poner aún más de manifiesto el carácter necesario de esa actividad, que, por otra parte, se da, casi por definición, en todos los casos, si se trata de un auténtico 'jefe de la banda'. El cerebro organizador será inductor, si él ha hecho nacer en los verdaderos autores la resolución delictiva, si no será normalmente un cooperador necesario, es decir que, en cualquier caso, se le impondrá la pena del autor, sin necesidad de convertirlo en tal.

⁷ ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho en el derecho Penal, pág. 251; Díaz y García Conlledo. La Autoría en Derecho Penal, pág. 645; Gómez Benítez, José. Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. parte General, pág. 129.

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Cit., 1966, pág. 189. «...los art. 14 y ss (del anterior Código Penal) no están pensados para un delito como el de genocidio. Están pensados para hechos como éste: A convence a B y C para que vayan a robar a un piso cuyos moradores están de veraneo; D les proporciona las ganzúas y E una bolsa para meter en ellas las joyas.» Roxin. Autoría y Dominio del Hecho en el derecho Penal, pág. 143.

⁹ GARCÍA-PABLOS de Molina. Asociaciones ilícitas en el Código Penal. Bosch, 1978, págs. 145 y ss; Terradillos Basoco. Terrorismo y derecho, págs. 60 y ss.

¹⁰ Corresponde a los artículos del 515 al 521 del Código penal Español. El art. 515 establece» Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración: 1º las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión. 2º Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas. 3º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución. 4º Las organizaciones de carácter paramilitar. 5º Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de algunos de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.»

Alvaro E. Márquez
Cárdenas Ph. D

poder decisorio que se concentra en los dirigentes del grupo, destacándose que lo que se requiere es que los directivos de la organización criminal, para la comisión de los delitos, manejen la organización, aunque no sea toda, sino alguna parte de la misma que le esté subordinada. Por todo lo anterior, resultan factores que dificultan para establecer el fundamento de la responsabilidad en la que incurren los miembros pertenecientes a organizaciones criminales que no actúan directamente cometiendo los hechos, sino ordenándoselos a otros para que lo hagan amparados en el aparato de la organización¹¹.

Se pretende examinar la responsabilidad no sólo de los miembros ejecutores de las resoluciones delictivas de la organización, sino principalmente la de aquéllos otros que sin intervenir materialmente en los hechos delictivos ostentan una posición relevante en la toma de decisiones, esto es, están en la cúpula de la organización o en un grado intermedio entre dirigentes y ejecutores.

Roxin establece dos supuestos: 1) El más significativo, en que quien detente el poder del Estado comete delitos con ayuda de organizaciones que le están subordinadas, operando el poder estatal al margen del derecho y 2) los hechos cometidos en el marco de movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas delictivas y otras asociaciones criminales, como serían grupos mafiosos, paramilitares o guerrilleros de ámbito militar debidamente jerarquizadas. Presupuesto de esta forma de autoría mediata es que el aparato de poder que utiliza la autoría mediata se haya separado en su totalidad de las normas jurídicas. En tanto que la dirección y los órganos de ejecución estén unidos a un orden jurídico independiente de ellos;

ordenar acciones delictuosas no fundamenta el *domino del hecho*, porque las leyes conservan su rango superior y la sola ejecución de la orden ilegal, en tal caso, excluye el poder de voluntad del determinador¹². Por ejemplo, cuando en un Estado de Derecho los altos funcionarios ordenan acciones ilegales a sus subordinados, solamente existe inducción, en tanto que no haya autoría mediata por otras razones.

Esta construcción ha provocado una división en la doctrina, no sólo en no aceptar algunos autores la figura del autor mediato en esta situación, sino en no reconocer la base fáctica de la intervención de los dirigentes de un aparato de poder como un caso auténtico de autoría, por lo que se han utilizado casi todas las categorías de autoría y participación (coautoría, inducción o cooperación necesaria) de la *codelinquencia* para hacer responder a los directivos por los fines delictivos llevados a la práctica a través de sus ejecutores.

En la actualidad la jurisprudencia de los tribunales alemanes parte de que el hombre de atrás, a pesar de ser el instrumento un sujeto responsable, tiene *domino del hecho* cuando «aprovecha determinadas condiciones marco preconfiguradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados». De acuerdo con esta posición, para Kai Ambos, este tipo de condiciones marco pueden existir especialmente en estructuras de organización de carácter estatal, empresarial o próximas a un negocio, así como en el caso de jerarquías de mando: si en tal caso 'el hombre de atrás actúa en conocimiento de estas circunstancias, especialmente, si

¹¹ HERNÁNDEZ PLASENCIA, José. La Autoría Mediata. Cit., pág. 157.

¹² CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. La Autoría mediata. Costa Rica, pág. 122.

La autoría mediata: autor detrás del autor en organizaciones criminales: narcotráfico, paramilitares, guerrilleras y mafiosas

aprovecha la disposición incondicional del autor material a realizar el tipo, y si el hombre de atrás desea el resultado en cuanto consecuencias de su propio actuar' será autor mediato. Para ello, ni siquiera es preciso que el hombre de atrás sea un sujeto con facultades de decisión política; también el comandante de un regimiento de tropas de frontera puede convertirse, mediante una orden de disparar (realizada mediante actos concluyente) a un subordinado, en autor mediato del homicidio cometido por este¹³.

En la dogmática jurídica se ha discutido, si en los casos del hecho cometido a través de un aparato de poder se dan otras figuras propias de la autoría o de la participación, veamos:

1. TESIS DE LA COAUTORIA

Precisando una definición para efectos de establecer su extensión en los casos de 'los aparatos organizados de poder', nos indica el profesor Bacigalupo que son coautores 'los que toman parte en la ejecución del delito codominando el hecho¹⁴'. Lo que se caracteriza como un dominio funcional, en el sentido de que cada uno de los coautores tiene en sus manos el dominio del hecho a través de la parte que le corresponde en la división del trabajo. Siendo decisivo en esta forma de autoría una aportación objetiva al hecho por parte del coautor. Habrá codominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio de la

ejecución de tal naturaleza que sin ella aquél no hubiera podido cometerse¹⁵

Es decir, la coautoría se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva de la realización del tipo, codominando el hecho entre todos¹⁶. En la coautoría deben darse los siguientes requisitos: a) la necesidad que exista una decisión conjunta de realizar el hecho delictivo. Este común acuerdo será lo que encadene unas aportaciones a otras y le de sentido de división de funciones dentro de la globalidad de contribuciones que dan lugar a la realización del tipo. b) es preciso que todos y cada uno de los intervinientes dominen el hecho. Como indica Roxin, el que coactúa ha codecidido hasta el último momento sobre la realización del tipo¹⁷ y c) el coautor tiene que realizar la aportación en fase ejecutiva.

Un sector de la doctrina alemana mantiene que las acciones delictivas derivadas de los aparatos organizados de poder responden mejor a la idea de compartir el dominio del hecho entre dirigentes y ejecutores que a la existencia de una relación de subordinación entre ellos. Según esta dirección doctrinal, la idea que mejor caracteriza los hechos ejecutados a través de un aparato organizado de poder, con independencia de cuáles sean las funciones que cada uno realiza y los intereses que cada uno tenga, es la de una obra conjunta, que se lleva a cabo de mutuo acuerdo, dando lugar a acciones delictivas que pueden imputarse individualmente a

¹³ AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad, en virtud de aparatos organizados de poder. Cit, pág. 123. El autor abandona la teoría subjetiva y se suma de modo completo a la teoría objetiva de dominio del hecho. En contra de ello parece abogar el hecho de que siga tomando como punto de referencia la 'voluntad de tener el dominio del hecho', realizando tan sólo -al igual que en los casos normales de autoría mediata- correcciones objetivas mediante los criterios de la teoría del dominio del hecho.

¹⁴ BACIGALUPO ZAPATER. Enrique. Principios de derecho penal. Parte general. Cit 4ª ed., pág. 365.

¹⁵ BACIGALUPO ZAPATER. Enrique. Principios de derecho penal. Parte general. Cit., pág. 366.

¹⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Akal, 1996, págs. 45 y ss.

¹⁷ ROXIN. Sobre la autoría y la participación en el derecho penal. traducido por el profesor Bacigalupo. En: Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. Homenaje al profesor Jiménez de Asúa. Buenos Aires, pág. 67.

Alvaro E. Márquez
Cárdenas Ph. D

cada uno de los componentes del aparato de poder, por tanto constitutivas de una coautoría.

Así, Hirsch menciona la posibilidad de la autoría mediata con base en la existencia de un aparato organizado de poder, pero termina cuestionando esta posición, ya que el ejecutor inmediato puede adoptar una decisión psíquicamente libre sobre su acción, lo que resultaría imposible cuando en virtud de una orden concurren en él el fundamento de un estado de necesidades exculpantes, pero si no es así, la autoría mediata queda excluida, dejando la posibilidad de apreciar un supuesto de coautoría¹⁸.

También Jescheck¹⁹ y Samson rechazan la figura del autor mediato en estas situaciones y sólo la admiten por utilización de un aparato organizado de poder, cuando el ejecutor no actúa de manera totalmente responsable. Jescheck sobre la posibilidad de la autoría mediata en su opinión «sólo puede admitirse cuando el ejecutor no pueda ser considerado en sí mismo como autor plenamente responsable, pero si lo es, el sujeto que permanece en la central es, precisamente porque domina la organización, coautor»²⁰.

Jakobs estima superflua la construcción de la autoría mediata para incriminar a los directivos que manejan los aparatos de poder. Esta tesis la considera demasiado

restrictiva ya que la teoría del dominio del hecho exige una aportación en el momento en que da comienzo la tentativa del delito, y además la figura de la autoría mediata no cubre todos los intervinientes en el hecho colectivo. Estima además que la intercambiabilidad del ejecutor en realidad no ofrece ninguna especialidad que, por sí sola, pueda fundamentar esa forma de dominio del hecho²¹.

Para Jakobs el caso del aparato organizado de poder es innecesario y falso tener al determinante como autor mediato. Es innecesario, porque en tales casos se puede tener al determinante como coautor²², y en cualquier caso, como inductor. Pero también es falso, porque no es cierto que en tiempos del régimen nazi hubiera una organización para hacer algo común.

La tesis de la coautoría es criticada por la doctrina, en el sentido que faltarían los requisitos del acuerdo y la ejecución comunes, ya que 'la pertenencia a la organización' no es un elemento suficiente para integrar la resolución delictiva común propia de la coautoría. Además, si bien el sujeto de atrás tiene una cuota de dominio sobre el hecho, éste no se actualiza tampoco en la fase de ejecución del delito, con lo cual es cuestionable el propio dominio²³. De esta manera, se prescinde en estos casos para construir la coautoría de su elemento subjetivo, el acuerdo común. Bastando únicamente la

¹⁸ HIRSCH. Acerca de los límites de la Autoría Mediata. Cit., pág. 118.

¹⁹ JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Cit., pág. 928. «...se admite también con frecuencia un dominio del hecho basado en el aparato de poder de una organización, de modo que el sujeto que actúa tras una mesa de despacho pero en cuyas manos está la organización, aparezca siempre como autor mediato. Esta opinión sólo puede admitirse cuando el ejecutor no pueda ser considerado en sí mismo como autor plenamente responsable».

²⁰ JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Cit., pág. 935.

²¹ JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación. 2ª Ed. 1997. Cit., págs. 784 y 785.

²² JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos Jakobs. Cit., pág. 794 dice este autor que 'La construcción de la autoría mediata es nociva, porque, en los hechos de la época del régimen nacional-socialista, encubre la vinculación organizativa de todos los intervinientes, ni muchos menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: Sólo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien la ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas'.

²³ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en el derecho Penal. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano. Marcial Pons. Barcelona. 1998, pág. 280. Cerezo Mir. Problemas fundamentales. Cit., pág. 176

La autoría mediata:
autor detrás del
autor
en organizaciones
criminales:
narcotráfico,
paramilitares,
guerrilleras y
mafiosas

pertenencia a la organización. También es relevante el tipo de relación que existe entre quienes toman la decisión común de consumir el delito, pues, como apunta el profesor Bacigalupo, hay que averiguar si se da una relación igualitaria de uno o unos respecto de otro u otros: «para la existencia de coautoría es necesario que no haya subordinación a la voluntad de uno o de varios que mantengan en sus manos la decisión sobre la consumación del delito»²⁴. Sin embargo, es innegable que casi siempre existe algún tipo de subordinación entre los que dirigen una organización criminal y los ejecutores que cumplen las decisiones de quienes les ordenan, pues el organizador o jefe siempre tiene una preeminencia sobre los demás colaboradores que le permite la dirección de la actividad delictiva, la planificación, utilización de medios y la escogencia del lugar y modo de operar.

Además que el acuerdo común, es preciso que el coautor realice una aportación objetiva al hecho²⁵ y que sea formalmente típica o, en otro caso, interdependiente de ésta en la fase de ejecución del delito.

Si seguimos la teoría del domino funcional del hecho, en muchas ocasiones, los que se encuentran en la cúpula de la organización no poseen un dominio actual, quedando éste reservado únicamente para los que actúan de modo directo. Pero si tal dominio tuvo expresión en la fase preparatoria del delito, en que cada miembro de la organización tuvo la oportunidad de colaborar, -incluso en esta fase llegan a intervenir dominando el hecho todos aquéllos a

lo que luego se quiere responsabilizar como coautores-, es decir, que son distintos los miembros que intervienen en una fase y en otra y son valorativamente distintas las aportaciones de uno y otros, y sin embargo las consecuencias son las mismas, pues unos dan las órdenes, otros se dedican a transmitir las hasta que llega el ejecutor y es éste que directamente realiza el tipo.

2. TESIS DE LA AUTORIA ACCESORIA

En la autoría accesoria dos o más personas sin común acuerdo, actuando cada una de forma independiente y desconociendo la actuación de la otra o de las otras, producen el resultado típico. Caso que no pueden tratarse como una coautoría por faltarle precisamente la decisión común²⁶.

Bockelmann²⁷ cree que en el caso del asesino de escritorio, lo que existe entre quien da la orden y el ejecutor, que es su 'longa mano', es autoría accesoria. Este autor excluye la autoría mediata con el argumento de que quien ejecuta la orden no puede considerarse simple instrumento del determinador. Contra este argumento de Bockelmann ha dicho Roxin²⁸ que el ejecutor, a pesar de su responsabilidad penal plena por el hecho realizado, es realmente un instrumento del autor mediato, por el carácter fungible que tiene dentro de la organización.

Además, la tesis de Bockelmann no tiene en cuenta que la autoría accesoria se caracteriza porque la acción de cada uno de los autores, es una serie casual que lleva al resultado, pero que es inde-

²⁴ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. 4ª Ed. 1997, pág. 228.

²⁵ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios. Cit., pág. 228. 'sólo mediante este aporte puede determinarse si el partícipe tuvo o no el domino del hecho y, en consecuencia, si es o no coautor'.

²⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Cit., pág. 78.

²⁷ BOCKELMANN. Strafrecht. Cit., pág. 195.

²⁸ Así, ROXIN. LK. Parag. 25, Anm. 90.

pendiente, porque no se fusionan con la acción del autor²⁹.

Es decir, que las acciones de los autores accesorios son series causales que van al mismo resultado, pero como líneas paralelas, que no convergen; pero en el caso de la autoría mediata un aparato organizado de poder, son acciones convergentes la del determinador y la del ejecutor, esto es, ambas causalidades están enlazadas conscientemente una con otra.

3. TESIS DE LA INDUCCIÓN

Inductor es aquél que hace nacer en otro la resolución criminal de realizar un hecho antijurídico. Es decir, el inductor determina a otro a la comisión del hecho creando en él la idea delictiva³⁰. La inducción ha de ser directa y terminante, es decir, referida y concretada a una persona determinada y con la finalidad de decidirla a realizar un delito preciso, por lo que la inducción debe presentarse de forma clara e inequívoca. Como explica el profesor Bacigalupo, 'la inducción a un delito en que el autor ya está decidido a cometerlo, es por lo tanto, imposible'³¹.

Los delitos cometidos a través de aparatos organizados de poder se realizan por personas plenamente responsables –el ejecutor es autor inmediato –; cabe plantearse la hipótesis de que a los miembros dirigentes y demás componentes de la organización sólo pueda imputárseles el hecho a título de participación, como inductores o cómplices de los que voluntariamente acepta determinados en-

cargos delictivos cuando responde a sus intereses o ideología.

Gimbernat Ordeig, es quien mejor defiende esta tesis de la inducción como forma de incriminar a los directivos de los aparatos organizados de poder. Para este penalista³², los aparatos organizados de poder no fundamentan la existencia de una autoría mediata en el que da o recibe la orden y a su vez ordena que se asesine a un número determinado de personas. Plantea su tesis en el caso del exterminio de los judíos por el régimen nazi en Alemania, - delito de genocidio-; entiende, que todos lo que realicen actos ejecutivos deben responder como autores, puesto que la energía criminal en ellos es superior al que sólo transmite la orden que ha recibido de su superior, el cual sería el determinador. Estima que lo realizado por Hitler y por sus cercanos, en quienes surgió la idea criminal del genocidio y la manera de cometerlo, convenciendo a otro para que lo llevaran a cabo, a estos dirigentes han de ser calificados de inductores³³. Afirma «Hitler y algunos otros jefes nazis son inductores de todos los delitos cometidos dentro del marco de la llamada solución final de la cuestión judía. Era la voluntad del llamado 'Führer' o de algún otro nazi prominente como Himmler la que determinaba a los miembros del aparato a actuar. El ejecutor no actuaba porque se lo dijese el sargento que le transmitía la orden; sino porque sabía que ésta correspondía a la voluntad de Hitler»³⁴.

A esta construcción también se ha opuesto Roxin³⁵, indicando que la relación de

³⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. Autoría y participación. Cit., pág. 133.

³¹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Principios. Cit., pág. 384.

³² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor y Cómplice en Derecho Penal. Cit., pág. 187.

³³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor... Cit., pág. 189.

³⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Autor... Cit., pág. 192.

³⁵ ROXIN. GA 1963. Págs. 201 y ss.

La autoría mediata:
autor detrás del
autor
en organizaciones
criminales:
narcotráfico,
paramilitares,
guerrilleras y
mafiosas

los hombres de atrás con los ejecutores no se corresponde estructuralmente con una inducción puesto que los primeros manejan el aparato; la inducción podría parecer sólo respecto de sujetos situados fuera del aparato, o bien respecto de los que estando dentro de él no la han puesto en funcionamiento para llevar a cabo el delito, valiéndose únicamente de su influencia o superioridad sobre el ejecutor directo.

Si se observa, la labor del inductor se centra en promocionar de modo ineludible la resolución delictiva en otro sujeto, dejando al margen la libertad ejecutiva de éste. Los dirigentes del aparato son los que suelen dar la orden de ejecutar el delito, acatada y realizada por el ejecutor, pero en modo alguno puede decirse que la resolución delictiva la toma éste sin que cuente para nada la orden recibida. Es más, la orden que recibe es el factor desencadenante de su resolución.

Además, suele ocurrir que en la mayoría de los casos el ejecutor, simple *tuerca fungible* del aparato, ya esté decidido plenamente a ejecutar los delitos que le sean ordenados³⁶. En tanto en la inducción supone determinación a otro para cometer el delito, y en estos casos el ejecutor ya está determinado, estamos en presencia de un caso de «omni modo facturus». Lo que no hace posible la inducción.

4. TESIS DE LA COMPLICIDAD O COOPERACIÓN NECESARIA

Es una tesis propuesta por el profesor José Hernández Plasencia³⁷, para quien la fungibilidad del ejecutor en las organizaciones de poder no es factor, decisivo

para admitir un dominio del hecho en quien las dirige planificando, aportando medios y ordenando las acciones delictivas. Tener un aparato de poder en las manos no es decisivo porque no consigue por sí una instrumentalización del ejecutor, cuando sin estar sometido a error o coacción hace propia la influencia que recibe de sus dirigentes. Estima, que podría entenderse que los ejecutores de los delitos en realidad funcionan como meros instrumentos, pero para este autor, no es válida la instrumentalización en la autoría mediata cuando el propio sujeto la asume voluntariamente.

Cree que la fungibilidad es un argumento que se vuelve contra la construcción de la autoría mediata. Porque si se acepta que el concreto ejecutor puede negarse a cumplir la orden, y ello en virtud de una resolución libre de su voluntad, entonces es que la influencia que está recibiendo a través de esa orden es constitutiva únicamente de inducción³⁸. No puede afirmarse que el hecho desde su raíz responde a una autoría del sujeto de atrás porque lo que debe valorarse es el caso concreto, y si bien puede ser cierto que los ejecutores son fácilmente reemplazables, si alguno se puede negar libremente, como lo debe estar antes de recibir la orden, ya evidencia que no estamos ante un dominio de la decisión de los dirigentes; el dominio lo tendrá sobre la organización, pero no sobre el que ejecuta materialmente la acción; lo que resulta que la cualidad lesiva del comportamiento del sujeto de delante no es dominada por los sujetos de atrás. Por lo que concluye que los dirigentes de los aparatos organizados de poder, que operan con personas fungibles para cometer los delitos, se asimilan en mayor medida

³⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO. Comentarios I, pág. 848; Baldo Lavilla. ADPCP. 1989, pág. 1106.

³⁷ HERNÁNDEZ P. La autoría mediata. Cit., pág. 260.

³⁸ HERNÁNDEZ P. La autoría mediata. Cit., pág. 265.

a la figura de la complicidad o cooperación necesaria³⁹.

Toda vez, que en estos casos los directivos como cooperadores necesarios aportan al hecho punible un conjunto de actividades, donde se mezclan actos de inducción con otros consistentes en la aportación de medios materiales y formas de llevar a cabo la ejecución, como reclutamiento de las víctimas o proporcionando información sobre ellas, etc. Los que realizan todos esos actos y los ponen a disposición de otras personas pueden entenderse como colaboración imprescindible.

Esta tesis es criticable por lo poco adecuado de la participación, si pensamos en el papel tan fundamental que desempeñan los directivos de los aparatos organizados de poder, pues son precisamente los principales autores que desencadenan el hecho punible, a pesar que el ejecutor estuviera en cierta manera, por pertenecer a la organización, predispuesto a la comisión del delito.

5 TESIS DE LA AUTORÍA MEDIATA

Descartadas las vías de la coautoría, la autoría accesoria, la inducción y la cooperación necesaria, consideramos que la figura de la autoría mediata permite determinar mejor la responsabilidad penal para incriminar los que manejan los aparatos organizados de poder.

La autoría mediata por el dominio de un aparato de poder organizado, es una forma independiente de autoría mediata, cuya esencia no está, como en la autoría mediata común, generalmente en la coacción ejercida sobre el instrumento o en la situación de error en que se encuentra.

Esta forma de autoría mediata existe en los casos en los que el autor mediato utiliza un aparato de poder para la ejecución de los delitos, y que la doctrina conoce como «autor detrás del autor».

Quien domina la maquinaria de poder, - como ocurrió en el régimen nazi, como ocurre en las bandas de ganster o mafiosas -, y dan una orden delictuosa, tiene una autoría propia del hecho, independientemente de la autoría del ejecutor, pues la estructura del aparato de poder le asegura la ejecución de la orden, independientemente de la individualización del ejecutor.

5.1 Dominio de virtud de la organización de poder

Lo que confiere autoría mediata a quienes dominan una maquinaria de poder, es precisamente el dominio de la estructura de poder y además, la circunstancia de que el ejecutor es fungible, pues es una pequeña pieza intercambiable dentro de la maquinaria de poder⁴⁰, de tal modo que si resistiera la orden, su resistencia generaría la realización del «trabajo» por otro. La petición de que se realice el hecho, que hace quien domina la organización, normalmente constituiría inducción, porque el ejecutor posee la libre decisión en la realización de hecho. Pero en tales casos tiene el efecto de fundamentar autoría mediata, pues incluso en caso de negativa del ejecutor, la ejecución de la orden siempre se realiza, porque ella lo será por otra «pieza» de la maquinaria.

5.2 Criterio dogmático acerca de la fungibilidad

Partiendo, entonces, como indicábamos arriba, del hecho de que los ejecutores son intercambiables, no siendo siquiera

³⁹ HERNÁNDEZ P. La autoría mediata. Cit., pág. 266.

⁴⁰ Así, ROXIN. Roxin, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en el derecho Penal. Cit., pág. 243.

La autoría mediata:
autor detrás del
autor
en organizaciones
criminales:
narcotráfico,
paramilitares,
guerrilleras y
mafiosas

necesario que el hombre de atrás los conozca, éste puede confiar en que se cumplirán sus instrucciones, pues aunque uno de los ejecutores no cumpla con su cometido, inmediatamente otro ocupará su lugar, de modo que éste mediante su rechazo a cumplir la orden no puede impedir el hecho, sino tan sólo sustraer su contribución al mismo. Por consiguiente, los ejecutores tan sólo son 'ruedas' intercambiables 'en el engranaje del aparato de poder'⁴¹ como indica Roxin. De modo que la figura central en el suceso –a pesar de la pérdida de cercanía con el hecho– es el hombre de atrás en virtud de su 'medida de dominio de organización'⁴²

Para afirmar la concurrencia de dominio del hecho en éste, no es decisiva la acción del ejecutor, sino únicamente el hecho de que 'pueda dirigir la parte de la organización que se encuentra a sus órdenes, sin tener necesidad de hacer depender la realización del delito de otros'⁴³.

De acuerdo con lo anterior, desde este punto de vista puede entrar en consideración como autor mediato cualquiera que esté incardinado en un aparato de organización de tal modo que pueda dar órdenes a personas subordinadas a él y haga uso de esa facultad para la realización de acciones punibles.

5.3 Dominio por organización en virtud de fungibilidad. Tesis de Roxin

Esta forma de autoría mediata, en virtud de la organización del poder, fue utilizada por la doctrina alemana para poder tener como autores no solamente a

los ejecutores de los crímenes nazis, sino también a quienes dieron las órdenes. Autor mediato era quien estaba en la cúspide de la organización y es el llamado 'asesino de escritorio'.

Ha sido Roxin quien con mayor autoridad ha intentado argumentar, con la teoría del dominio del hecho la autoría mediata, teniendo como referencia de aplicación el aparato de exterminio nazi. Pero esos mismos criterios de autoría mediata mediante un aparato de poder organizado, puede aplicarse en los casos de bandas terroristas, se trate de terrorismo contra el Estado o de terrorismo de Estado, de delitos cometidos por agencias internacionales de espionaje⁴⁴, grupos de mafias o paramilitares, caracterizadas por su jerarquización.

En el delito de genocidio sostiene Roxin⁴⁵, la mayoría de las veces la autoría mediata de los que manejan el aparato organizado de poder no puede fundamentarse, como en los casos normales de la autoría mediata, en que el ejecutor actúa por coacción, miedo insuperable, estado de necesidad o como consecuencia de ser víctima de un error. Pero si de otra manera: Un aparato de poder se caracteriza por desarrollar su vida independientemente del estado cambiante de sus miembros. Funciona sin que ello dependa de la persona individual del ejecutor, es decir funciona 'automáticamente'. No es difícil imaginar en un régimen dictatorial que el Estado instale un aparato de poder para la eliminación de personas o grupos de personas poco gratas.

Estos presupuestos y hablando con imágenes, explica Roxin⁴⁶, el que desde de-

⁴¹ ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en el derecho Penal. Cit., pág. 245.

⁴² ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho en el derecho Penal. Cit., pág. 247.

⁴³ ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho en el derecho Penal. Cit., pág. 248.

⁴⁴ CASTILLO González. La Autoría mediata. Cit., pág. 122.

⁴⁵ ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho en el derecho Penal. Cit., pág. 240.

⁴⁶ ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho en el derecho Penal. Cit., pág. 240.

Alvaro E. Márquez
Cárdenas Ph. D

trás, instalado en cualquier posición del cuadro de mandos, aprieta el botón y requiere la comisión de un homicidio, puede confiar que se cumplirá la orden sin que necesite conocer al ejecutor. No es preciso siquiera que acuda a los medios de coacción o del engaño. Pues sabe que si uno de los numerosos órganos que cooperan a la realización del delito elude su tarea, aparecerá otro inmediatamente en su lugar sin que se perjudique la realización del plan total.

El factor decisivo para la fundamentación del dominio de la voluntad en tales casos es el factor de la fungibilidad, lo cual lo hace aparecer como una tercera forma de autoría mediata, diferente de la forma de dominio basado en la coacción y el dominio basado en el error. Si se medita, dice Roxin, cómo se puede elegir de modo decisivo y sin actuar de propia mano el acontecimiento efectuado por otros, son imaginables sólo tres medios: Se puede coaccionar a la gente; se le puede hacer intervenir, respecto de las circunstancias decisiva para la autoría como factor casual ciego, o, si el ejecutor no es engañado ni coaccionado, tiene que ser intercambiable a discreción. En esta tercera manera de autoría mediata, que es la que nos interesa, no falta, por consiguiente, la libertad ni la responsabilidad del ejecutor material, que ha de ser castigado como autor culpable e inmediato. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio del que actúa de detrás, pues desde su punto de observación, el agente no aparece como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima e intercambiable⁴⁷.

El ejecutor a pesar del dominio de la acción, es al mismo tiempo, una rueda

en el engranaje del aparato que puede ser sustituida en cualquier momento; esta doble perspectiva eleva al que actúa desde detrás junto al autor inmediato, al centro del acontecimiento.

En consecuencia para el que se halla intercalado en cualquier lugar del aparato de la organización, de tal forma que puede dictar órdenes a personas a él subordinadas, es, en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde, autor mediato si emplea sus facultades para la realización de hechos punibles. Es irrelevante el que actúe por propia iniciativa o en interés y por encargo de instancias superiores. Pues lo único decisivo para su autoría es que puede maniobrar la parte de la organización que le está subordinada.

A MANERA DE CONCLUSIONES

Según la tesis de Roxin, que constituye doctrina aceptada, el dominio de la voluntad también puede obtenerse a través de los llamados aparatos organizados de poder, en la que la preponderante posición que ocupan en ellos unos o varios sujetos, los convierte en autores mediatos de los delitos que ejecutan sus miembros. Para el autor alemán esta forma de autoría mediata es independiente de la forma de la coacción y del error; su fundamento se encuentra en la fungibilidad de los miembros de la organización criminal, que llevaban a cabo la ejecución de las órdenes, y estos son meros instrumentos de los que se encuentran en la cúpula del aparato cuando les ordenan la comisión de un delito⁴⁸.

En resumen, en esta tesis el dominio estaría siempre en el sujeto de atrás puesto

⁴⁷ ROXIN. Autoría y Dominio del Hecho en el derecho Penal. Cit., pág. 241.

⁴⁸ ROXIN. Autoría y Dominio..., págs. 242 y ss.

La autoría mediata:
autor detrás del
autor
en organizaciones
criminales:
narcotráfico,
paramilitares,
guerrilleras y
mafiosas

que la estructura del aparato garantiza el cumplimiento de la orden independientemente de la individualidad del ejecutor inmediato⁴⁹, pues aunque en alguna ocasión el miembro de la organización al que se le ha dado la orden de cometer el delito se negara a ejecutar el hecho, debido a la fungibilidad del ejecutor dentro del aparato de poder, podría sustituirse automáticamente por otro, con lo que el delito de todas formas se ejecutaría⁵⁰. Lo decisivo es que el autor de atrás domine parte de la organización que le permita que otro miembro de la organización ejecute un delito, con lo que pueden presentarse una cadena de autores mediatos hasta que sus actividades desemboquen finalmente en la ejecución de delito por parte de autor inmediato⁵¹. No se descarta, sin embargo, la participación pero ésta sólo tiene lugar cuando la actividad del miembro de la organización no consista en el

manejo autónomo del aparato, sino en asesoramiento, en el desarrollo de planes o en proporcionar instrumentos o medios para cometer los delitos⁵².

En nuestro criterio esta teoría no contradice la normativa vigente en Colombia. Como quedó indicado, ni la coautoría ni la inducción ni la complicidad primaria resultan insuficientes para fundamentar la actuación del determinador del delito en una estructura organizada de poder, en las que los ejecutores son piezas cambiables. La tesis de Roxin permite reprimir adecuadamente al determinador y al ejecutor que actúan dentro de un aparato de poder jerarquizado. De esta manera, el 'autor de la mesa de despacho' con capacidad para dictar órdenes dentro de la organización, a personas subordinadas a él, sería el autor mediato.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. Dominio del hecho por dominio de voluntad en Virtud de aparatos organizados de poder. Traducción de Manuel Cancio Meliá. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1998.

ANTÓN ONECA, José. *Derecho Penal*. 2a. Edic. Madrid, Akal, 1986.

ARROYO DE LAS HERAS, Alfonso. *Manual de Derecho Penal. El Delito*. II. Pamplona, 1985.

BACIGALUPO, Enrique. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4a. ed. Madrid, Akal, 1997.

-*La Noción de Autor en el Código Penal*. Buenos Aires, Abelo-Perrot, 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.

⁴⁹ ROXIN. Autoría y Dominio..., pág. 245.

⁵⁰ CASTILLO GONZÁLEZ. La Autoría...Cit., pág. 118. El presupuesto de esta forma de autoría mediata es que el aparato de poder que utiliza el autor mediato se haya separado en su totalidad de las normas jurídicas. En tanto que la dirección y los órganos de ejecución estén unidos a un orden jurídico independiente de ellos, ordenar acciones delictuosas no fundamenta el dominio del hecho, porque las leyes conservan su rango superior y la sola ejecución de la orden ilegal, en tal caso, excluye el poder de voluntad del determinador. Por ejemplo, cuando en un Estado de Derecho los altos funcionarios ordenan acciones ilegales a sus subordinados, solamente existe inducción, en tanto que no haya autoría mediata por otras razones.

⁵¹ ROXIN. Autoría y Dominio..., pág. 248

⁵² ROXIN. Autoría y Dominio..., pág. 249.

Alvaro E. Márquez
Cárdenas Ph. D

- *Delitos impropios de Omisión*. Bogotá, 2ª. Edic. 1969

- *Delito y Punibilidad*. Editorial Civitas. Madrid. 1983

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Manual de derecho penal*. Parte Especial. Delitos contra las personas, Ceura, Madrid. 1986.

-Derecho penal Económico. *Un estudio de derecho positivo español*. ADPCP. 1973.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. 4a. Edic. Puesta al día por Hernán Hormazábal M. Barcelona, Ariel, 1989.

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.

CÓRDOBA RODA, Juan y RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Comentarios al Código Penal*. Tomo I. Artículos 1 - 22. Ariel, Madrid. 1996.

CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho Penal*. Puesto al día por César Camargo H. tomo I. Parte General. Barcelona, Bosch, 1981.

CHOCLAN MONTALVO, J.A. *La Autoría y la Participación*. La Ley. Tomo I. Madrid, 1996. GALLAS, Wilhelm

GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de Ejecución del Delito. Autoría y Participación*. Chile, 1975.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y Cómplice en Derecho Penal*. Madrid, 1966.

- *Introducción a la parte general del Derecho Penal Español*. Madrid, 1979.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises. *La Autoría Mediata en el Derecho Penal*. Granada. Comares. 1996JAÉN

VALLEJO, Manuel. *La autoría y participación en el Código Penal de 1995*. En, Revista de Ciencias Jurídicas, Universidad de las Palmas de Gran Canaria. No. 2º. 1997.

-El concepto de acción en la dogmática penal. Madrid. 1994.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, PPU, 1995.

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.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *El autor mediato en el derecho penal español*. En, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Tomo 22. Madrid, 1969.