

**TESIS DE GRADO MAESTRIA EN DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS**

**RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUPERIORES POR HECHOS COMETIDOS
POR LOS SUBORDINADOS EN COLOMBIA:** Aplicación del Derecho Penal Interno o
del Derecho Penal Internacional.

MARIA FERNANDA BOLAÑOS DORADO

Director: Dr. CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

**BOGOTA D.C
2018**

*A mi hija Ana María, mi eterno amor. Desde el cielo me sonríes y yo desde acá, te mando día tras día los besos más llenos de amor.
Te amo con el alma...*

TABLA DE CONTENIDO

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUPERIORES POR HECHOS COMETIDOS POR LOS SUBORDINADOS EN COLOMBIA: Aplicación del Derecho Penal Interno o del Derecho Penal Internacional.

CAPITULO I. TEORIAS DE DERECHO PENAL NACIONAL- NORMATIVIDAD EN COLOMBIA. Pág. 10

1. Coautoría. Pág. 12
2. Autoría mediata Pág. 19
3. Inducción. Pág. 21
4. Cooperación necesaria. Pág. 23
5. Autoría accesoria. Pág. 24
6. Breves conclusiones del capítulo. Pág. 24

CAPITULO II. TEORIAS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Pág. 27

1. **Autoría Mediata en Estructuras Organizadas de Poder.** Pág. 28
 - A. Explicación de la figura y sus características. Pág. 32
 - B. Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas- Autoría y dominio del hecho en el Derecho Penal. Pág. 33
 - C. Requisitos de la figura Pág. 41
 - i) El dominio de la Organización por los autores mediatos Pág. 41
 - ii) La fungibilidad de los ejecutores materiales. Pág. 42
 - iii) La desvinculación del derecho del aparato organizado de poder. Pág. 43
 - D. Sobre el principio de responsabilidad. Pág. 45

2. Empresa Criminal Conjunta y/o “Joint Criminal Enterprise”.	Pág. 48
A. Explicación de la figura y modalidades.	Pág. 48
B. Breves referencias de casos del Derecho Penal Internacional.	Pág. 51
C. Elementos Objetivos de la teoría.	Pág. 55
C.1. Pluralidad de personas.	Pág. 55
C.2. Plan Común o Propósito Común.	Pág. 55
C.3. Contribución o participación en la ejecución del plan común.	Pág. 55
D. Elementos Subjetivos de la teoría.	Pág. 57
D.1. Variante básica	Pág. 57
D.2. Variante Sistemática	Pág. 58
D.3. Variante Extendida	Pág. 58
3. Teoría de la Responsabilidad del Superior.	Pág. 60
4. Conclusiones del Capítulo	Pág. 69
CAPITULO III. ANALISIS JURISPRUDENCIAL	Pág. 71
1. Algunos casos relevantes de la Jurisprudencia Colombiana.	Pág. 72
a. Caso Machuca	Pág. 72
b. Caso la Gabarra	Pág. 78
2. Comentarios generales a pronunciamientos emitidos a partir del 1 de septiembre de 2009.	Pág. 82
3. Sobre el principio de legalidad	Pág. 95
CAPITULO IV. CONCLUSIONES Y POSTURA PERSONAL	Pág. 98
BIBLIOGRAFÍA	Pág.110

TITULO:

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SUPERIORES POR HECHOS COMETIDOS POR LOS SUBORDINADOS EN COLOMBIA: Aplicación del Derecho Penal Interno o del Derecho Penal Internacional.

PROBLEMA DE LA INVESTIGACION Y SU JUSTIFICACION

¿Es viable jurídicamente aplicar teorías de derecho internacional en nuestro ordenamiento jurídico colombiano, para atribuir responsabilidad penal a los superiores por hechos cometidos por los subordinados?

El problema surge de la teoría que los Órganos Judiciales en Colombia aplican en nuestro país a partir de algunos pronunciamientos emitidos aproximadamente desde el año 2009 para responsabilizar penalmente a los superiores por hechos cometidos por sus subordinados.

En Colombia el tema de la autoría y la participación es complejo y si aplicamos el principio de legalidad, entenderíamos que el artículo 29 de nuestro Código Penal (Ley 599 de 2000), nos da el campo de movilidad para imputar responsabilidad a título de autor o partícipe, pero los altos Tribunales acudiendo a la normatividad, a la doctrina y a la jurisprudencia internacional, han traído algunas tesis aplicadas a casos internacionales, como por ejemplo, la teoría mediata a través de aparatos organizados de poder a casos colombianos, elementos de la teoría de la empresa criminal conjunta o común, o elementos de la responsabilidad del superior, teorías que no se encuentran taxativamente contempladas en nuestro ordenamiento jurídico penal .

Las razones por las cuales se justifica la presente investigación, parten de determinar si se puede en nuestro derecho penal interno aplicar teorías de imputación propias del

derecho penal internacional, analizando sus características, origen y requisitos, aspecto que en ningún otro trabajo de investigación se ha estudiado.

Ahora bien, resulta necesario acudir al análisis de la jurisprudencia colombiana dentro de un periodo de tiempo, pues como se desprende del análisis de ésta, por un periodo de tiempo había sostenido una postura y varió la misma de una forma radical aplicando doctrina y jurisprudencia internacional.

Resulta interesante entonces reflexionar si el querer del juzgador colombiano era aplicar otra u otras teorías, como la denominada “*The Joint Criminal Enterprise*” del derecho penal internacional, pues en algunas decisiones emitidas por ejemplo por la H. Corte Suprema de Justicia de Colombia, se citan varias características y elementos propios de dicha teoría, que reclama la participación en la comisión de delitos por terceras personas.

Lo anterior, permitirá llegar a concluir cuál de las teorías es la más conveniente o garantista y cuál de ellas, ha debido aplicarse a casos penales colombianos, pero aún, lo más importante y lo cual nos lleva a resolver el problema planteado, si se podían aplicar las mismas. Para lo anterior, se tendrán que estudiar sus antecedentes, la doctrina internacional en algunos casos complejos en donde se han aplicado las teorías de imputación, y la situación particular de Colombia en donde el tema de la autoría y la participación ha sido complicado, pues no se consagran en nuestro ordenamiento interno dichas figuras y si se citan pronunciamientos emitidos por tribunales internacionales en donde la teoría mediata en estructuras organizadas de poder por ejemplo, se ha venido aplicando, casos como Perú y Argentina por poner un ejemplo, y en Colombia en casos de la denominada “parapolítica”¹, dejando atrás la teoría de la coautoría impropia que se sostenía con más defensores y/o seguidores por mucho tiempo.

¹ Este término tiene significado propio y es utilizado en Colombia para referirse al escándalo político desatado en Colombia a partir del año 2006 por la revelación de los vínculos de políticos con paramilitares.

Establecer si teorías del derecho penal internacional se adecuan a nuestro código penal resulta necesario, como también, determinar si las figuras desconocen o no derechos o garantías fundamentales, como por ejemplo el principio de legalidad, o la posibilidad de abrir paso a la aplicación de la teoría de la empresa criminal conjunta en concreto, será lo anterior por tanto, materia de estudio, con el fin de determinar la conveniencia en la aplicación de las mismas, para acercarse a una tesis acerca de la responsabilidad de las personas que intervienen en los hechos objeto de examen.

Nuestro Código Penal en el artículo 29 nos dice que es autor quien realice la conducta punible por sí solo o utilizando a otro como instrumento, y que también es autor, quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

Para resolver el problema debemos acudir a las otras posibles formas de tratarlo y que responden a posiciones doctrinales, como las diferentes formas de participación, que deberán abordarse consecucionalmente. La reflexión acerca de cuál de las diferentes modalidades de participación en la conducta punible es la más justa y adecuada, conllevará a un aporte a la justicia para resolver los casos más complejos en la materia.

Ahora bien, las interpretaciones legislativas y jurisprudenciales se deben hacer de acuerdo con los fines del modelo de estado en donde se encuentra esa ley o sentencia. Por eso el método de análisis jurisprudencial que utilizo en el presente trabajo, es dogmático y parte del concepto de dignidad humana y de los fines del Estado descritos en el artículo 2 de la C.N; en armonía con el bloque de constitucionalidad. Por lo anterior, me enfoco en los fines del Estado Colombiano y el bloque de constitucionalidad como método de investigación, pues acudiendo al bloque de

constitucionalidad, se puede entender de mejor manera, la aplicación de normas internacionales en nuestro país. Es necesario en el presente trabajo desde la normativa interna acercarse por medio del bloque de constitucionalidad a los tratados y leyes internacionales. El análisis de jurisprudencia es así mismo indispensable tenerlo presente desde los fines del estado en Colombia, pues como se verá más adelante, debe propenderse por el cumplimiento de nuestro régimen de seguridad normativa interna y acogimiento al principio de legalidad teniendo en cuenta que la aplicación del derecho debe responder a principios normativos que respeten los derechos y garantías fundamentales.

“Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”².

“Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”³.

² Constitución Política de Colombia. Artículo 2.

³ Constitución Política de Colombia. Artículo 93.

Lo anterior significa que se tienen en cuenta al momento de interpretar las sentencias que acá se citan, los principios rectores, especialmente el de legalidad, principio que se ve afectado en mi criterio al permitir la aplicación de normas expansionistas en nuestro ordenamiento jurídico interno.

Este trabajo de investigación se justifica toda vez que sobre este problema no se ha investigado a profundidad; como sí sobre la teoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, teoría sobre la cual se han elaborado bastantes tesis, y se encuentra mucha doctrina al respecto. Por ejemplo, en casos de justicia y paz y/o justicia transicional, estudiándose desde la responsabilidad del superior por crímenes de lesa humanidad en el contexto del conflicto armado colombiano, en aspectos estrechamente relacionados al análisis de la normatividad colombiana y en casos que estudian el tema para demostrar cómo nuestra legislación no estaba preparada para resolver problemas de autoría mediata en estructuras organizadas de poder debido a que nuestra legislación no establece la aplicación de dicha teoría y en otras, se expone el tema de la autoría mediata enfocando en tema en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, en mi criterio, resulta pertinente abordar la figura sin que se relacione exactamente con otros problemas ya abordados por otros estudiantes, lo que demuestra que la investigación es distinta a las ya existentes, resulta pertinente y es útil.

Así las cosas, y si bien en la presente investigación es necesario el análisis de esta teoría traída del derecho penal internacional para explicar cómo a través de ella se ha variado la jurisprudencia nacional, lo que se pretende con este trabajo no es sólo el análisis propio de la figura de la autoría mediata, sino como ésta al mismo tiempo, trae elementos propios de otras teorías de derecho penal internacional, como la “*Joint Criminal Enterprise*” aplicable tal vez en nuestro país. Por lo anterior, resulta necesario hacer un análisis de dicha teoría pero desde aspectos diferenciados de otras investigaciones, pues persiguen fines diversos.

CAPITULO I. TEORIAS DE DERECHO PENAL NACIONAL

Introducción.

En el artículo 29 del Código Penal Colombiano, inciso primero primera parte, se consagra la figura de la autoría, en donde se presenta completamente un dominio del hecho. En la segunda parte del inciso primero, se consagra la autoría mediata y hace referencia a casos donde se presenta dominio de la voluntad de otro llamado “instrumento” controlado por un hombre de atrás que domina toda la actividad criminal. El segundo inciso, consagra la figura de la coautoría con sus requisitos para configurarse. En el inciso tercero, se consagra la figura del actuar por otro que conlleva igualmente unos requisitos especiales para su configuración. A continuación se detalla específicamente lo anterior:

*“**Autores:** Es autor quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento.*

Son coautores los que, mediando un acuerdo común, actúan con división de trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte.

También es autor quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado.

El autor en sus diversas modalidades incurrirá en la pena prevista para la conducta punible”⁴.

Ahora, un partícipe es quien no ejecuta la acción típica pero realiza un aporte ya sea como determinador o cómplice.

“Partícipes. *Son partícipes el determinador y el cómplice.*

Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”⁵.

En la legislación internacional y particularmente en el artículo 28 del Estatuto de Roma (ER), se encuentra la responsabilidad del superior, en la que los jefes militares responden por los delitos cometidos por sus subalternos por no haber ejercido un control apropiado y efectivo o cuando, –por negligencia u omisión,– no se adoptan las medidas necesarias y razonables a su alcance, para prevenir y reprimir esos delitos, siempre y cuando esos crímenes guarden relación con las actividades y el control que de ellos tuvieran. (Responsabilidad del Superior).

El Código Penal Colombiano al consagrar las figuras inmersas en la autoría y en la participación de una conducta punible⁶, trae también ciertos criterios para interpretarlas. Así también, hay objetantes de la teoría de Roxin, como Jakobs y Enrique Bacigalupo, entre otros; y representantes de un principio de responsabilidad, los cuales defienden la posición de que un autor plenamente responsable no puede ser simultáneamente

⁴ Artículo 29. Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000.

⁵ Artículo 30. Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000.

⁶ *Ibídem*.

instrumento de otro, como en el caso de Jakobs, pero también que reconocen el dominio de la organización como una excepción a ese principio de responsabilidad, principio del cual se hablara más adelante.

Se analizarán brevemente algunas formas de participación, y sus principales características, las cuales pueden caber en algunos casos en donde se analiza la responsabilidad de miembros de aparatos organizados de poder, en especial los que intervienen en la ejecución de la conducta como los llamados “hombres de atrás”.

1. Coautoría:

Es importante encontrar algunas definiciones de este concepto entre los tratadistas, con la finalidad de referirnos al tema de los aparatos organizados de poder.

Son coautores: *“los que toman parte en la ejecución del delito codominando el hecho”*. (Bacigalupo, E. 1997, 365).

Por su parte, Fernando Velásquez, dice que se presenta la coautoría *“cuando varias personas-previa celebración de un acuerdo común (expreso o tácito)- llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización; dicha figura, pues, se basa también en el dominio del hecho-que aquí es colectivo y de carácter funcional-por lo que cada coautor domina todo el suceso en unión de otro o de otros...”* (Velásquez, 2010).

Se citarán a través de este capítulo definiciones de algunos tratadistas, las cuales le apuntan a concretar algunos elementos esenciales de la figura en concreto.

Lo importante de resaltar en la coautoría es ese dominio funcional del hecho, cada uno de los coautores ostenta el dominio del hecho, a través de la parte que le corresponde desarrollar o en la que participa con un aporte en la división del trabajo. Habrá siempre coautoría y codominio del hecho cuando se haya aportado una contribución esencial, tan importante que sin la misma, no hubiera podido cometerse el

hecho. La coautoría por tanto se presenta cuando varias personas de común acuerdo toman parte en la fase ejecutiva del delito, codominando el hecho entre todos. Solo mediante un aporte esencial se puede determinar si el partícipe tuvo o no el dominio del hecho y en consecuencia si es o no coautor. De la mayoría de conceptos de esta figura se puede determinar que en la coautoría deben estar presentes los siguientes requisitos:

- Una necesidad conjunta de realizar el hecho delictivo.

Esto es por decirlo de otra manera, una decisión común o un acuerdo común en virtud del cual cada coautor se compromete a asumir una parte del trabajo a desarrollar, pero esa parte es indispensable o necesaria para la realización del hecho. Así todos son responsables por su aporte. En este caso, no se requiere que el aporte sea expreso ni previo, sino que puede ser tácito y simultáneo, solo bastando con el dolo común.

Este plan común requiere por lo menos una coincidencia de voluntades y un dolo común. La importancia esencial en la coautoría de ese acuerdo común debe hacerse con división del trabajo o acumulación de esfuerzos que es lo que permite hablar de una acción conjunta formada por actos parciales, que unidos todos forman una acción.

Para Jescheck⁷, el acuerdo común es el componente subjetivo necesario de la coautoría y lo que justifica la posibilidad de imputar recíprocamente las contribuciones en el hecho. La cooperación debe ser consciente y querida. Por tanto para este autor lo que hay en los casos analizados por Claus Roxin es una real coautoría. (Jescheck,

⁷ Prof. Hans-Heinrich Jescheck (Alemania; 10 de enero de 1915 – 27 de septiembre de 2009) fue un militar Nazi y profesor de leyes en la Universidad de Freiburg (1954–1980). También se desempeñó como director del Instituto de Max Planck de Alemania y el Derecho Penal Internacional en Freiburg hasta 1982. Fue rector de la Universidad de Freiburg de 1964 a 1965. En la Alemania nazi, fue capitán de Reserva Hauptmann en las Fuerzas armadas unificadas de la Alemania nazi durante la Segunda Guerra Mundial. También fue galardonado con la Cruz de la Cruz de Hierro de Caballero. Cruz de la Cruz de Hierro de Caballero fue otorgado a reconocer la valentía de batalla extrema o el liderazgo militar exitosa.

1981, 936). Al respecto de la coautoría manifiesta: *“Todo coautor domina el suceso total en unión de otra u otras personas. La coautoría consiste así en una “división del trabajo” que es la que llega a hacer posible el hecho o lo facilita, o reduce notablemente su riesgo. Requiere, en el aspecto subjetivo, que los intervinientes se vinculen entre sí mediante una resolución común sobre el hecho, asumiendo cada cual, dentro del plan conjunto, una tarea parcial, pero esencial, que le presenta como cotitular de la responsabilidad por la ejecución de todo el suceso. La resolución común de realizar el hecho es la abrazadera que integra en un todo las diferentes partes. En el aspecto objetivo, la aportación de cada coautor debe alcanzar una determinada importancia funcional, de modo que la cooperación de cada cual en el papel que le correspondiera constituya una pieza esencial en la realización del plan conjunto (dominio funcional)”* (Jescheck, 1993).

Sin embargo Roxin, afirma sobre esto que en la mayoría de las ocasiones quien tiene el poder del hecho y el control de la situación no conoce a los verdaderos ejecutores faltando una decisión común al hecho y la ejecución común, características propias de la coautoría, pues *“el hombre de atrás”* después de haber dado la orden no participa generalmente en la realización del hecho, solo espera ser informado de su consumación. (Roxin, 2006).

- Un dominio del hecho de cada uno de los coautores.

Para Bacigalupo⁸, en la determinación de la coautoría es necesario el aporte objetivo al hecho por parte del coautor como se dijo líneas atrás, puesto que solo a través de este puede determinarse a ciencia cierta si tuvo ese participe el dominio del hecho, y en consecuencia si es o no coautor. Propone esta fórmula: *“habrá co-dominio del hecho cada vez que el partícipe haya aportado una contribución al hecho total, en el estadio*

⁸ Jurista argentino Doctor Honoris Causa de seis prestigiosas universidades Latinoamericanas, autor de numerosas publicaciones, ex Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de España, Catedrático de Derecho Penal de la U. de Barcelona, y Profesor Titular de Derecho Penal de la U. Complutense de Madrid. Ha desarrollado parte importante de su carrera en España y Alemania.

de la ejecución, de tal naturaleza que sin ella aquel no hubiera podido cometerse”. (Bacigalupo, E. 1997).

- El aporte del coautor debe ser en la parte ejecutiva del delito.

Debe existir también una contribución esencial al hecho que se vaya a cometer. Esto será fruto de la división del trabajo de todos los que van a intervenir, por eso se dice que se requiere un dominio funcional del hecho, pues cada uno debe colocar su aporte a la realización del mismo. Se necesita obligatoriamente que ese aporte al hecho sea en la parte ejecutiva del delito, pues no se deben castigar aportes en fases previas.

“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 cuales 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 cada uno de los componentes del aparato de poder, por tanto, constitutivas de una coautoría” (Márquez, 2009).

Jakobs ha sido el mayor contradictor y ha considerado recargada la construcción de la autoría mediata para incriminar a los directivos que mandan o administran un aparato organizado de poder. Esta tesis la considera restrictiva, porque la teoría del dominio del hecho exige un aporte en el momento en que inicia la tentativa del delito, y además la figura de la autoría mediata no cubre a todos los intervinientes en el hecho colectivo. Además afirma que: *“la intercambiabilidad del ejecutor en realidad no ofrece ninguna*

especialidad que, por si sola, puede fundamentar esa forma de dominio del hecho.” (Jakobs, 1997, 794). Manifiesta también el representante de la Escuela de Bonn, 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 mucho menos siempre forzada, hasta convertirla en un hacer común: Solo 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. (Jakobs, 1997, 794).

Jakobs se ha mostrado partidario de la coautoría, más que de la autoría mediata en los casos de dominio por organización. Hablando de la fungibilidad, requisito que se verá más adelante para fundamentar la teoría de Roxin, dice que hay que tener en cuenta el hecho de que no eran intercambiables todos los soldados de fronteras de modo simultaneo, sino sucesivo, refiriéndose a los casos que aporta Roxin en su teoría, afirmando que no existe un dominio superior de cualidad propia como lo sostiene Claus Roxin, sino que quienes dan las órdenes y quienes las cumplen y ejecutan, son jurídicamente de igual rango, pues el ejecutor jurídicamente no actúa automáticamente sino que se deja corromper por la orden, siendo también responsable. Jakobs por tanto manifiesta, que la decisión común de realizar el hecho, necesaria para una coautoría se configura por la consciencia común del que da la orden y el que la ejecuta, sin necesidad siquiera que los intervinientes se conozcan entre ellos. (Jakobs, G, 1997).

El dominio por organización tiene entonces como fundamento que exista una organización estructurada de modo jerárquico y estricto y un dominio del hecho por parte del hombre de atrás sobre ejecutores fungibles. Las empresas de criminalidad organizada entran en el grupo de aparatos de poder de organización no estatal, siempre y cuando se cumplan los requisitos de los aparatos traídos por Roxin.

Ahora bien, la tesis de la coautoría ha sido criticada también, pues la doctrina dice 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.

Para 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”* (Bacigalupo, E. 1997, 365).

Si acudimos entonces a la teoría del dominio funcional del hecho, en muchas ocasiones los que se encuentran en la cúspide de la organización no poseen un dominio actual, dominio que le queda solamente a los que actúan de forma directa. Pero si ese dominio se expresó u ocurrió en la fase preparatoria del delito, en la que cada miembro tuvo la oportunidad de participar o colaborar, incluso participan en esta fase todos los que después serán coautores plenamente responsables. Por tanto, son distintos los miembros que participan en una fase o en la otra y diferentes las aportaciones de uno u otros, pero las consecuencias son las mismas, pues unos dan las órdenes, otros las transmiten, hasta que llegan al ejecutor y éste es quien realiza el hecho.

Zaffaroni⁹ por su parte, manifiesta sobre la figura de la coautoría que: *“Estos casos de reparto de tareas se resuelven por el llamado dominio funcional del hecho, que tiene*

⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni (Buenos Aires, 7 de enero de 1940) es un juez, jurista y criminólogo argentino graduado de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1962, que obtuvo el doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional del Litoral en 1964. Se destacó en la criminología y el Derecho Penal a partir de la publicación de su obra Teoría del delito en 1973, mediante la cual realizó un aporte original a la teoría del delito desde la concepción finalista, difundiéndola en Argentina y América Latina y ampliándola con sus libros Manual de Derecho Penal, Tratado de Derecho Penal Parte General (cinco tomos) y Derecho Penal (2000), publicados en varios países y en sucesivas ediciones. Es considerado el más destacado y leído tratadista de la ciencia penal iberoamericana. Ha sido reconocido como doctor honoris causa en universidades de diversos países y premiado reiteradamente por su labor científica y en favor de los derechos humanos.

lugar cuando el aporte que cada uno realiza al hecho es de tal naturaleza que, conforme al plan concreto, sin ese aporte el hecho no podría haberse llevado a cabo según dicho plan...”. (Zaffaroni, E. 2006, 616).

Para Jescheck por su parte hablando de la esencial contribución al hecho afirma que cada interviniente, para que pueda considerarse coautor, debe efectuar una contribución objetiva al hecho. Que esa función sea necesaria para la realización del hecho, no accidental o subsidiaria.

Como se analizará con posterioridad, las teorías dogmáticas tradicionales han dejado en la actualidad de aplicarse, pues hoy en día se acude a teorías de derecho penal internacional que para nuestro país resultan a todas luces expansionistas y contrarias a los postulados del derecho penal constitucional. Antes, la tendencia era aplicar la teoría de la coautoría impropia por ejemplo, ahora, estos casos similares están siendo presuntamente juzgados aplicando elementos de la teoría de la Empresa Criminal Común o Conjunta-ECC “disfrazada en mi concepto”, de autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Hechos que antiguamente habían sido juzgados como una coautoría impropia a la luz de nuevos postulados de derecho internacional, hoy vienen siendo analizados a través de teorías de derecho internacional donde sus características guardan relación estrecha.

1.1. Coautoría Impropia: Fue la tesis o postura aplicada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al estudiar los casos relacionados con delincuencia organizada y responsabilidad del superior, hasta septiembre de 2009, en donde el alto tribunal cambió de postura, concluyendo que la teoría a aplicar en casos analizados de la llamada en nuestro país, “parapolítica”, era la correspondiente a la autoría mediata en estructuras organizadas de poder. En Colombia antes de los pronunciamientos emitidos por la H. Corte Suprema de Justicia en el 2009, se destacan tres casos en donde se discutió el tema de la autoría y la

participación y fueron los casos “Machuca”¹⁰, “Yamid Amat”¹¹ y “la Gabarra”¹². En los mismos, se concluyó que la teoría a aplicar era la coautoría impropia básicamente por que había en los autores materiales una voluntad propia en la misma causa, se compartían los mismos fines ilícitos, había acuerdo en los medios a utilizar y en general aunque no todos hubieran concurrido por si mismos en la realización de los hechos, todos lo dominaban en la medida del trabajo que cada uno tenía por hacer y que previamente lo habían convenido. La Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia descartó la figura de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder bajo el entendido de que no se vislumbraba una relación piramidal o vertical propia de la figura anteriormente mencionada, que no se observaba que en la cúspide se encontrara el superior y abajo el ejecutor, sino que conservaban una relación horizontal con tareas y funciones previamente definidas y con dominio del hecho de todos los coautores.

2. Autoría Mediata:

La autoría mediata se presenta cuando el autor ejecuta la conducta y lo hace valiéndose de otra persona que actúa como instrumento del mismo¹³. El dominio del hecho requiere que todo el proceso se desarrolle como obra de la voluntad del llamado “*hombre de atrás*”. Tiene también unos requisitos esenciales que condicionan su

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 23825, de siete (7) de marzo de dos mil siete (2007). M.P. Javier Zapata Ortiz.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 25974, de ocho (8) de agosto de dos mil siete (2007). M.P. María del Rosario González de Lemos.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso No. 24448 de septiembre doce (12) de dos mil siete (2007). M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

¹³ Artículo 29 Ley 599 de 2000.

existencia. Estos son entre otros, los requisitos más importantes que caracterizan a la figura:

- i). El dominio del hecho debe tenerlo el hombre de atrás.
- ii). El instrumento debe encontrarse subordinado al hombre de atrás.
- iii). Debe tratarse de un hecho doloso

Eugenio Raúl Zaffaroni, afirma que la autoría mediata o indirecta aparece cuando el agente se vale de otro que actúa pero no comete injusto, sea por que actúa sin tipicidad objetiva, sin dolo o justificadamente (Zaffaroni, E. 2006, 612).

Según posiciones dogmáticas de los principales tratadistas en la materia, han existido algunos problemas al explicar esta teoría, pues diferentes corrientes han tratado de explicar la participación del autor mediato en determinado hecho como su eventual responsabilidad en el mismo, caso de la coautoría, la determinación, la complicidad entre otras. Por ejemplo; a la teoría formal-objetiva que considera que si el autor del delito es el que personalmente ejecuta alguno o todos los elementos del tipo, el autor mediato quedaría por fuera de esa definición porque ese tipo de autoría se caracteriza por que el autor no realiza a propia mano la ejecución del tipo sino a través de otro, y muchas veces ese otro, actuando como instrumento tampoco actúa con dolo y entonces tampoco realiza el tipo. Mas sin embargo para algunos tratadistas como Gimbernat Ordeig¹⁴, el autor mediato si ejecuta el tipo y la exigencia de que actúe a propia mano no cabe para la autoría mediata.

¹⁴ Enrique Gimbernat Ordeig (Sevilla, 1938) es un jurista español experto en Derecho Penal. Desde la década de 1980 es catedrático de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Es también miembro del consejo editorial del diario El Mundo, para el que ha escrito artículos sobre su especialidad. En su obra se ha mostrado crítico con los excesos del Derecho penal español.

3. Inducción:

Como forma de participación, la inducción implica que el ejecutor sea susceptible de ser determinado desde lo que quiere el inductor. El instigador domina al instigado, y este dominio del hombre de atrás sobre quien realiza el hecho, es un argumento a favor de la teoría mediata como forma de participación en vez de la inducción.

Inductor es aquel que hace nacer en otro la idea criminal de cometer un delito. Crea en otro la idea delictiva. Bacigalupo dice que *la inducción a un delito en que el autor ya está decidido a cometerlo, es por lo tanto, imposible* (Bacigalupo 1997, 384), por tanto que la inducción debe ser directa y terminante y se debe presentar de una forma clara e inequívoca.

Según lo define Velásquez, por *“instigación” o “inducción”, se entiende la figura en virtud de la que una persona determina a otra a realizar el injusto doloso concreto, de allí que el instigador sea quien se limita a provocar en el autor la resolución delictiva determinada sin tener el dominio del hecho, lo que lo distingue del coautor.* (Velásquez, 2010, 571).

Fernando Velásquez dice que en la inducción tienen que estar presentes ciertos requisitos:

1. Que exista un vínculo entre el hecho principal y la acción del inductor. Esto quiere decir que el delito debe ser el resultado de esa actividad desarrollada por el inductor y correspondiente a eso, que el autor lo haya realizado impulsado por lo que realizó el inductor.
2. El inductor debe actuar con dolo. No hay instigación imprudente o culposa.
3. La acción del inductor debe ocasionar la resolución de cometer el hecho en el autor principal, debe compelerlo o determinarlo.
4. El hecho al que se induce debe consumarse o alcanzar al menos, el grado de tentativa punible.

5. El instigador debe carecer del dominio del hecho, pues de tenerse debe pensarse en una coautoría dice este autor. (Velásquez, 2010, 571).

La instigación es una forma de determinación en la que el determinador no tiene el dominio del hecho; determinar significa aquí hacer surgir en el autor la decisión al hecho, es decir, provocar que el autor se decida.

“la figura del dominio por organización es imprescindible para la fundamentación de la autoría mediata. Los demás intentos de fundamentación, la afirmación de coautoría o incluso de inducción no pueden resultar convincentes.

En contra de la coautoría-que sería la alternativa más convincente-es de decisiva relevancia la consideración de que especialmente el alejamiento del hecho y el desconocimiento del hombre de atrás del concreto devenir del hecho y del ejecutor del hecho excluyen una co intervención en régimen de reparto de tareas”. “Los casos de los disparos en la frontera de la RDA demuestran que la ejecución del hecho era dejada por regla general a cargo de los soldados de fronteras, esto es, que no concurría un reparto funcional de tareas en el sentido de la coautoría. Igualmente suele faltar una decisión común de realizar el hecho entre hombre de atrás y ejecutor del hecho. Por lo demás, la coautoría precisamente no refleja de modo adecuado las jerarquías de mando que son inmanentes a la criminalidad estatal organizada”. La inducción ha de rechazarse sobre todo porque deja en un segundo plano el decisivo punto de vista del dominio del hecho por parte del hombre de atrás. En la realidad de la RDA de ningún modo puede considerarse que los soldados de fronteras siempre-en el sentido de un omnímodo facturus- estaban decididos de modo incondicional a la comisión del hecho. Por el contrario, muchos soldados de reemplazo intentaron escaparse” de los servicios de centinela, o prestaban el servicio con la esperanza de que no se produjera ningún suceso en la frontera. En todo caso, para quienes emitían las órdenes eran ruedas

intercambiables en el carro del sistema en funcionamiento, de modo que su disposición incondicional a realizar el hecho ni siquiera era decisiva”¹⁵

De la explicación anterior que hace Ambos, puede inferirse el compartir algunas de las premisas de Roxin, sobre todo en la fungibilidad del ejecutor del hecho, como uno de los elementos principales de la teoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, descartando la coautoría y la inducción.

4. Cooperación necesaria.

José Ulises Hernández Plasencia¹⁶, considera que la fungibilidad del ejecutor en una estructura organizada de poder no es un factor decisivo para hablar de un dominio del hecho en quien las dirige planificando, aportando medios y ordenando las acciones delictivas. Porque no se consigue una instrumentalización del ejecutor. Para este autor la instrumentalización en la autoría mediata no tiene validez cuando el sujeto la asume con voluntariedad. Considera la fungibilidad como un elemento en contra de la teoría mediata, al considerar que si el ejecutor puede negarse a cumplir la orden, porque es libre de su voluntad dicho acto, la influencia que estaría recibiendo por medio de esa orden es constitutiva solo de inducción, así que si se negara en determinado caso no estaríamos frente a un dominio de decisión de los organizadores, pues los ejecutores son fácilmente reemplazables y cualquiera puede negarse a ejecutar la orden, ósea que el dominio se tendrá sobre la organización, no sobre el que ejecuta la orden. (Hernández, 1996, 260).

¹⁵ Kai Ambos citando a Roxin en Dominio del Hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Universidad externado de Colombia. Cuadernos de conferencias y artículos No. 20.

¹⁶ Nacido en Laguna (Tenerife). Profesor Titular de Derecho Penal (Universidad de La Laguna). Director del Centro de Estudios Criminológicos de Canarias (Universidad de La Laguna). Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife.

Es así como considera que los dirigentes del aparato organizado de poder que utilizan personas fungibles para cometer delitos, pueden asimilarse mejor a la complicidad o a la cooperación necesaria.

5. Autoría accesoria:

“Esta figura, también denominada como simultanea o concomitante hace alusión a un evento en virtud del que el hecho punible se realiza por varias personas que, sin atadura alguna de voluntad, actúan de manera independiente pero conjunta o aisladamente ocasionan el mismo resultado...” (Velásquez, 2010).

En esta tesis dos o más personas sin que exista entre ellas un acuerdo común, actúan independientemente sin conocer la participación del otro produciendo un resultado típico, mas no puede ser considerado coautoría por estar ausente el plan común.

Roxin ha dicho sobre esta teoría por ejemplo en el caso del asesino de escritorio 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. Esto para defender su postura en relación con la existencia de la autoría mediata. (Roxin, 2006).

6. Breves conclusiones del capítulo:

La responsabilidad penal que le asiste al superior jerárquico de un grupo o estructura organizada de poder por hechos cometidos por sus subordinados puede analizarse desde varios aspectos: a) A partir de los criterios tradicionales en materia de imputación, es decir: el concepto de que solo es autor quien ejecuta la conducta punible. b) Mediante de la figura de la autoría mediata a través de aparatos organizados

de poder. c) A través de la coautoría y d) A través de la figura del autor detrás del autor, que ha sido una teoría desarrollada por vía jurisprudencial.

En cada caso tendrá el operador de justicia que realizar un análisis profundo, juicioso y verificar los requisitos que se exijan en cada uno de los conceptos dogmáticos de autoría y participación.

No puede aplicarse la teoría mediata como era entendida tradicionalmente. Es decir, en eventos que se utilizaba a otro como instrumento no responsable por haber actuado sin dolo, atípicamente, siendo coaccionado, por inimputabilidad, inducido en error o aprovechándose de su error, por orden jerárquica o con violencia psíquica, entre otros.

Hoy en día para responsabilizar a un jefe de un aparato organizado de poder por la conducta de un subordinado, se soluciona a través de la teoría de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, teoría del profesor Roxin.

Teniendo en cuenta que el encuadramiento de algunos casos en alguna de estas teorías es polémico, no deberían aplicarse indistintamente por motivos políticos, sociales o culturales, pues cada caso debe ser analizado en detalle y si se reúnen los requisitos de la figura, aplicarse la misma, mas no encasillarse arbitrariamente.

En conclusión, y particularmente para el caso colombiano, la postura está dividida en cuanto a la procedencia o no de la aplicación de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder. Pues para Kai Ambos, es perfectamente válida su aplicación en casos colombianos en el entendido que permite satisfacer los problemas de criminalidad organizada, y bajo el argumento que aplicar esta tesis deviene de los fundamentos contenidos en el derecho internacional, pero también de la doctrina nacional y extranjera. Para algunos autores como este, sí hay soporte legal en Colombia para su aplicación y es el artículo 29 de la ley 599 de 2000, y así las cosas casos como el ya mencionado como el de machuca por ejemplo, no sería posible resolverlos con formas tradicionales o categorías dogmáticas que no responden a la

responsabilidad del estado de investigar y sancionar ante una gravedad de actuaciones y evitar la impunidad, acudiendo a valores y principios del derecho penal constitucional internacional, eso sí sin desconocer el debido proceso.

Es así como para este autor es deber de los Tribunales y Cortes actualizar la jurisprudencia para adoptar a nuestra realidad nuevas categorías que atacan la macro criminalidad de los grupos al margen de la ley y lo importante es que la imputación se realice contra todos los acusados independientemente por su “inequívoca condición de autores mediatos que utilizaron a otro como instrumento o ejecutores fungibles de los delitos cometidos. Por tal razón, para este autor con base en la ley 599 de 2000 se tiene que realizar una nueva interpretación de la autoría contenida en el artículo 29 para acoger la figura de la autoría mediata con instrumento responsable.

Ahora, para Fernando Velásquez por ejemplo, opinión que más se ajusta a mi interpretación, nuestro código penal vigente no prevé la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, ni tampoco el artículo 29 del mismo consagra la posibilidad que dentro de la autoría mediata se incluya como instrumento a los aparatos organizados de poder, pues el texto consagra “*al que utilizando a otro como instrumento*” y el instrumento solo podría ser una persona natural no un aparato organizado de poder. Aplicarla a casos colombianos vulnera el principio de legalidad al aplicar un derecho penal expansionista que no respeta principios ni garantías consagradas en nuestro derecho penal constitucional.

A modo de conclusión, no sería hoy en día factible para juzgar estos casos acudir a figuras dogmáticas tradicionales, pues la macro criminalidad exige nuevas interpretaciones, pues somos un país globalizado en el cual la criminalidad va en aumento y debe hacerse frente con categorías acordes a la realidad. La teoría de la autoría mediata se aplica en cambio más fácilmente para responder a vacíos y dudas que surjan de un material probatorio pertinente, teoría acogida por muchos hoy en día, pero que tampoco se comparte en eventos donde no encajan sus postulados.

No es procedente por tal en nuestro sistema penal a partir de la definición que trae nuestro código, aplicar la teoría de la autoría mediata utilizando a un aparato de poder como instrumento, pues esto conlleva a una aplicación extensiva del derecho penal.

CAPITULO II. TEORIAS DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Introducción.

En materia de derecho penal internacional se avanzó mucho en la consagración de los modelos de intervención, sobretodo en la jurisprudencia y estatutos de los Tribunales Penales Internacionales *Ad Hoc*. Así por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) ayudó mucho en el tema pues en el derecho internacional consuetudinario hoy en día se identifican distintas formas de intervención en un crimen de derecho internacional. *“Junto con la autoría directa se han asentado otras formas de participación penalmente relevantes (complicity). Entre ellas, se encuentran la comisión conjunta (coautoría), la determinación de un tercero a la comisión de un crimen de derecho internacional a través de una orden o inducción así como la ayuda a un tercero en la comisión de un crimen de derecho internacional” (Werle, 2005).*

En el Estatuto de la Corte Penal Internacional se consagran todas las formas de intervención en un crimen de derecho penal internacional. Así por ejemplo, hablando de la coautoría, el Estatuto consagra la figura de la comisión conjunta en su artículo 25.3 al consagrar que si en la comisión del crimen de derecho internacional participan conjuntamente varias personas cada uno será responsable penalmente. El TPIY ha fundamentado la responsabilidad conjunta en la figura jurídica de intervención en una *“Empresa Criminal Conjunta o Joint Criminal Enterprise”*. Así las cosas, la jurisprudencia del TPIY ha sido acogida por varios Estados.

Ahora bien, el artículo 25.3 d) del Estatuto de la CPI trae y describe una forma de intervención llamada “*colaboración en crímenes cometidos por grupos*”. La participación en la comisión de un crimen de derecho internacional, consumado o en grado de tentativa, llevado a cabo por un grupo. Es punible por tanto cualquier contribución al crimen cometido por el grupo, que no pueda ser calificada como otra forma de participación, teniendo en cuenta sobretodo la colaboración. “*Esta regulación incluye el suministro de armas, la financiación o cualquier otra forma de colaboración indirecta en un crimen de derecho internacional*”. (Werle, 2005).

1. Autoría Mediata a través de Estructuras Organizadas de Poder.

Más adelante se comprenderá porque este tema de la Autoría Mediata a través de Estructuras Organizadas de Poder se analiza en éste capítulo y no en el primero, aunque se hagan algunas alusiones sobre dicha figura en el mismo.

Se utilizarán siglas para identificar algunas palabras, así:

JCE- Joint Criminal Enterprise

ECC-Empresa Criminal Común o Conjunta

TPIY- Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

ECPI- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

ETPIY- Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia

Vale mencionar que esta figura en Colombia ha sido analizada por vía jurisprudencial¹⁷ como ya se dijo líneas atrás, y existe doctrina predominante sobre el tema en la cual

¹⁷ Caso Salvador Arana. CSJ. Rad. 32.672 de 3/12/2009; Caso Álvaro García Romero. CSJ. Rad. 32805 de 23/02/2010; Caso Coronel Plazas Vega. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá. Rad. 0025/2008.

algunos tratadistas como Álvaro Márquez¹⁸ y Fernando Velásquez¹⁹, entre otros, han estudiado la figura y han realizado grandes aportes a su configuración. Algunos consideran que a partir del artículo 29 del Código Penal Colombiano, si es posible hablar de autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, ya que nuestro código señala que es autor “quien realice la conducta punible [...] *“utilizando a otro como instrumento”*. Y que esta persona que actúa como instrumento, puede llegar también a responder por los hechos cometidos conforme a su aporte en el hecho.

La teoría de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, propia de los estudios adelantados por Roxin, y creada para responsabilizar penalmente e imputar algunas conductas a los jefes de la criminalidad por los delitos cometidos, ha generado grandes problemas de imputación, y para muchos, podría aplicarse acá en Colombia, pues comúnmente y como ha sucedido en los casos de criminalidad organizada en nuestro país, es el jefe o superior el que siempre emite la orden delictiva,

¹⁸ Abogado, Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-España. Ex Magistrado y Ex Fiscal y autor entre otros de obras del Derecho Penal entre otras: *La Autoría Mediata en el Derecho Penal: Formas de Instrumentalización*.

¹⁹ Abogado penalista y Profesor universitario colombiano. Estudió en la Universidad de Antioquia donde obtuvo el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas (1979); fue becario de la sociedad Max Planck (1981, 1985) y de la Fundación Alexander Von Humboldt (1991-1993, 2005), ambas alemanas. Es autor de numerosos artículos en el ámbito del derecho penal publicados en revistas y en libros colectivos de diversos países, de decenas de ponencias presentadas en Congresos de su especialidad, y de libros relacionados con las materias de las cuales se ocupa entre los que deben mencionarse su *Derecho Penal. Parte General* (tres ediciones con la Editorial Temis y una, la cuarta, de 2009, con la Editorial Comlibros en Colombia y la Editorial Jurídica de Chile de Chile); y el *Manual de Derecho Penal. Parte General* (dos ediciones con la Editorial Temis; la tercera con la Editorial Comlibros y, las dos últimas, con la Editorial Jurídica Andrés Morales). Ha sido profesor de las Universidades de Antioquia, Medellín, Pontificia Bolivariana y, actualmente, desde 2006, de la Universidad Sergio Arboleda, de Bogotá, en la cual es el Director del Departamento de Derecho Penal, de la Especialización en Derecho Penal y Codirector de la Maestría en Derecho, Línea de Investigación en Derecho Procesal Penal. También, se desempeña como columnista del periódico *El Colombiano* de Medellín, desde 2013.

con la seguridad de que cualquier integrante o miembro conocido o no de la estructura jerárquica criminal, la cumplirá.

Ahora bien, también se ha dicho que categorías dogmáticas tradicionales y establecidas en nuestra legislación no son suficientes para responder ante la oleada de criminalidad organizada, es por esto, que la justicia ha acudido a teorías de derecho penal internacional, a las cuales también debe hacerse un análisis en pro o no de su aplicación en nuestra justicia penal, pues si bien es un deber del estado investigar y sancionar la criminalidad organizada, evitando la impunidad, también lo es, que la justicia debe hacerse efectiva con todas las garantías debidas y sin menoscabar derechos fundamentales.

Por tal razón en un capítulo posterior, se analizarán algunas decisiones jurisprudenciales, en las cuales se han aplicado diversas teorías, para conocer por último el criterio que opera en Colombia, a raíz de los pronunciamientos emitidos por los Tribunales en nuestro país a partir de septiembre de 2009, pues en la doctrina nacional y a nivel jurisprudencial, han habido diferentes opiniones, pues para muchos en los casos donde se ha analizado la responsabilidad del superior jerárquico, se han cometido muchas inconsistencias en la denominación del título de la imputación, pues en estos casos se ha hablado de coautoría, coautoría impropia, autoría accesoria, determinadores y otros.

Es importante hacer una pequeña reflexión sobre la “*fungibilidad*” (requisito establecido por Roxin para la configuración de la figura) y es acerca de la importancia que en este tema aporta dicho concepto para entender el mismo. Los ejecutores son intercambiables, no siendo necesario ni siquiera que el hombre de atrás los conozca, porque tiene la plena certeza de que se cumplirá su orden, pues aunque uno de los ejecutores no pueda cumplir, otro con inmediatez lo hará, por lo que el hecho no se puede impedir, sino que el ejecutor puede de pronto, arrepentirse de cometer el hecho por ejemplo. Por tanto, los

ejecutores, como lo dice Roxin, son ruedas intercambiables en el engranaje del aparato de poder.

Para el tratadista Fernando Velásquez²⁰ la autoría mediata no se presenta cuando el instrumento obra dentro de un aparato de poder en el marco de organizaciones criminales, en donde las órdenes de ejecutar el delito son originadas desde la cúspide jerárquica del hombre de atrás y deben ejecutarse por los subordinados. Tales son los casos del régimen nazi o ya especificando en Colombia, la guerrilla o los paramilitares, que son grupos al margen de la ley y otros insurgentes, que se han establecido como tales, por eso acá se incluyen variadas organizaciones criminales de diferente naturaleza.

Acá en este punto es donde afirma Fernando Velásquez que se han presentado dificultades para encuadrar estas conductas de criminalidad difusa, pues algunos se han ido por aplicar la figura de la coautoría, otros por la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, otros por la inducción, por la autoría accesoria o la complicidad necesaria en algunas ocasiones, solo para contrarrestar los fenómenos de criminalidad organizada. (Velásquez, 2010).

Por su parte Zaffaroni, cita también a Roxin, indicando que éste elaboró una tesis en la que plantea que existe otra forma de autoría en donde el dominio del hecho se da por fuerza de un aparato organizado de poder, manifestando que la tesis del profesor Claus Roxin, se discutió en Argentina con motivo del juzgamiento de las Juntas de la Dictadura de 1976-1983 y no fue acogida por la Corte Suprema (Zaffaroni, 2006, 615). A cerca de su posición frente a la tesis del profesor alemán, considera que el comitente es un determinador y si se le considerara autor mediato habría tentativa desde que comienza a dar la orden, en tanto si se lo considera instigador, recién será punible cuando el ejecutor final comience su conducta. Para Zaffaroni, no se observan ventajas en esta teoría

²⁰ Cuadernos de Derecho Penal No. 4. Universidad Sergio Arboleda. Los Aparatos Criminales Organizados de poder.

porque es una cuestión de hecho determinar si se mantuvo o no el dominio del hecho, en cuyo caso no habría que descartar la coautoría o la participación necesaria. Mencionando la fungibilidad, afirma que no indica nunca que el aporte no sea necesario. (Zaffaroni).

A. Explicación de la figura y sus características:

Un acercamiento a lograr una definición de quien puede ser autor mediato sería quien realiza el tipo, aunque no lo ejecute directamente, sino que para ello se vale de otra persona que actúa como instrumento de su voluntad.

Hombre de atrás=Autor mediato. (No realiza personalmente la acción ejecutiva).
Ejecutor=Instrumento. (Realiza la acción ejecutiva)

La Autoría Mediata se caracteriza por:

- ❖ El dominio del hecho debe tenerlo el hombre de atrás.
- ❖ El instrumento debe encontrarse subordinado al hombre de atrás.
- ❖ El instrumento no debe actuar libremente, salvo en los casos en que el instrumento obra dentro de un aparato de poder.

Lo que caracteriza el dominio del hecho entonces es la subordinación de la voluntad del instrumento a la del autor mediato.

Referente al tema de la delimitación del concepto, Jescheck sostiene que *“la autoría mediata es una forma de autoría y, al igual que la autoría inmediata se caracteriza por que supone la existencia del dominio del hecho. Es autor mediato quien realiza el tipo penal sirviéndose para la ejecución de la acción típica, de otra persona como “instrumento”. El dominio del hecho requiere en la autoría mediata que todo el proceso se presente como obra de la voluntad rectora del hombre de atrás y que este, tenga en su mano, gracias a su influjo, al intermediario en el hecho”*. (Jescheck, 1987, 917).

Para que pueda decirse que existe un dominio del hecho por tanto en el hombre de atrás, el instrumento debe encontrarse respecto del mismo, en una posición de subordinación.

B. Dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas. –Autoría y dominio del hecho en derecho penal:

Según estudios de Claus Roxin, se conocía hace algún tiempo que el dominio de la voluntad por parte del sujeto de atrás podía basarse en una coacción o en un error del ejecutor del hecho, pues eran las dos estructuras básicas de la autoría mediata (coacción y error). Posteriormente y a raíz del estudio desarrollado por éste catedrático y estudioso del derecho penal, se descubrió que no sólo estas dos, agotaban las posibilidades de *autoría mediata*. El tema del dominio de la voluntad a través de estructuras organizadas de poder era un tema que en la jurisprudencia y en la doctrina no se discutían, pero que en este siglo viene siendo el tema más importante para resolver los nuevos y complejos problemas que quedan sin resolver tan solo con la aplicación de la anterior tendencia (ROXIN. 2003). Esto significa que, el sujeto de atrás, tiene a su disposición una maquinaria personal (casi siempre organizada estatalmente) y con su ayuda y colaboración, puede cometer delitos sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor.

Para considerar la aplicación de esta teoría se ha manifestado que quedan excluidos el dominio por coacción y por error. Roxin al respecto, ha manifestado que en los casos de las autoridades competentes para el exterminio de los judíos y del servicio secreto extranjero, son autores mediatos de los asesinatos perpetrados a órdenes del agente STASCHYNSKI, pues en estos casos no se da la coacción ni el error, pues se intentó resolver estos casos con las categorías comunes sin obtener resultado alguno. (ROXIN. 2003).

En cuanto a la coacción, no se encontró, un solo caso en que alguien hubiera sido fusilado por negarse a cumplir órdenes de fusilar. Ocurre igual con el dominio en virtud

de error por parte del sujeto de atrás, no es indispensable que alguien que mata de propia mano a personas inocentes no comprenda el injusto material de su conducta debido a su perturbación ideológica. (ROXIN, 2003).

Cabe preguntarse entonces cómo puede estructurarse esta teoría si no concurren las categorías de error ni coacción.

Dentro de las estructuras organizadas de poder el sujeto de atrás no se subordina internamente al ejecutor, que no necesita dejar a criterio de éste el suceso, naturalmente es cierto. Su fundamento se encuentra según lo dice el mismo ROXIN, en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que actúa. En concreto, quiere decir tratándose por ejemplo del exterminio de judíos, que nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes, una posición importante en la ejecución del hecho y en su eventual responsabilidad, pero esa posición no corresponde con las características de instigación o complicidad como se verá más adelante. (ROXIN, 2003).

En palabras de Roxin: *“Cuando se dice que en el marco de tales organizaciones el sujeto de atrás no se subordina internamente al ejecutor, que no necesita “dejar a criterio” de éste el suceso, naturalmente es cierto. Sin embargo, su fundamento no puede estribar en la toma de posición anímica especial del que da las órdenes sino solo en el mecanismo de funcionamiento del aparato en el marco del que se actúa”* (ROXIN), Y en cuanto a la inducción se refiere, dice que una autoridad superior competente para organizar el exterminio masivo de los judíos o la dirección de un servicio secreto encargada de perpetrar atentados políticos dominan la realización del resultado de manera distinta a un inductor común y nadie vacilaría en atribuir a quien da las órdenes una posición clave en el acontecer global, posición que no le corresponde a los meros instigadores en los casos de criminalidad común.

Manifiesta Roxin también, que una organización en esas dimensiones funciona automáticamente, sin que importe el ejecutor, pues el sujeto de atrás, al mando de la organización, quien da la orden, puede confiar que se va a cumplir sin que tenga que

conocer al ejecutor, tampoco es necesario que acuda a criterios de coacción o engaño, pues sabe que si alguno de sus miembros, no cumple su orden, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global.

El factor decisivo para fundamentar el dominio de la voluntad en estos casos reside por tanto en la *“fungibilidad del ejecutor”*.

En este caso en criterio de ROXIN, no falta ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que ha de responder como autor culpable y de propia mano. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de atrás, porque desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, es al mismo tiempo un engranaje sustituible en cualquier momento en la maquinaria de poder.

Cuando se habla de aparatos o estructuras organizadas de poder se está haciendo referencia a toda organización que utiliza para la comisión de delitos un aparato de poder que se encuentra organizado jerárquicamente, es decir; que cuenta con líderes de mando y ejecutores medios, entre otros. Se dice que la organización está distribuida verticalmente o en forma piramidal. En la parte superior se ubican los mandos directivos desde donde se toman las decisiones y se dirigen las órdenes, los ejecutores de esas órdenes, no toman parte en la decisión original de realizar el hecho, ni tampoco en la planificación del mismo, pero cumplen la labor de ejecutar la orden dada. En muchas ocasiones los subordinados ni siquiera conocen el plan en general, solamente la parte que les toca ejecutar en cumplimiento de una orden.

Como se dijo en líneas atrás, fue ROXIN quien planteó ya hace varios años la teoría de la autoría mediata en estructuras organizadas de poder o autoría por dominio de poder.

“Los delitos en el marco de aparatos organizados de poder, fue el título de mi conferencia dictada en febrero de 1963, con motivo del inicio de mis

clases en Hamburgo. En ella proponía una nueva forma de autoría mediata. Mi idea fundamental consistía en que, al tomar el dominio del hecho como criterio decisivo para la autoría, solamente existirían tres formas típicas ideales en las cuales un suceso puede ser dominado sin que el autor tenga que estar presente en el momento de la ejecución: puede obligar al ejecutante, puede engañar a este, y –está era la nueva idea- puede dar la orden a través de un aparato de poder, el cual asegure, de órdenes, incluso sin coacción ni engaño, dado que el aparato por sí mismo garantiza su ejecución” (ROXIN, 2003).

Para el estudio acá planteado es necesario delimitar como está compuesta una organización criminal, trayendo un ejemplo en el caso colombiano en donde predominan organizaciones, grupos paramilitares y/o guerrilleros entre otros, los cuales según estudios y la experiencia, se ha identificado que se encuentran organizados en bloques y/o comandancias (general, político, militar, de finanzas, de columnas, de escuadras entre otras), como algunos combatientes rasos²¹. Ahora en otras investigaciones,²² se ha estudiado la composición y estructura de estos grupos y se ha concluido que en los grupos ilegales se distinguen algunos grupos así:

“- los grupos de oposición política armada (guerrillas).

- las “milicias” grupos armados supuestamente al servicio de la comunidad en algunos barrios de las ciudades grandes, que normalmente tienen vínculos con la guerrilla, la mafia o los paramilitares (Riedmann, 1998).

²¹ <https://otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/Estructura+militar+de+las+FARC.pdf>

²² Justicia y Paz (Tierras y Territorios en las versiones de los paramilitares) Informe del Centro de Memoria Histórica. JUAN MANUEL ZARAMA SANTACRUZ y YAMILE SALINAS ABDALA. Septiembre 2012.

https://es.wikipedia.org/wiki/Estructura_militar_de_las_FARC.

- las grandes bandas delincuenciales, tal como las mafias narcotraficantes, los grupos de atracos en las rutas de larga distancia, las bandas de secuestradores con fines puramente comerciales, entre los más importantes.

- los “ejércitos privados” de algunas empresas o grupos empresariales, especialmente en el campo, que no son de carácter legal.

- los escuadrones de muerte con fines de “limpieza social”, que en algunas partes del país operan a cargo de comerciantes y muchas veces tienen vínculos con las fuerzas de seguridad del Estado (Fuerza Pública) si no provienen directamente de sus filas.

- y finalmente los grupos armados de derecha con fines políticos que muchas veces mantienen lazos más o menos estrechos con algunos de los antes mencionados y también con la Fuerza Pública. Debido a esta última relación, pero también en vista de su función real como ejército contrasubversivo en determinadas regiones del país, se los llama normalmente “paramilitares”²³.

(...)

Cuando en este trabajo se menciona el término “parapolíticos” no se está haciendo mal uso del mismo, pues en diferentes estudios, documentos y trabajos, se hace referencia a este término para hablar de aquellos servidores públicos civiles que participaron en aquella estrategia macro criminal de los grupos ilegales. Así por ejemplo: “...surge la pregunta sobre la existencia o no de una estrategia macro criminal de despojo de tierras y territorios y de su legalización, y de cómo participaron y se beneficiaron de ellas los aliados de la quíntuple alianza delictiva gestada por la Casa Castaño: paramilitares, políticos y otros servidores públicos civiles (“parapolítica” y para institucionalidad civil), militares (para institucionalidad militar); élites locales políticas, económicas y empresariales (“para economía” y “para empresarismo”) o “narco paramilitarismo”²⁴.

²³ Ibídem

²⁴ Ibídem

Términos que se encuentran en diferentes obras también, y se utilizan en este trabajo para hacer referencia a ciertos fenómenos.

Sin embargo los aparatos organizados de poder presentan algunas características típicas:

- ❖ Es esencial el elemento de la subordinación de unos con otros. Acá se diferencian los ejecutores, de los dirigentes dentro de la estructura.
- ❖ Los ejecutores del hecho no actúan por cuenta propia, ni contrarían las metas del grupo, por el contrario, ejecutan la voluntad de la cúpula y reconocen la autoridad en cabeza de los altos dirigentes.
- ❖ La toma de decisiones dentro de la estructura se concentra en los dirigentes de la organización, quienes para la realización del hecho cuentan con subordinados, destinados a ejecutar y materializar el hecho.

Ahí radica el fundamento de la responsabilidad en la que incurren los miembros pertenecientes a organizaciones criminales que no actúan directamente cometiendo los hechos, sino ordenándose a otros para que lo hagan amparados en el aparato de la organización, delimitándose el compromiso criminal tanto de los miembros ejecutores de las resoluciones delictivas de la organización y, principalmente, de aquellos que sin intervenir materialmente en los hechos delictivos ostentan una posición relevante en la toma de decisiones por estar en la cúpula de la organización o en un grado intermedio entre dirigentes y 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 dominio del hecho cuando aprovecha determinadas condiciones marco pre configuradas por unas estructuras de organización, de modo que dentro de esas condiciones su contribución al hecho desencadena procesos reglados. (Ambos K, 1998).

- ❖ El aparato de poder tiene que haberse separado en su totalidad de las normas jurídicas.

La teoría de Roxin es pues, la teoría que en la actualidad los Altos Tribunales aplican en Colombia para resolver los casos de responsabilidad penal de los dirigentes de las organizaciones criminales y sus integrantes. Según Roxin²⁵, estos sujetos aunque no hayan cometido directamente el hecho, deben responder penalmente en calidad de autores mediatos. (ROXIN, 2003).

Roxin con su teoría del dominio del hecho, teoría que analiza los casos de autoría y participación, afirma que el dominio de la voluntad es como ya se dijo líneas atrás, la forma de dominio del hecho propia de la autoría mediata. Para Roxin, conforme la teoría del dominio del hecho, el dominio de la voluntad- forma del dominio del hecho propia de la teoría mediata, no solo se configura cuando el “sujeto de adelante”, ósea, el sujeto ejecutor material de la conducta obra bajo error o coacción, sino también cuando se trata de un miembro de una estructura o aparato de poder organizado, que actúa cumpliendo la orden de uno de los jefes de dicha maquinaria, que le ha sido transmitida directamente por él o por un intermediario. Roxin afirma que cuando se presenta dicha situación, el “sujeto de atrás” domina la voluntad del “sujeto de adelante”, teniendo en cuenta su pertenencia a la organización sobre la cual ejerce poder.

Uno de los casos más emblemáticos de la historia en donde Roxin defiende su teoría, es dentro del proceso de Otto Adolf Eichmann*²⁶, acá el tratadista observa el

²⁵ El dominio 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. Traducción del original por la Dra. Justa Gómez Navajas (Universidad de Granada).

²⁶ Teniente de las SS nazis. Fue el responsable directo de la solución final, principalmente en Polonia, y de los transportes de deportados a los campos de concentración alemanes durante la segunda guerra

dominio de la organización. Cuenta Roxin que *“el defensor de Eichmann señalaba en favor de su cliente que de haberse negado a obedecer, ello no habría surtido efecto alguno en la ejecución del exterminio de los judíos y por eso no habría importado a sus víctimas. La maquinaria de impartir órdenes habría seguido funcionando como lo hizo después de que mataran a Heydrich...Frente a la orden del todopoderoso colectivo, el sacrificio carece de sentido. Aquí el crimen no es obra del individuo; el propio Estado es el autor...”*. (ROXIN, 2007, 273).

Reinhard Tristan Eugen Heydrich fue también un oficial nazi de alto rango durante la Segunda Guerra Mundial, y uno de los principales arquitectos del Holocausto Nazi.

Adolf Eichmann, era la persona encargada de localizar a los judíos en los países invadidos y orquestar su traslado a los campos de concentración alemanes durante la segunda guerra mundial, donde después eran ejecutados. Este líder fue juzgado por un tribunal de Jerusalén y condenado a la horca. Para Roxin, en este y otros casos de superiores nazis los cuales daban órdenes para ejecutar a los judíos debía entonces aplicarse la teoría para fundamentar la autoría en dichos sucesos.

En palabras de Kai Ambos, *Eichmann “no era ‘una marioneta’ en manos de otros”, sino que tenía “su lugar entre los directivos”. Desde este punto de vista, de facto ostentaba la responsabilidad administrativa de la solución final” Si esto es así, sin embargo, y siguiendo a Roxin, cabe comprobar que su falta de proximidad frente al hecho, o la reducción de esta, quedaba compensada con un incremento de dominio por organización”*. (Ambos, 2009, 35-36).

Mientras que la jurisprudencia alemana tuvo acercamientos significativos con la teoría del dominio del hecho, hubo necesidad de reconocer una autoría mediata basada en el dominio de la organización, por parte de órganos directivos, políticos o administrativos. En las sentencias del caso Eichmann, también estudiadas por Roxin,

mundial. Fue el encargado de la organización de la logística de transportes del Holocausto Nazi: https://es.wikipedia.org/wiki/Adolf_Eichmann.

se constató que la aplicación de la teoría tradicional de autoría y participación, no se adecuaba a los delitos juzgados, por eso se empezó a hablar de una teoría que aumentara la responsabilidad jurídico individual en donde la distancia hacia el hecho fuera mayor, y en donde el hombre de atrás quien dirigía la acción tuviera una mayor responsabilidad que el autor directo. Esa fue la solución a la que llegó el Tribunal de Distrito en la época.

C. Requisitos de la figura.

Son tres requisitos necesarios para Roxin para poder configurar la teoría de la autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder: i). El dominio de la organización por los autores mediatos, ii). La fungibilidad de los ejecutores materiales y iii). La desvinculación del derecho del aparato de poder organizado. (ROXIN, 2007)

i). El dominio de la organización por los autores mediatos o poder de mando.

Según ésta teoría el dominio de la voluntad se presenta en quienes actúan en la cúpula de una estructura de poder organizada y en los que ejercen algún tipo de autoridad en la misma. Los primeros, dominan la organización, tienen control sobre ella y ese control se manifiesta sobre el hecho realizado a través de ella. (Roxin, 2007).

El dominio del hecho de los superiores surge en la medida en que estos dentro de la organización tienen en su poder una maquinaria de personas, que son los que ayudan en la actuación criminal.

Estas personas que intervienen dentro de la maquinaria, colaboran en los hechos delictivos, y la realización de los hechos no depende de la voluntad autónoma del ejecutor. La característica de jerarquía de dichas organizaciones criminales y su

verticalidad, permite confiar en que las órdenes van a ser ejecutadas casi con total seguridad, es una obediencia casi automática de aquellos sujetos que están en la base.

Ahora, si la persona encargada de ejecutar la orden del superior, se niega a cumplirla, puede haber otro encargado de ejecutarla, por lo que la confianza en que se va a cumplir el designio es total. *“...Contemplando la realidad con más agudeza se pone de manifiesto que este enjuiciamiento distinto se basa en el funcionamiento peculiar del aparato, que en nuestros ejemplos está a disposición del sujeto de detrás. Una organización así despliega una vida independiente de la identidad variable de sus miembros. Funciona “automáticamente”, sin que importe la persona individual del ejecutor. Basta con tener presente el caso, en absoluto de laboratorio, del gobierno, en un régimen dictatorial, que implanta una maquinaria para eliminar a los desafectos o a grupos de personas. Si dada esa situación (por expresarlo gráficamente) el sujeto de detrás que se sienta a los mandos de la estructura organizativa aprieta el botón dando la orden de matar, puede confiar en que la orden se va a cumplir sin que tenga que conocer al ejecutor...”* (Roxin, 2007, 272).

Autor mediato solo puede ser entonces quien dentro de una organización tiene autoridad para dar órdenes y la ejerce para causar realizaciones del tipo. Para Roxin, el comandante de un campo de concentración nazi era, por tanto, autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque el mismo actuara por indicación de cargos superiores. Por tanto, pueden en ocasiones encontrarse en los diferentes niveles jerárquicos de mando varios autores mediatos en cadena. (Roxin, 2007).

ii). La fungibilidad de los ejecutores materiales.

Roxin a través de su teoría afirma que *“El factor decisivo para fundamentar 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”* (Roxin, 2007).

Consiste pues esta característica en que si el sujeto al cual se le da la orden de ejecutar la conducta no lo puede hacer o se niega a cumplir con la misma, puede inmediatamente ser reemplazado por otra persona que la va a ejecutar y que también pertenece a la organización. Según Roxin, ese autor actúa de manera responsable y directamente en la ejecución del hecho, quien ha de responder como autor culpable y de propia mano. Afirma Roxin que *“En esta circunstancia puede confiar plenamente el que da la orden. Si uno fracasa o por cualquier circunstancia no ejecuta la acción, otro le va a suplir, y precisamente esta circunstancia convierte al respectivo ejecutor, sin perjuicio de su propio dominio de la acción, al mismo tiempo en instrumento del sujeto de atrás...desde su atalaya el agente no se presenta como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible. El ejecutor, si bien no puede ser desbancado de su dominio de la acción, sin embargo es al mismo tiempo un engranaje-sustituible en cualquier momento- en la maquinaria del poder, y esta doble perspectiva impulsa al sujeto de detrás, junto con él, al centro del acontecer”* (Roxin, 273).

El ejecutor de la conducta es entonces una figura sustituible en cualquier momento y quien domina el hecho es el dirigente de la organización, quien da la orden de ejecutar el hecho.

iii). La desvinculación del derecho del aparato de poder organizado.

Sobre esta característica dice Roxin que esta forma de dominio de la voluntad solo es posible cuando se trate de estructuras de poder organizadas que actúan por principio al margen de la ley o desvinculadas del derecho. (Roxin, 2007).

El dominio de la organización solo puede existir donde la estructura organizacional se encuentre fuera del margen del derecho. Es de entender que si la organización es legal y sus integrantes hacen parte de una institución cumplidora del ordenamiento jurídico, las órdenes no podrían ser ilegales ni antijurídicas. Es importante para Roxin que la organización esté desvinculada de la legalidad.

Roxin siempre ha sostenido este requisito como condición indispensable del dominio de la organización sin embargo, esta posición ha sido discutida por algunos tratadistas como *Kai Ambos* y *Muñoz Conde*. De todas maneras éste último, le da la razón a Roxin, respecto de que aplica su teoría no solo a los delitos cometidos por un aparato de poder organizado, sino a los que sin pertenecer a él constituyen organizaciones secretas, bandas criminales y grupos de similar condición que se muestran en la clandestinidad, pues lo que importa para la teoría de Roxin es que la finalidad de estos grupos sea contraria al derecho. Para *Muñoz Conde* en ciertos casos debe excluirse por tanto el dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, no porque éstas organizaciones no estén al margen del Derecho, sino porque no se dan los otros dos elementos que fundamentan el dominio de la voluntad: el dominio de la organización y la fungibilidad de los ejecutores, por lo tanto, para este autor es mejor hablar de coautoría. (Muñoz Conde, 2000, 113-114).

Al Respecto *Ambos*, manifiesta que no es necesario que todo el aparato del Estado como tal funcione fuera de los límites del derecho nacional o internacional; basta que una parte de las instituciones, por ejemplo las fuerzas de seguridad, funcionen como un «Estado dentro del Estado» e implementen una política de violaciones de derechos humanos bajo el liderazgo de altos funcionarios. Considera que la desvinculación del derecho puede realizarse de manera instantánea mediante la decisión del nivel estratégico superior de abandonar el Estado de derecho o de manera gradual, por medio del deterioro continuo de las estructuras democráticas del Estado. (Ambos, K, 2011).

Afirma Roxin que el aparato de poder entonces tiene que haberse desvinculado del Derecho, no en toda relación, sino solo en el marco de los tipos penales realizados por él, y coloca el ejemplo de los asesinatos en el muro de Berlín, pues estas acciones se encontraban desvinculadas del derecho. “*Si, por ej. El homicidio de fugitivos en el Muro hubiera estado prohibido de modo general y hubiese sido solo el resultado de órdenes de funcionarios no autorizados, tales hechos habrían sido de ese modo acciones individuales y tratados conforme a las reglas de la inducción y la autoría. El soldado de*

frontera hubiera podido entonces desobedecer también en cualquier momento apelando a la legislación de la RDA y, en otros casos, a la praxis correspondiente a esta. Lo mismo es válido para las acciones de exterminio masivo llevadas a cabo por los nazis, a las que no se hubiese podido llegar nunca si se hubiera tratado solo de extralimitaciones de individuos y no de un gran aparato que hubiese trabajado con este objetivo sistemáticamente y con todos sus componentes...” (ROXIN, 2006).

Kai Ambos, afirma que “...como grupos de casos entran en consideración aparatos de poder de organización estatal y no estatal, es decir, Estados totalitarios y determinadas formas de criminalidad organizada, en la medida en que esta última posea los elementos estructurales mencionados. La desvinculación del derecho de estos aparatos de poder no tiene por qué ser excluida, pero no constituye una condición ni suficiente ni necesaria del dominio por organización. Por lo tanto, resulta prescindible en cuanto elemento estructural del dominio por organización” (Ambos, K, 2011).

D. Sobre el principio de responsabilidad:

En este trabajo el principio de responsabilidad se puede analizar desde dos perspectivas diferentes, la primera; es sobre las críticas en contra de la figura del “*autor detrás del autor*”. Los defensores de este principio, rechazan la figura del “*autor detrás del autor*”, argumentando que no puede existir una autoría mediata del hombre de atrás, si el ejecutor inmediato es ya plenamente responsable como autor del hecho delictivo. (Pariona R,).

Esta crítica gira en torno al ejecutor inmediato, poniendo el acento en sus características o cualidades. Esta posición la defiende Jakobs por ejemplo. Además de lo anterior, los defensores de este principio sostienen que ante la intervención de varios sujetos en el hecho, uno como ejecutor directo y otro como “hombre de atrás”, solamente uno de ellos podría responder por el mismo, porque la responsabilidad como

autor de alguno, excluiría la del otro y un autor plenamente responsable no podría ser al mismo tiempo instrumento de otro, pues solo uno puede tener el dominio²⁷.

La otra perspectiva; es desde el análisis de la responsabilidad penal individual en el derecho penal internacional, consagrada así en el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Los representantes del principio de responsabilidad, defienden la posición de que un autor plenamente responsable no puede ser simultáneamente instrumento de otro. Sin embargo, algunos de sus defensores han reconocido el dominio de la organización como una excepción lícita del principio de responsabilidad²⁸.

Según este principio entonces, *“el hombre de adelante por eso y solo eso es instrumento del hombre de atrás, ya que el mismo o no cumple los presupuestos objetivos y subjetivos del tipo penal, o no ha actuado ilegalmente, o no se ha comportado culpablemente y en cualquier caso para el hecho no es responsable penalmente, de forma que la responsabilidad que le falta es derivada al hombre de atrás. Contrario sensu, cuando el hombre de adelante es responsable penalmente, el hombre de atrás responde solo como partícipe, de forma que según este principio no existe ninguna figura jurídica del autor detrás del autor. En otras palabras, cuando se configura la plena responsabilidad penal del ejecutor material se descarta la teoría*

²⁷ Siguiendo los postulados de JAKOBS la teoría de la coautoría impropia se aplicó y permitió imponer similares penas a los ordenadores y ejecutores del hecho en algunos casos como el de Machuca y la Gabarra. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de casación de 7 de marzo de 2007, radicación 23825 (Caso de la Masacre de Machuca); y de 12 de septiembre de 2007, radicación 24448 (Masacre de La Gabarra).

²⁸ En cuanto se refiere a la autoría mediata «dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder», Roxin, Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, Madrid-Barcelona, 1998, Edit. Marcial Pons, trad. de la 6.ª ed. alemana por J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, p. 271, admite la responsabilidad tanto del ejecutor directo como del sujeto de detrás, en cuanto que aquél se presenta como una figura anónima, sustituible e intercambiable.

mediata. Toda vez que esta modalidad de autoría mediata que se comenta supone admitir la posibilidad de un autor tras el autor, constituye una excepción a dicho principio” (Schunemann, B. 2004, 34-35).

Ahora bien, viendo el principio de responsabilidad, según el derecho penal internacional una persona puede ser penalmente responsable por la comisión de crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y genocidio, como por intentar, colaborar, facilitar o ser cómplice o encubridor de dichos crímenes. También se puede ser penalmente responsable, por planificar e incluso por instigar la comisión de dichos crímenes. (Estatuto de la Corte Penal Internacional).

Como una breve reflexión de lo que significa este principio a la luz del derecho penal internacional, tenemos que recordar primero que el Estatuto de Roma el cual entró en vigencia el 1 de julio de 2002, representó un gran avance en la persecución de los graves crímenes internacionales, como también los que han existido históricamente, como los Tribunales Militares Internacionales de Núremberg y Tokio en 1945 y 1946. También el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia de 1993 y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda en 1994 constituyeron avances significativos en la lucha contra los más graves crímenes. En la actualidad, la Corte Penal Internacional, conoce de la responsabilidad individual de estos crímenes.

Hablando del Estatuto de la Corte Penal Internacional, la responsabilidad penal se encuentra inmersa en los artículos 25 a 33, en donde se puede entender que la responsabilidad individual hace parte de los principios generales del derecho penal. La responsabilidad penal individual tiene por tanto, un elemento objetivo (*actus reus* o acto externo) y uno subjetivo (*mens rea* o intención del agente).

El principio de responsabilidad tiene varios aspectos importantes los cuales deben analizarse en otro contexto, pues no debe desconocerse la trascendencia que tiene por ejemplo al inmiscuirse en temas derivados de la responsabilidad individual, como son las determinadas formas de responsabilidad y participación, las reglas de autoría e

imputación, exclusiones de responsabilidad, causales de justificación, entre otros temas de relevancia que por su complejidad no es factible extender en este trabajo.

2. Empresa Criminal Conjunta y/o “Joint Criminal Enterprise”.

Como primera medida tenemos que aclarar que la naturaleza jurídica de esta teoría es dada por el derecho penal internacional.

A. Explicación de la figura y sus modalidades:

La Empresa Criminal Conjunta (ECC) se encuentra compuesta por tres (3) elementos: i) *ECC básica*, ii) *ECC sistemática* y iii) *ECC extendida*. Fue la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia, basándose en la jurisprudencia de los casos de los crímenes cometidos durante la Segunda Guerra mundial, que hizo ésta clasificación y algunos autores entre ellos *Héctor Olásolo* y *Kai Ambos* (2007), al abordar temas de derecho penal internacional, se han ocupado de ella. Sus antecedentes remontan a los procesos de *Núremberg* y *Tokio*, en los cuales se estudió la participación en la comisión de delitos en donde predominaba un propósito común. Para *Ambos*, ésta teoría es una salida para perseguir y enjuiciar crímenes internacionales, y se consagra para superar ciertos vacíos²⁹ en la justicia como para imputar responsabilidad de los intervinientes en los distintos crímenes.

“La responsabilidad por JCE sirve para imputar actos o resultados lesivos a ciertas personas en virtud de su intervención en una empresa criminal conjunta (colectiva). La empresa criminal se define como un acuerdo común, expreso o tácito, para cometer ciertos actos criminales con un objetivo o finalidad criminal trascendente...Los intervinientes en la empresa criminal se encuentran unidos por su deseo o voluntad común de lograr el objetivo final a través de todos los medios necesarios, incluyéndose

²⁹ Existen varias interpretaciones acerca del grado de participación y la correspondiente imputación por los actos cometidos.

aquí, a todos los crímenes que deban ser cometidos para la consecución de ese objetivo final a través de su acción conjunta. El elemento principal o característica esencial de la JCE es el propósito criminal común, asociado o combinado. El propósito común es el elemento colectivo de la responsabilidad por JCE y gracias a él todos los agentes que intervienen en la empresa criminal quedan vinculados entre sí, de ese modo, la existencia del propósito común convierte a esta teoría de la JCE en un modelo de responsabilidad colectiva que se basa en un modelo de responsabilidad participativa-institucional o sistémica...Esta responsabilidad se asemeja a la “conspiracy” y a la responsabilidad por pertenencia u organización aplicada en Núremberg; semejanza que es más notoria en los supuestos de JCE III, donde los miembros o participantes de la JCE pueden responder por los crímenes cometidos por otros participantes, a pesar de no haber sido expresamente acordados de antemano, siempre que, al menos, éstos fueran previsibles. De este modo, la responsabilidad por JCE se basa fundamentalmente en la pertenencia (<<membership>>) a la organización a través de la JCE.” (Ambos, 2007.)

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI) consagró lo que se ha conocido también como la doctrina de la empresa criminal conjunta, en sus dos primeras variantes (básica y sistémica). Artículo 25 N. 1° d). Así es como se consagra:

“Artículo 25. Responsabilidad penal individual.

1. De conformidad con el presente Estatuto, la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales.

2. Quien cometa un crimen de la competencia de la Corte será responsable individualmente y podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto.

3. De conformidad con el presente Estatuto, será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) *Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea éste o no penalmente responsable;*

b) *Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa;*

c) *Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión;*

d) *Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:*

i) *Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte; o*

ii) *A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen;*

e) *Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa;*

f) *Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución, aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo.*

4. Nada de lo dispuesto en el presente Estatuto respecto de la responsabilidad penal de las personas naturales afectará a la responsabilidad del Estado conforme al derecho internacional.

La teoría de la empresa criminal común o conjunta (ECC) como así también se le ha denominado, se conoce también como “*Joint Criminal Enterprise*” y ha sido utilizada en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.

B. Breves referencias de casos del Derecho Penal Internacional:

La teoría de la “Joint Criminal Enterprise,” apareció por primera vez en la sentencia Tadic³⁰. Este es un gran fallo de la justicia penal internacional, producido por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY) contra Dusko³¹ Tadic el 15 de julio de 1997. Mediante ésta sentencia, se confirmó su condena por violaciones graves al derecho internacional humanitario. En este fallo se analizaron temas como el debido proceso, la responsabilidad penal internacional de las personas, entre otros. A continuación, se extrae un breve relato de la audiencia:

“Dusan, Dusko, Tadic dejó traslucir una ligera emoción cuando escuchó ayer a la juez que presidía la sala del Tribunal para la antigua Yugoslavia la sentencia que le condenaba a pasar 20 años en prisión. Los jueces consideran que Tadic, un serbobosnio de 41 años, casado y padre de dos hijos, participó en una campaña de limpieza étnica que incluye crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Tadic, detenido en Múnich en febrero de 1994, es el primer serbobosnio condenado por el Tribunal de La Haya en sus cuatro años de vida. El anterior condenado fue un, croata.

(...) Después de asegurarse de que el antiguo tabernero y ex instructor de karate recibía claramente la traducción simultánea a través de los auriculares, la juez norteamericana Gabrielle Kirk McDonald, que miraba al reo directamente a los ojos, recordó que Tadic trabajó como guardián en campos de concentración como los de

³⁰ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, ICTY, Prosecutor v. Duško Tadic, a.k.a. Dule, Case IT-94-1, Appeals Chamber Decision on the Defense Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995.

³¹ Debe aclararse que en varios documentos se utiliza el término Dusko y/o Dusco o similares para referirse al caso.

Omarska -que se hizo tristemente célebre por las imágenes de televisión de famélicos prisioneros tras una alambrada de espino-, Trnopolje y Keraterm, todos en la zona cercana a Prijedor. La juez le acusó de participar en el brutal asesinato de dos musulmanes y en la tortura y todo tipo de malos tratos físicos y psíquicos de los que un día fueron sus vecinos y amigos en la región de Prijedor, al noroeste de Bosnia. "Cometió estos crímenes con intención y con sádica brutalidad, usando cuchillos, barras de-hierro, la culata de una pistola, palos..."

La juez aseguró que Dusko Tadic había adoptado una conducta cruel y brutal contra los musulmanes como parte del programa de limpieza étnica y genocidio que acometieron los ultranacionalistas serbios a las órdenes de Radovan Karadzic y Ratko Mladic. "Usted respondió a esta campana y debe aceptar la responsabilidad por su conducta criminal", le dijo tras recordar que había colaborado en la deportación de ciudadanos a los campos de concentración, consciente de lo que les esperaba. (...) Tadic, de pie y flanqueado por dos policías, de las Naciones Unidas, escuchó pálido los argumentos de la juez, en algún momento con los ojos empañados y un ligero temblor en los labios. Su emoción creció levemente cuando empezó a escuchar" (El país, 1997).

En este caso la Cámara de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia sostuvo que:

"...el requisito en derecho internacional para atribuir a los Estados actos llevados a cabo por individuos privados es que el Estado ejerza control sobre tales individuos. El grado de control puede, sin embargo, variar de acuerdo con las circunstancias de hecho de cada caso. La Cámara de Apelaciones no entiende por qué en todas las circunstancias el derecho internacional requiere un alto umbral para el examen del control". "Se podría distinguir la situación de individuos que actúan en nombre del Estado sin instrucciones específicas, de aquélla de individuos que forman un grupo organizado y jerárquicamente estructurado, tal como una unidad militar o, en caso de guerra o conflicto interno, bandas armadas de irregulares o rebeldes. De hecho un grupo organizado difiere de un individuo en que el primero normalmente tiene estructura, una cadena de mando y unas reglas así como símbolos exteriores de autoridad. Normalmente,

un miembro del grupo no actúa por su cuenta sino que se ciñe a los estándares que prevalecen en el grupo y se sujeta a la autoridad de la cabeza del grupo. En consecuencia, para atribuir a un Estado los actos de tales grupos es suficiente requerir que el grupo como una unidad esté bajo el control total del Estado". "[...] [L]as reglas internacionales no requieren que tal control se extienda a la expedición de órdenes específicas o instrucciones relativas a determinadas acciones militares, sean o no contrarias al derecho internacional humanitario"³².

Lo anterior para enmarcar como este caso ayudó a la construcción y edificación de la teoría de la ECC.

La distinción entre autoría y participación en el art. 7(1) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (ETPIY) fue adoptada por la jurisprudencia del TPIY. La sentencia de apelación en el caso Tadic subrayó ya en 1999, que el principal elemento que permitía distinguir entre los conceptos de empresa criminal común y complicidad, es que *el cómplice es siempre accesorio al delito cometido por una tercera persona, el autor*.

A Tadic por tanto, se le acusó formalmente de crímenes internacionales en el campo de concentración de Omarska, y específicamente de haber asesinado a trece personas, musulmanes y croatas, torturado a dieciocho y violado a dos mujeres. Este fue condenado el 7 de mayo de 1997 a una pena de 20 años de prisión por el Tribunal, (TPIY), condena que fue confirmada por la sala de apelaciones el 14 de julio de ese mismo año. Se dice que este fallo sentó un precedente importantísimo en relación al estado del derecho penal internacional y del derecho internacional humanitario.

La postura de la jurisprudencia posterior se ha desprendido de este caso. En éste, se realiza una diferenciación entre coautoría y participación sobre la base de la contribución al hecho, que a veces era mayor la de los partícipes que la de los autores.

³² *Ibíd*em

La Sala de Apelaciones reconoció la identidad entre la coautoría y la empresa criminal conjunta básica, e intentó distinguir coautoría y “*aiding and abetting*” (complicidad), pero fracasó, debido a que el criterio utilizado atendió de manera exclusiva a la relación entre autor principal y los partícipes y a la importancia del elemento subjetivo en relación con el acuerdo común.

La Sala de Apelaciones manifestó expresamente que no consideraba necesario revisar el análisis llevado a cabo por la sentencia de apelación porque la práctica de los estados y la *opinio iuris* allí analizada, era suficiente para mostrar que la doctrina de la Empresa Criminal Común era parte de la costumbre internacional ya en 1992, al concluir que la participación en una Empresa Criminal Común da lugar a responsabilidad penal a título de coautor. La Sala de Apelaciones insistió en el hecho de que esto era así porque quienes participan en la misma, debían actuar con el deseo de que el propósito criminal común se materializara. La jurisprudencia posterior del TPIY ha afirmado de manera reiterada que quienes participan en una Empresa Criminal Común (ECC) son penalmente responsables a título de coautores.

“La participación en una empresa criminal conjunta constituye una forma de “comisión”, en el sentido del artículo 7.1 del estatuto. El partícipe en esa empresa es, pues, responsable, en tanto que coautor del crimen o de los crímenes. Por regla general se considera que el cómplice lleva una responsabilidad menor que el autor del crimen. Cuando un crimen es cometido por varios coautores en el marco de una empresa criminal conjunta, la persona que aporta ayuda y alienta es siempre el cómplice de esos coautores, incluso si puede suceder que no conozca nada acerca de su contribución...” (Ramelli, A. 2011, 499).

Para el catedrático y representante de Derecho Penal Internacional, *Héctor Olásolo*, pueden distinguirse elementos objetivos y subjetivos propios de dicha teoría y que la caracterizan:

C. Elementos objetivos de la teoría:

C.1. Pluralidad de personas: La Sala de Apelaciones ha manifestado que no es necesario identificar a cada participante con su nombre y que no tienen por qué pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar, económica o política. *“Mientras que el tribunal debe identificar el carácter plural de las personas que conforman la empresa criminal conjunta, no necesita identificar por su nombre a cada una de las personas involucradas. Dependiendo de las circunstancias, puede ser suficiente referirse a categorías o grupos de personas”*³³.

C.2. Plan común o propósito común: La Sala ha manifestado que el Fiscal debe precisar el objetivo del propósito y su contenido temporal, geográfico, y comprobar que es un propósito común para todos los miembros de la Empresa Criminal Conjunta. Se requiere que el plan común se lleve a cabo, de manera que los delitos acordados se cometan en ejecución del mismo. Esta doctrina requiere que el plan común se dirija específicamente a la comisión de delitos integrales (*Core Crimes*) de la empresa criminal común, o que al menos la comisión de estos últimos sea el medio elegido para la consecución de los fines a los que se dirige el plan común. *Olásolo*, afirma que no es necesario que el plan común haya sido acordado con anterioridad a la comisión de los delitos, puesto que el mismo puede adoptarse sobre la marcha, tampoco que el acuerdo tenga que ser expreso y su existencia puede deducirse de las circunstancias del caso, incluyendo el hecho de que varias personas hayan actuado de manera coordinada.

C.3. Contribución o Participación en la Ejecución del Plan Común: El fiscal también tiene que demostrar una contribución significativa del involucrado en el hecho y en el propósito de la Empresa Criminal Conjunta.

³³ Asunto “Limaj et al”, Sala de Apelaciones, par. 99; asunto Brdanin”, Sala de Apelaciones, par. 430. Ver también asunto “Stakic”, Sala de Apelaciones, párr. 69.

Se requiere entonces que además de ponerse de acuerdo en el contenido del plan común, sus miembros contribuyan a su ejecución, contribución que puede ser activa u omisiva, por tanto para la Empresa Criminal Conjunta que el imputado no se encuentre físicamente en la escena del delito, no excluye su responsabilidad como autor, ni tampoco que el delito se haya ejecutado antes o después de que haya estado en prisión la persona. En los casos *Tadic, Kvocka y Vasiljevic*, la Sala de Apelaciones ha sostenido que la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta solo requiere que el imputado haya participado de alguna manera en la ejecución del plan común. La principal distinción entonces desde el punto de vista objetivo, entre la coautoría basada en la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta y la complicidad para *Olásolo*, es que la ECC requiere un nivel de contribución sustancial que no es exigido para la coautoría.

Sobre lo anterior se ha dicho por parte de la Sala de Apelaciones también que los ejecutores materiales no tienen que pertenecer necesariamente a la Empresa Criminal Conjunta y que por ejemplo es posible que los superiores de una cúpula militar de un régimen totalitario, formen entre ellos una Empresa Criminal Conjunta y utilicen para los actos miembros o autores que no son parte de la empresa. Y lo que sucede en este caso es que para poder imputar una acción de un no miembro a un miembro de la empresa, hay que probar una mínima relación del autor material con algún miembro de la empresa criminal, algún tipo de vínculo entre ellos y no solo eso, sino el plan o propósito común de los miembros de la empresa. Así la Sala construye un tipo de coautoría mediata de los miembros de la Empresa Criminal Conjunta.

Los elementos objetivos son aplicables a las tres modalidades de Empresa Criminal Conjunta, pero el elemento subjetivo es diferente y puede variar en cada categoría. Así por ejemplo: La Empresa Criminal Conjunta *básica*, requiere la intención de todos los coautores, la Empresa Criminal Conjunta *sistemática*, requiere el conocimiento personal de todo el sistema criminal y la Empresa Criminal Conjunta *extendida*, requiere primero, la intención del autor, participar en el propósito criminal y segundo, contribuir a la comisión del crimen del grupo.

D. Elementos subjetivos de la teoría:

Como primer aspecto a mencionar, es que el elemento subjetivo de la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta es diferente en todas las variantes: *básica*, *sistémica* y *extendida*, que son las tres formas en que se puede presentar una ECC según la doctrina y la Jurisprudencia penal internacional.

D.1. Variante básica: En la forma básica los intervinientes en el hecho actúan sobre la base de un “*designio común*” o “*una iniciativa común*” y con una misma intención. Requiere que todos los miembros de la Empresa Criminal Conjunta compartan la intención de cometer los delitos que forman parte integral del plan común. Cada uno de sus miembros debe contribuir a la ejecución del plan con un dolo directo de primer grado, en relación con la comisión de los delitos integrales del mismo. Este es un requisito íntimamente relacionado con la exigencia del plan común y constituye la piedra angular de la configuración de la doctrina de la ECC como una forma de coautoría, pues las imputaciones atribuidas a los otros participantes de la empresa pueden ser solamente atribuidas en cuanto son llevadas a cabo con una intención compartida. La doctrina de la Empresa Criminal Conjunta no requiere que el nivel de contribución a la ejecución del plan común sea significativa. Para esta teoría y según lo dispuso la Sala de Apelaciones, en algunas decisiones, es perfectamente aplicable a un pequeño grupo de altos líderes políticos y militares, que tras acordar el plan común, utilizan a sus subordinados en las instituciones que dirigen para asegurar su ejecución³⁴.

Para *Olásolo*, (Olásolo, H. 2009) lo anterior resuelve los problemas que presenta la aplicación del concepto tradicional de la ECC en relación con dirigentes políticos y militares. Sin embargo se encuentra con el problema de que, en realidad, transforma la naturaleza jurídica de la doctrina de la ECC en cuanto que no existe más una

³⁴ Sentencia de Apelación en el caso *Brdanin*, paras. 410-414.

comunidad de intención entre los autores materiales de los delitos y los dirigentes que los planean y ponen en marcha su comisión. Al contrario, estos últimos se aprovechan de su control sobre las instituciones que dirigen para instrumentalizar a los primeros.

D.2. Variante sistemática o sistémica: Abarca los casos de los campos de concentración donde los crímenes son cometidos por miembros de cuerpos militares o administrativos sobre un plan o propósito común. Los delitos se cometen a través de un sistema de represión y requiere el conocimiento de ello y requiere la intención de favorecer la naturaleza criminal del mismo. Acá se incluyen crímenes cometidos por un grupo de personas, especialmente miembros de grupos políticos y militares. Para *Olásolo*, no existe en cuanto a los elementos subjetivos, ninguna diferenciación entre la variante básica y la sistémica. Para que se presente la coautoría, desde el punto objetivo se tiene que dar la existencia de un sistema para el maltrato de los prisioneros o para cometer crímenes de derecho internacional y en el aspecto subjetivo, se requiere que el autor sea consciente del sistema y que actúe con la intención de apoyarlo.

D.3. Variante extendida o amplia: La doctrina la denomina amplia o extendida. Para *Olásolo*, (Olásolo, H. 2009).

En ésta, algunos autores materiales que participan en la conducta, van más allá o exceden el plan común, pero que siguen constituyendo una consecuencia natural y previsible de la realización del plan común. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia ha reiterado que la aplicación de la variante amplia de la Empresa Criminal Conjunta es particularmente adecuada en aquellas situaciones en las que el plan común consiste en el desplazamiento forzado a punta de pistola de los miembros de un determinado grupo étnico, causando la muerte durante su ejecución a uno o más miembros de dicho grupo. En estas situaciones, si bien la muerte de los miembros del grupo perseguido no es parte integral del plan común, no puede sino afirmarse que se trata de una consecuencia natural y previsible de su ejecución. En esta variante se atribuye responsabilidad penal únicamente por la

comisión de aquellos delitos que a pesar de no ser parte integral del plan común son consecuencia natural y previsible de su ejecución si los miembros de la empresa criminal conjunta comparten, al menos el deseo de que se cometan los delitos integrales de dicho plan. La variante amplia como también la denomina *Héctor Olásolo* constituye una extensión de las variantes *básica y sistémica*, por tanto la variante extendida o amplia, solo se puede dar si existe una empresa criminal conjunta básica o sistémica, respecto de aquellos delitos que a pesar de no ser parte integral del plan común, son consecuencia natural y previsible de su ejecución. Se requieren dos requisitos: i) el conocimiento de que como consecuencia de la ejecución de dicho plan es natural y previsible que alguno de los miembros de la empresa criminal conjunta pueda cometer uno o varios delitos integrales. ii) La aceptación de este riesgo como consecuencia de unirse o de continuar siendo parte de la empresa criminal conjunta a pesar de dicho conocimiento.

Conforme la Jurisprudencia de la Sala de Apelaciones del TPIY, la variante amplia de la ECC es aplicable a aquellos delitos cuya definición requiere un elemento subjetivo más exigente que la *recklessness consciente*, como sería el caso del dolo directo de primer grado, del dolo directo de segundo grado o incluso del dolo eventual (Olásolo, H. 2008).

Esta variante extendida necesita desde el punto de vista subjetivo, que el interviniente haya aceptado de forma consciente el riesgo de que se produjera la consecuencia o, al menos, éste debe haberle sido indiferente.

Es de vital importancia que al menos uno de los delitos imputados sea parte integral del plan común en el sentido de que constituya el objetivo último de dicho plan o el medio elegido para la consecución de sus fines. No es posible aplicar la teoría de la Empresa Criminal Conjunta en aquellos casos en que ninguno de los delitos imputados es parte integral del plan común y donde la comisión se presente únicamente como una consecuencia natural y probable de la ejecución de dicho plan.

La jurisprudencia a partir de varias interpretaciones de casos emblemáticos de la antigua Ex Yugoslavia, empezó a mezclar la teoría de la responsabilidad del superior, con la de la teoría de la Empresa Criminal Conjunta, aplicándose en un mismo caso simultáneamente.

Es posible mitigar el abuso en la aplicación a nivel internacional de la doctrina de la ECC puesto que (i) los procesos se llevan a cabo con pleno respeto a los derechos a un juicio justo y al proceso debido y, (ii) los tribunales internacionales, así como los tribunales híbridos, y nacionales, cuentan con jueces profesionales capaces de actuar con la prudencia necesaria para determinar si la prueba presentada refleja la culpabilidad del imputado más allá de toda duda razonable³⁵. (Olásolo, H. 2009)

3. Teoría de la responsabilidad del superior.

Esta figura es una creación jurídica propia igualmente del derecho penal internacional. En aplicación a esta teoría puede hacerse penalmente responsable al dirigente militar o superior civil por crímenes de derecho internacional cometidos por subordinados. De los delitos de los subordinados responderá el superior cuando lesione de forma reprochable los deberes de control que le son propios. En la jurisprudencia del TPIY tiene preferencia la participación directa en el hecho frente a la responsabilidad derivada del artículo 28 del Estatuto de la CPI-responsabilidad del superior.

*Kai Ambos*³⁶ afirma que la jurisprudencia moderna establece tres requisitos para entender este tipo de responsabilidad dentro de una organización:

1. La existencia de una relación superior-subordinado.

³⁵ OLÁSULO, Héctor; Reflexiones sobre la Doctrina de la Empresa Criminal Común (2009).

³⁶ Kai Ambos. La responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. Pág. 541. Artículo Traducido del inglés por Oscar Julián Guerrero (Colombia) y Mónica Karayan (Argentina) y revisión de M. Soledad Saux y del autor.

2. Omisión del superior de tomar las medidas necesarias y razonables para impedir los crímenes de los subordinados, o para castigarlos una vez que los hayan cometido.

3. El conocimiento del superior o que éste tuviera razones para saber que los crímenes se iban a cometer o que ya se habían cometido. (*mens rea*), es decir, el superior debe saber o imprudentemente ignorar que el subordinado se propone cometer un crimen de derecho internacional o que ya lo ha cometido.

El tercer requisito según *Ambos*, dice que si bien, el superior, o *bien posee conocimiento real de la comisión de la conducta o bien posee información* que le indique el riesgo de que estos se produzcan y la necesidad de realizar una valoración para determinar si los crímenes ya han sido cometidos o se van a cometer. Así entonces si el superior desconoce la comisión de los crímenes de los subordinados, no puede utilizarse esto en contra de él, si este realizó y cumplió adecuadamente con sus deberes de supervisión.

Ahora como se dijo líneas atrás, la teoría de la responsabilidad del superior y la teoría de la Empresa Criminal Conjunta se aplican indistintamente y en un mismo caso, lo que trae problemas en su distinción y delimitación, ya que contienen elementos diferentes y su aplicación también es disímil en todos los acontecimientos.

El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) es la norma que más ha desarrollado el concepto de responsabilidad del superior jerárquico y consagra un delito propio de omisión. La doctrina y la jurisprudencia internacionales han reconocido esta forma de responsabilidad a partir de la entrada en vigor de dicho artículo. El superior jerárquico es entonces responsable por omisión, al no supervisar adecuadamente a sus tropas, y además, por la comisión de los crímenes cometidos por sus subordinados. Para *Ambos*, esta forma de responsabilidad crea, de un lado una responsabilidad directa por la falta de supervisión o control de los subordinados y de otro lado una responsabilidad indirecta por los actos de terceros (subordinados). La responsabilidad por no intervenir equivale a la de no supervisar adecuadamente a sus subordinados y no denunciar la comisión de crímenes. La responsabilidad por omisión

presupone un deber de actuar por parte de una persona que se encuentra en una posición específica de garante.

El presupuesto mínimo de la responsabilidad del superior es que éste superior jerárquico ostente el mando. Normalmente un superior con mando y autoridad controla a sus subordinados y tiene la capacidad de impartir órdenes, el control debe ser efectivo. Ahora bien, se ha discutido la necesidad de que el superior identifique a sus subordinados, la Sala de Apelaciones sobre esto ha afirmado que el superior no tiene necesariamente que conocer al subordinado, como se mencionó líneas atrás, ni la identidad exacta de los subordinados que ejecutan y cometen los crímenes, pero siempre el artículo 28 del (ECPI) exige que los crímenes de los subordinados sean el producto de no haber ejercido un control adecuado. Para la jurisprudencia del TPIY se requiere que exista una relación de causalidad entre la falta de control del superior y la comisión de los crímenes por los subordinados.

La relación del superior con el subordinado puede ser una relación (de iure o de facto) es decir, si bien, el elemento central de esa relación es la existencia de un control efectivo del superior sobre el subordinado, puede existir de iure por derivarse del contexto jurídico, sin embargo es suficiente con que el superior ostente de hecho facultades efectivas de control.

Lo que quiere decir la jurisprudencia entonces es que toda vez que concurren la responsabilidad por la “*Joint Criminal Enterprise*” y la del superior, debe prevalecer la imputación por la empresa criminal conjunta sobre la responsabilidad del superior.

Kai Ambos considera que si se intenta buscar una estructura de imputación similar a la JCE sistemática y extendida en el Estatuto de Roma (ECPI), esta podría hallarse en el artículo 25 No. 3 (d), pues de hecho, la Sala de Apelaciones en el caso *Tadic* afirmó que ese artículo contenía una noción sustancialmente similar a la JCE, sin embargo, el tenor de lo descrito en ese artículo no permite diferenciar las tres categorías de la empresa criminal conjunta que se plantean en el caso *Tadic* (básica, sistemática y

extendida). *Ambos* establece dos razones para no incluir a la modalidad sistémica y extendida de la ECC en el artículo 25 No. 3 (d) del ECPI: (i) El artículo 25 (3) (d) (ii) requiere el conocimiento de la intención del grupo de cometer el crimen, algo más que la mera previsibilidad de este propia de la sistémica y ampliada y (ii) Si se tiene en cuenta la similitud existente entre la empresa criminal conjunta y la conspiración y la voluntad de los codificadores del Estatuto de Roma de excluir expresamente esta forma de responsabilidad, cualquier intento de subsunción de las categorías sistémica y ampliada en el artículo 25 del (ECPI) supone ciertamente introducir por la puerta de atrás esta estructura de imputación y vulnerar el principio de legalidad y el artículo 25 (3) del (ECPI) distingue al menos terminológicamente entre las diferentes formas de intervención y el artículo 21.1 (c) faculta a la CPI a aplicar el derecho penal comparado.

Además del caso Tadic, que ha sido por decirlo así el más emblemático en la materia, en los casos Kristic, Kvočka et al, Blagojevic & Jokic y Obrenovic entre otros, se ha analizado el tema de la Empresa Criminal Conjunta. A continuación se mencionan algunos de ellos, con comentarios que de cada uno de ellos ha realizado el tratadista *Kai Ambos*, esto sin realizar mayores interpretaciones ni ahondar en cada uno de ellos, pero sí para traer a colación que la doctrina de la Empresa Criminal Conjunta se aplicó en los mismos. (Ver también No. 2).

❖ Caso Milutinovic³⁷.

³⁷ Milán Milutinovic, nacido el 19 de diciembre de 1942 en Belgrado, Serbia; fue Presidente de Serbia entre los años 1997 y 2002. Previamente ocupó los cargos de Director de la Biblioteca Nacional (1983 - 1988), Embajador del Ministerio Federal de Asuntos Exteriores de Yugoslavia en Grecia y Ministro Federal de Asuntos Exteriores (1995 - 1998). Después de que su mandato presidencial expirara en diciembre de 2002, Milutinovic se entregó al Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en donde se le acusaba de varios crímenes de guerra. Acusado por los crímenes mientras era autoridad en la guerra de Kosovo. El 26 de febrero de 2009 fue declarado inocente de todos los cargos que se le imputaban.

“En decisión de 21 de mayo de 2003, la Sala de Apelaciones del Tribunal TPIY afirma por primera vez de manera expresa que, de acuerdo con la costumbre internacional, el derecho penal internacional (i) adopta un sistema dual que distingue autoría y participación y ii) construye el concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la empresa criminal común. La jurisprudencia de las Salas de Apelaciones del TPIY y del TPIR han confirmado reiteradamente esta posición”. (Olásolo, H. 2009).

❖ Caso Kristic³⁸:

“En este caso se aplicó la teoría de la JCE a la «limpieza étnica» de Srebrenica. La Sala de Primera Instancia determinó que el acusado, un General del ejército serbo-bosnio y Comandante de la Drina Corps, tuvo un papel central en la empresa criminal conjunta genocida trasladando forzosamente a los civiles musulmanes fuera de Srebrenica, y ejecutando a todos los hombres bosnio-musulmanes en edad militar. Con respecto al mens rea, el tribunal, apoyándose en el fallo del caso Tadic, distinguió entre crímenes que se encontraban dentro del objeto y propósito de la JCE, y aquéllos que se situaban fuera de ella. Los primeros requerían que el acusado compartiese la finalidad con los ejecutores, y los segundos debían ser una consecuencia «natural y previsible de la campaña de limpieza étnica», siendo consciente el acusado de su inevitable acontecimiento. A juicio de la Sala de Primera Instancia, Kristic satisfacía estos requisitos con respecto a los crímenes cometidos (violaciones, asesinatos y otros

³⁸ En 1998 Kristic fue acusado de crímenes de guerra por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en La Haya en relación con la matanza de 8.100 hombres y niños bosnios el 11 de julio, de 1995, durante la masacre de Srebrenica, la mayor matanza en masa en Europa desde la Segunda Guerra Mundial. El 2 de agosto de 2001, Kristic se convirtió en el primer hombre declarado culpable de genocidio por el Tribunal, y fue condenado a 46 años de prisión. Fue la tercera persona en haber sido condenada en virtud de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 1948. Tras su apelación, la condena como ejecutor de genocidio fue anulada, pero la Corte de Apelaciones del tribunal confirmó la acusación como ayudante y colaborador en dicho delito, estableciendo su condena en 35 años de prisión: https://es.wikipedia.org/wiki/Radislav_Krsti%C4%87.

abusos) durante el traslado forzado de la población de mujeres y niños de Srebrenica; e igualmente participó en la «intensificación» de la violencia de la JCE, que se materializó en el asesinato de los hombres en edad militar de Srebrenica, y «compartió el propósito genocida de matar a los hombres» para lograr la «limpieza étnica» de la zona. De esta forma —sigue el tribunal— el acusado incurrió en responsabilidad «como copartícipe en la JCE para cometer genocidio», teniendo en cuenta que cuando la intervención «tiene una naturaleza de extrema significación y está en un nivel de liderazgo o dirección» da lugar a una responsabilidad a título de coautor («co-perpetrator»), y no como un mero cooperador o colaborador («aider/abettor»). Igualmente, la Sala invocó la responsabilidad del superior para atribuir las matanzas a Kristic, en tanto que éstas fueron cometidas parcialmente por tropas bajo su control efectivo, con conocimiento de las mismas, y ante las cuales Kristic no adoptó ninguna medida para impedir las o sancionar a los responsables. Sin embargo, la Sala no lo condenó finalmente sobre la base de la responsabilidad del superior (art. 7 (3)), sino que consideró que su responsabilidad se deducía suficientemente del art. 7 (1). El Tribunal resolvió aparentemente el conflicto entre JCE y la responsabilidad del superior haciendo una analogía con las reglas sobre el concurso de leyes.... Conforme a la opinión del Tribunal «toda responsabilidad del art. 7 (3) queda absorbida por el art. 7 (1)», lo cual incluye a la JCE, razón por la cual Kristic fue condenado, exclusivamente, sobre la base del art. 7 (1) del ETPIY” (Ambos, K. 2007). Esto es: “Responsabilidad penal individual. 1. Quien quiera haya planificado, incitado a cometer, ordenado, cometido o ayudado y alentado de cualquier forma a planificar, preparar o ejecutar uno de los crímenes contemplados en los artículos 2 a 5 del presente estatuto, es individualmente responsable de dicho crimen”³⁹.

❖ Caso Kvočka et al⁴⁰:

³⁹ Estatuto del Tribunal Internacional para juzgar a los presuntos responsables de graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la Ex Yugoslavia. Art. 7 No. 1.

⁴⁰ Miroslav Kvočka fue un Oficial de policía profesional unida a la comisaría de Omarska; participo en el funcionamiento del campo de Omarska en Bosnia noroccidental y Herzegovina como el funcional equivalente del comandante adjunto del servicio de guardia y fue condenado a 7 años de prisión.

“En el caso Kvočka et. Al. la teoría de la JCE fue aplicada a los crímenes cometidos en el campo de prisioneros de Omarska (Prijedor, Bosnia-Herzegovina) bajo la modalidad de la JCE II, siguiendo la tripartición (JCE I, II y III) del caso Tadic. La Sala de Primera Instancia, a pesar de interpretar la empresa criminal en sentido amplio, restringió la responsabilidad por JCE, exigiendo que todo interviniente en una JCE realizase alguna contribución relevante y sustancial, apartándose en este punto de la línea jurisprudencial mantenida en Tadic. En este caso, los cinco acusados eran los encargados de la seguridad y de cuidar a los detenidos en el campo de prisioneros. Todos fueron condenados como coautores («co-perpetrators») de la JCE, y no como meros «aiders/abettors» en ella. Cuatro de ellos también fueron acusados sobre la base de la responsabilidad del superior, aunque tan sólo en el caso Tadic el Tribunal apreció la existencia de pruebas convincentes sobre la relación superior-subordinado, y de la comisión de los crímenes por parte de los subordinados. No obstante, la Sala no resolvió la cuestión sobre la responsabilidad del superior, alegando que no había necesidad de ello al quedar cubierta por su responsabilidad por su intervención en la JCE.

En Kvočka et al. la Sala de Primera Instancia —mostrándose muy crítica con la argumentación empleada en el caso Tadic al respecto— consideró que la fórmula tradicional de «aiding and abetting» también podía aplicarse a los supuestos de JCE, y diferenció la coautoría de la participación sobre la base del aspecto subjetivo. Así, si el sujeto que interviene en la JCE comparte la misma intención con la empresa criminal, éste se erige en coautor, pero si sólo posee conocimiento de esa intención, será un partícipe de la JCE. No obstante, en esta misma sentencia, el Tribunal reconoció que la distinción entre partícipes y coautores también obedecía a un criterio objetivo. En ese sentido afirma que un «aider/abettor» puede ser un coautor si su intervención «perdura durante un periodo más extenso, o [él] se implica más (...)», de tal forma que el grado de responsabilidad dependería de la «posición en la organización jerárquica y del grado de (...) participación». Así, mientras que el coautor desempeña un papel más activo, bien «cometiendo violaciones de Derechos Humanos por sí mismo, o a través del

dominio que ejerce su influencia (...)), el «aider/abettor» desempeña un papel más limitado, realizando su trabajo discretamente, lo cual no supone en sí mismo cometer violaciones de Derechos Humanos. En cualquier caso, la responsabilidad por crímenes que resulten previsibles se puede atribuir tanto a los coautores como a los partícipes de la JCE.

Este concepto parte de la premisa de que se puede hablar de ECC cuando dos o más personas participan en un esfuerzo criminal común con independencia de si el mismo consiste en el robo de un banco por dos individuos o en el asesinato sistemático de varios millones de personas). De esta manera, cuando nos encontramos con una ECC de grandes dimensiones (como, por ejemplo, la persecución de la población de extracción no serbia residente en el territorio de Bosnia y Herzegovina), es posible que coexistan simultáneamente otras ECCs subsidiarias (como sería el caso del campo de concentración de Omarska)”. (Olásolo, H. 2009).

La Sala de Apelaciones entonces consideró que la responsabilidad del superior y la “Joint Criminal Enterprise” (JCE) eran categorías diferentes de responsabilidad individual y que en caso de concurrir la conducta debería de adecuarse sobre la base de la Empresa Criminal Conjunta, pudiéndose tomar la responsabilidad del superior como una situación agravante de responsabilidad.

❖ Caso Obrenovic⁴¹:

⁴¹ Dragan Obrenovic fue ex oficial serbobosnio, y se declaró culpable de la masacre de Srebrenica (Bosnia), fue condenado a 17 años de cárcel por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY). Mandaba la brigada Zvornik que participó en la caída de Srebrenica en julio de 1995 y en la masacre de más de 7.000 varones musulmanes.

“En el caso Obrenovic, la JCE I fue entendida como un supuesto de coautoría, y la responsabilidad del superior fue aplicada de forma simultánea a un superior de nivel intermedio y a un delegado del Comandante superior de una Brigada militar por su participación en la persecución y ejecución de civiles. La Sala no distinguió claramente entre las dos responsabilidades, ni optó de forma explícita por ninguna de ellas. Tan sólo se limitó a declarar que la responsabilidad de Obrenovic´ «proviene, en primer lugar, por su responsabilidad como superior» y por «no haber actuado. De ese modo, parece que, finalmente, la Sala optó por aplicar la responsabilidad del superior del art. 7 (3), más por razones fácticas que jurídicas”. (Ambos, K. 2007).

❖ Caso Blagojevic⁴² & Jokic⁴³:

“En el caso Blagojevic & Jokic´ se acusó a Blagojevic —un coronel del ejército y comandante de una Brigada— sobre la base de la JCE y la responsabilidad del superior. La Sala de Primera Instancia trató de dilucidar si Blagojevic era responsable de participar en la JCE «con el objetivo de trasladar por la fuerza a mujeres y niños a Srebrenica». Finalmente, la Sala concluyó que le faltaban los requisitos necesarios con respecto a la mens rea, al no compartir la intención con los otros intervinientes en la JCE por lo que tan sólo fue condenado como colaborador/partícipe «aiding and abetting» en el traslado forzoso. La Sala parece haber considerado que la responsabilidad por la JCE requiere coautoría, a diferencia de la responsabilidad de los partícipes —aider/abettor— que sólo es posible en relación con crímenes individuales o aislados”. (Ambos, K. 2007).

❖ Caso Milosevic⁴⁴:

⁴² Vidoje Blagojevic fue comandante de la Brigada Bratunac del ejército serbio de Bosnia (VRS) que operaba en los municipios Bratunac y Zvornik en la región oriental de Bosnia y Herzegovina y condenado a 15 años de prisión.

⁴³ Dragan Jokic fue Jefe de Ingeniería de la brigada Zvornik del VRS que operaba en el Bratunac-Zvornik y municipios en la región oriental de Bosnia y Herzegovina. Fue condenado a nueve años de prisión.

El caso más importante de aplicación simultánea de JCE y responsabilidad del superior a un superior civil es el caso Milosevic. La Pre-Trial Chamber, aplicando la regla 98 bis de las Reglas de procedimiento y prueba 51, invocó la teoría de la JCE para imputar a Slobodan Milosevic el genocidio cometido por las tropas serbias en Bosnia—Herzegovina. La Sala distinguió —aunque no explícitamente— entre JCE I (forma básica de JCE que consiste en la existencia de un plan común) y la JCE III (forma amplia o extendida, que genera responsabilidad por las consecuencias naturales y previsibles). Asimismo, se planteó la cuestión de si Milosevic participó en la JCE I con la intención de destruir, total o parcialmente, a los musulmanes bosnios como miembros de un grupo. La Sala apreció la existencia de una JCE «que incluía a los líderes serbo-bosnios cuyo propósito e intención era la de destruir una parte de la población musulmana de Bosnia», en la que Milosevic participó «compartiendo el propósito e intención de los intervinientes de destruir a los musulmanes bosnios como miembros del grupo». Por otro lado, y en relación a la JCE III, la Sala trató de dilucidar si Milosevic participó en la JCE «para cometer un crimen concreto, y si para él fue previsible la comisión de un crimen diferente, como el genocidio, por parte de otros intervinientes en la JCE» (Ambos, K. 2007).

4. Conclusiones del Capítulo:

- La doctrina de la empresa criminal común o conjunta (ECC), elaborada por la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, y en particular por el Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia (TPIY), se basa en la idea de que un grupo de individuos, que no necesitan pertenecer a ninguna estructura administrativa, militar,

⁴⁴ Slobodan Milosevic fue Presidente de Serbia. En 2001 el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia solicitó la detención. En La Haya se inició un proceso legal en el que se le acusaba de crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio, presuntamente acaecidos durante la guerra de Yugoslavia.

económica o política, acuerdan libremente cometer de manera conjunta uno o más delitos, pero el simple acuerdo para delinquir no es suficiente para que surja responsabilidad penal. La ECC exige también que además del acuerdo inicial se ejecute el propósito criminal común.

- Formas de participación son diferentes a las estructuras de participación. Las formas de “comisión” pueden variar. La ECC describe una de ellas. En el caso Tadic por ejemplo, la Sala de Apelaciones explica que dentro de las formas de comisión es posible incluir la actuación mediante la maquinaria de una empresa criminal conjunta.
- Para ser partícipe de una ECC no solo se necesita estar de acuerdo con el propósito común de la misma, sino contribuir a su ejecución con el deseo e intención (dolo directo de primer grado) de que sean consumados los delitos que constituyen el fin último de la empresa criminal o el medio a través del cual se pretende realizar el fin último de aquélla. El deseo debe compartirse por todos los participantes en la empresa criminal común, aspecto que incluye a los soldados de bajo rango, líderes políticos y militares que, tras planearlo, dirigen su comisión.
- La importancia objetiva del aporte o de la contribución para llevar a cabo el propósito criminal común, no es un factor relevante en la ECC, lo esencial es que sea prestada con el deseo de realizar el propósito criminal común, así que las contribuciones menores pueden ser suficientes, siempre que se lleven a cabo compartiendo el propósito criminal común y contribuciones objetivamente importantes prestadas con el conocimiento de que se está facilitando la realización de dicho propósito, pero sin el deseo de que se realice el mismo, no son suficientes para dar lugar a responsabilidad penal conforme a la doctrina de la empresa criminal común.
- La doctrina de la ECC se basa en un criterio subjetivo que distingue entre quienes comparten el deseo de que se materialice el propósito criminal común y quienes no lo comparten.

- La Jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* se ha inclinado por un criterio subjetivo para distinguir entre autores y partícipes y ha elaborado un concepto de coautoría basado en la doctrina de la empresa criminal común o conjunta. (ECC).
- La Jurisprudencia de las Salas de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional de la Ex Yugoslavia y del Tribunal Internacional de Ruanda, han reconocido el carácter consuetudinario de la construcción del concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la empresa criminal conjunta y han rechazado el carácter consuetudinario de la teoría del dominio del hecho. La Sala de Apelaciones interpretando jurisprudencia de la segunda guerra mundial, determinó que la responsabilidad por participación en una ECC para cometer crímenes internacionales era una regla consuetudinaria.
- La jurisprudencia del Tribunal Internacional diferencia tres categorías de ECC. La primera, constituye la forma elemental de dicha doctrina. Acá todos los coautores actúan de conformidad con un objetivo común y tienen la misma intención criminal. La segunda, es la forma sistémica, en la que existe un sistema organizado para perpetrar malos tratos. La tercera categoría, es la forma ampliada y cubre los asuntos que implican un fin común, el cual es el de perpetrar un crimen, y dentro de los cuales, uno de los autores comete un acto que, aunque desborda el marco del fin común, es una consecuencia natural y previsible de su realización.

CAPITULO III. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Hasta el 2009 en Colombia solo se habían discutido en el ámbito jurídico penal tres casos en los cuales la Corte Suprema de Justicia había estudiado la figura de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder⁴⁵, pero en ninguno de ellos, se

⁴⁵ Carlos Alberto Suárez López. Aproximación a la problemática de la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones criminales: un estudio de derecho comparado. RAI-Revista análisis internacional. Revista No. 2. Página 10. 2010.

logró aplicar dicha figura para responsabilizar penalmente a los autores involucrados en los sucesos. Los casos *la Gabarra*, *Yamid Amat* y *Machuca*, han sido discutidos y analizados por la doctrina colombiana, y se han identificado como los más emblemáticos e importantes en el tema. En cuanto a la teoría de la Empresa Criminal Común o Conjunta (ECC) también denominada “*Joint Criminal Enterprise*”, no se tienen antecedentes jurisprudenciales en nuestro país, diferentes a algunos documentos fruto del análisis de estudiosos del derecho quienes han pretendido hacer doctrina en el campo del Derecho Penal Internacional. Sin embargo, la jurisprudencia existente a la cual me voy a referir, contiene el análisis de los requisitos y elementos de dicha teoría, sin que de manera expresa se mencione la misma, pues la jurisprudencia ha disfrazado al “*lobo de oveja*”; en términos simples y coloquiales, y ha querido en mi opinión, hacer entender que ha aplicado desde el 2009 la teoría de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, cuando en realidad lo que deja ver dicha jurisprudencia es una arraigada aplicación del derecho internacional y más específicamente de elementos propios de una mezcla de teorías, entre ellas, la doctrina de la “*Joint Criminal Enterprise*”, como se verá líneas adelante.

A continuación se relacionarán brevemente dos de los tres casos ya mencionados, como para centrar el tema, también algunos de los casos más importantes de la jurisprudencia colombiana que a partir del año 2009 dieron un giro en el campo jurídico penal y que se encuentran relacionados con la denominada en nuestro país “*parapolítica*”:

1. Algunos casos relevantes de la jurisprudencia colombiana:

a. Caso Machuca.

Los hechos en este caso se pueden resumir así:

“La horrorosa tragedia que informa el proceso, tuvo lugar el 18 de octubre de 1998, tal vez a las 12:30 de la mañana, en el humilde corregimiento de Machuca o Fraguas, situado en compresión territorial del municipio de Segovia-Antioquia. Para golpear la infraestructura petrolera y con ello la economía nacional, varios guerrilleros adscritos a la compañía Cimarrones del Frente José Antonio Galán del Ejército de Liberación Nacional ELN, le colocaron un artefacto de gran poder detonante a la línea de conducción de crudos (petróleo) llamada Oleoducto Cusiana-Coveñas, produciéndose la destrucción total del poliducto y el derramamiento del líquido en una considerable proporción. Justamente por haberse producido la explosión en la parte superior de una colina, el petróleo corrió por dos ramales para caer luego al río Pocume, por cuyo cauce avanzó hasta llegar a la rivera del corregimiento, donde finalmente se produjo la descomunal conflagración que en minutos arrasó con buena parte de las viviendas y produjo una tragedia humana de incalculables proporciones: casi un centenar de muertos –entre niños, adultos y ancianos- y graves heridas por quemaduras a un número de aproximadamente treinta personas. Aunque la investigación no pudo descubrir a los autores materiales del atentado criminal, el Fiscal instructor decidió empero vincular a ella, mediante emplazamiento y declaratoria de contumacia, a los tres jefes de la Compañía Cimarrones (sic), lo mismo que a los siete cabecillas o comandantes de la cúpula del denominado Ejército de Liberación Nacional”⁴⁶ .

Diferentes autoridades judiciales calificaron la participación de los autores e intervinientes en estos hechos de manera diferente y compleja, por ejemplo:

- La Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación, formuló cargos a tres dirigentes del Frente José Antonio Galán, compañía Cimarrón, y contra siete miembros de la Dirección Nacional del Ejército de Liberación Nacional (ELN) por los delitos de terrorismo, rebelión, homicidio y lesiones personales en calidad de “coautores determinadores” considerando que eran miembros del Comando Central del ELN, organización subversiva que tenían

⁴⁶ Tribunal Superior de Antioquia. Sala Penal de Decisión. Aprobado Acta No. 105, Medellín, diecinueve (19) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

como política atentar contra la infraestructura energética, petrolera y vial de la Nación. También porque el hecho fue reivindicado por los altos dirigentes de ese grupo ilegal a través de los medios de comunicación comprobándose que fue ordenado por el comando central. La conducta se calificó a título de dolo eventual, pues se dijo que el resultado era previsible para los autores.

- El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia dictó sentencia en contra de los procesados y los condenó a título de “coautores mediatos” de las conductas imputadas. El Juez consideró que ese atentado con dinamita fue autoría de personas que pertenecían al ELN y que dirigentes de ese grupo actuando como integrantes del Comando Central o como Jefes de la Cuadrilla José Antonio Galán y la Compañía Cimarrón del Comando Central impartieron la orden de ejecución y que era claro que fue una autoría directa única y exclusiva de ellos.

Sin embargo, también en la sentencia posteriormente, y siendo una situación extraña, el sentenciador consideró que la responsabilidad era a título de determinadores, manifestando que la estructura del ELN se encontraba organizada jerárquicamente en donde se encontraban las funciones detalladas para quienes las cumplen y las ordenan. Aquellas ordenes surgen del jefe de la organización o líder del grupo subversivo y los que están a su mando son los llamados a obedecer, pues sino lo hacen, se pueden enfrentar a algunas sanciones. Para este caso preciso se señaló que la estructura del ELN recibía órdenes en sentido vertical según su ideología. Después de tantas conjeturas, el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Antioquia, dicta sentencia condenatoria en contra de los miembros del ELN como “coautores” de los delitos de terrorismo, rebelión, homicidios simples y lesiones personales.

- Como “determinadores” *En contra de la* sentencia condenatoria de primera instancia se interpuso el recurso de apelación, resuelto por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Antioquia, revocando la condena por los cargos de homicidio, lesiones personales y terrorismo, a criterio de la Sala el Fiscal y el

Jueces que conocieron del caso se dejaron impresionar por la importancia del caso y sin prueba suficiente condenaron, pues para la defensa no se pudo establecer la manera de cómo los integrantes del Comando Central del ELN determinaron el atentado dinamitero, y aceptaron los hechos para responsabilizar a la cúpula del ELN. La Sala descartó el dolo eventual y varió la acción calificándola de imprudente o culpable por parte de los ejecutores materiales del atentado y considerando que los integrantes de la cúpula del ELN o de su Comando Central (COCE), no podían ser condenados como determinadores, pues en materia de culpabilidad no cabe la determinación y absolvió a cada uno de los procesados por los delitos de homicidio, lesiones personales y terrorismo, confirmando la condena por el delito de rebelión.

Pero esta parte que viene es importante: *“El Tribunal consideró que el Juez de primera instancia imputó estos delitos a los cabecillas del ELN porque ellos serían responsables por las actuaciones de sus subalternos y, para ello, se basó en la estructura política, funcional y jerárquica del grupo subversivo, al señalamiento de la infraestructura petrolera como objetivo militar, para evadir el compromiso judicial de explicar –como era ineluctable– cuándo, en qué circunstancias y en qué forma precisa y concreta, los procesados ordenaron dinamitar el oleoducto previendo y aceptando los devastadores efectos al final producidos. Y más adelante agrega: “[...] porque la calidad de determinadores (longa manus) (sic) que se le ha dado a los procesados, hace difícil engarzar la idea de un total dominio suyo sobre los actos materiales [...]”⁴⁷.*

La Sala de Decisión, descartó la tesis del dolo eventual en calidad de determinadores en el entendido de que no existía prueba de que la orden de dinamitar el oleoducto se hubiera dado para ese escenario directamente, situado a casi un kilómetro de la población de machuca y no se probó la indiferencia de los jefes subversivos o su despreocupación frente a los resultados en la acción.

⁴⁷ LOPEZ DIAZ C; “El caso colombiano” en AMBOS, K (coord.), Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente. Un estudio comparado, Bogotá, Temis, 2008. Pág.153-185.

- Como “autores mediatos a través de estructuras organizadas de poder”: Es entonces como la sentencia presenta inconsistencias y contradicciones ya que en un principio, a los comandantes de la cúpula del ELN se les dio el título de determinadores y al final de la misma, la calidad de coautores mediatos, que había sido la calificación proferida en primera instancia.

La Procuraduría General de la Nación, a través de la Procuradora Judicial Penal 161 para la época, interpuso recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Antioquia de 19 de noviembre de 2004, argumentando que el Tribunal a pesar de haber reconocido los supuestos fácticos y jurídicos de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, equivocadamente planteaba la responsabilidad de los procesados a título de determinación, lo cual permitió absolverlos de los cargos de homicidio, lesiones personales y terrorismo dejando solo el de rebelión, cuando lo que ha debido hacer es condenarlos a todos por cada uno de los delitos que se investigó y condenó pero en calidad de coautores mediatos por aparatos organizados de poder. Por lo tanto, plantea por primera vez la teoría y argumenta que el título debió ser “Autores Mediatos a través de estructuras organizadas de poder”. Así las cosas dice la Procuraduría Judicial para argumentar su recurso, que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo 30 de la ley 599 de 2000 y dejó de aplicar los artículos 29, 31, 103 y 343 del mismo.

El fallador de la acción de casación aun reconociendo la confusión de términos utilizados por la Fiscalía y por el Juzgado en el caso, al haberlos denominado indistintamente determinadores, autores, coautores determinadores y coautores simples, el Tribunal está aceptando que los procesados actuaron como autores mediatos a través de estructuras organizadas de poder pues su acción criminal era atentar en contra de la infraestructura petrolera y energética del país y los hechos los realizaron como mandantes valiéndose o utilizando a miembros de inferior categoría o jerarquía, quienes fueron instrumentalizados por estos y actuaron como miembros fungibles o intercambiables, condiciones para que se estructure la teoría.

- “Coautores impropios”: La sentencia de casación fue emitida el 7 de marzo de 2007 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, considerando que los diez miembros del ELN debían responder a título de coautores impropios, acogiendo algunos planteamientos del Procurador Judicial. Afirma el casacionista que no es posible responsabilizarlos por autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, sino como autores impropios por presentarse la división de trabajo en la empresa criminal común, y que no había sujeto de atrás. Los motivos relacionados para justificar su posición fueron entre otros que los subversivos que colocaron los explosivos en el tubo no fueron instrumentos del Comando Central del ELN sino que cada miembro que fue a ejecutar la detonación desarrollaba una función y rol que le correspondía para su propio delito, con conciencia y voluntad, y ejecutaron acciones encaminadas al logro del objetivo. O hacían conforme a su convicción política sin ser utilizados, engañados o instrumentalizados. Tampoco se demostró que los Comandantes del ELN o los jefes de sus grupos o cuadrillas hubiesen coaccionado a los subversivos rasos que no tenían posición de mando para que cometieran delitos y nada prueba que estos últimos hayan sido instigados, presionados o que hayan actuado sin autonomía.

Así las cosas la Corte Suprema en sede de Casación decide aplicar la teoría de la coautoría impropia, a pesar de reconocer que los responsables del caso machuca pertenecen a una organización criminal al margen de la ley, organizadas jerárquicamente en la que los comandantes representan y son voceros de las acciones subversivas, concluye que no hubo orden de los superiores jerárquicos, solo varias personas que por voluntad propia compartieron conscientemente actividades contrarias a la ley, se pusieron de acuerdo en los fines ilícitos y los medios a utilizar, todos cooperaron armónicamente dominando la acción delictiva y lo ejecutaron por su propia voluntad, acogiendo entonces la tesis de la coautoría.

En conclusión, en esta sentencia el Tribunal Superior de Antioquia, rechazó la teoría de la autoría mediata y la coautoría por parte de los miembros del ELN, pues consideró

que sólo podían responder como determinadores porque a través de una orden no vinculante consistente en golpear la infraestructura petrolera de la Nación, se dinamitó parte del oleoducto. Sin embargo, su posición fue errada al confundirlo con un autor, y termina absolviendo a los procesados por los delitos de homicidio, lesiones y terrorismo. Pero lo interesante del asunto es que si bien el Comando Central –COCE– del Ejército de Liberación Nacional (ELN) ordenó volar unos oleoductos, pero, al momento de la ejecución de la misión, los guerrilleros que tenían asignada dicha labor provocaron con la explosión un incendio cuyo resultado arrojó daños y la muerte de 84 personas, el reproche que pudieran merecer los líderes de dicha conducta o sus ejecutores materiales, no es lo que se debe rescatar de este caso sino la posibilidad de que en la ejecución de una función ordenada puedan producirse resultados no decididos ni queridos por quien emitió la orden. Considero que por el hecho de liderar una organización o dar una orden no se tiene que responder por cualquier tipo de resultado o decisión que produzcan o tomen los ejecutores, esto sería recaer en posiciones que tocan la responsabilidad objetiva y como sabemos en nuestra legislación está prohibida toda forma de responsabilidad objetiva, principio de responsabilidad personal.

Así también, el artículo 12 de la ley 599 de 2000 estipula que: *“Solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”*.

Como se mencionó anteriormente en un capítulo este tema también tiene que ver con el “principio de responsabilidad”. Sobre éste y en relación con la temática acá tratada se ha dicho que: *“La ruptura del «principio responsabilidad», que comporta calificar en el ámbito de las organizaciones criminales a los dirigentes de las mismas como autores mediatos de los delitos cometidos por los que actúan cumpliendo órdenes, lleva a algunos autores a rechazar esta forma de autoría y a acudir, en su lugar, a la coautoría”* (Bolea, 2000, 358).

b. Caso la Gabarra:

A continuación se describen brevemente los hechos del caso:

El corregimiento de la Gabarra se encuentra ubicado en el municipio de Tibú, región que estuvo influenciada por grupos guerrilleros, disputándose dicho territorio con las llamadas AUC por el cultivo ilícito y narcotráfico. Realizaban permanentemente retenes ilegales y ejecuciones y desplazaban forzosamente a muchos habitantes de la región, se impartieron órdenes al ejército para hacer presencia en la zona.

Para la época, en el municipio de *Tibú* fungía como autoridad el Mayor del Ejército, MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ, al comando del Batallón Contraguerrillas N° 46 "*Héroes de Saraguro*", ubicado a las afueras de la citada localidad y responsable del orden público en la zona del *Catatumbo*, así como un Mayor de la Policía, comandantes y otros agentes para no mencionar sus nombres en extenso.

El 29 de mayo de 1999 se presentó una primera incursión armada en la zona del *Catatumbo* con la muerte selectiva de varias personas, habiéndose previamente impartido ordenes al Comandante del Batallón Contraguerrillas N° 46 de *Tibú* de hacer presencia activa y efectiva de las tropas a fin de prevenir los ataques a la población civil y que las unidades estuvieran atentas en el perímetro urbano, realizaran patrullajes y requisas vehiculares a fin de evitar que los violentos ingresaran a la zona.

Pese al control que se había dispuesto, para evitar más ataques a la población civil, el 17 de julio de 1999 ingresó a la zona urbana de Tibú un grupo de uniformados que se identificaron como autodefensas campesinas o paramilitares, quienes luego de realizar varios retenes en las calles de la localidad y de sacar a diferentes personas de diversos establecimientos abiertos al público, las reunieron en la calle 6ª entre Av. 5ª y 6ª, a escasos metros del Comando de Policía, las requisaron y colocándolas en condiciones de inferioridad, ultimaron a siete de ellas, luego de que fueran señalados por un hombre y una mujer como auxiliares de la guerrilla. Otros fueron retenidos, y luego asesinados sin que el ejército lo hubiera impedido. En resumen, se juzgaron algunos miembros de la policía, entre ellos el mayor y otros agentes por homicidios múltiples con fines terroristas, homicidio en grado de tentativa y pertenencia a grupos de sicarios.

Respecto de algunos agentes se estimó que estos realizaron actos necesarios para que otros ejecutaran el homicidio múltiple y colaboraron activamente en el grupo al

margen de la ley, toda vez que en un camión varios residentes de *Tibú* fueron llevados a una zona rural por la vía a *La Gabarra*, corregimiento de ese municipio, pasando por el retén policial de "*Refinerías*", lugar en el que los policiales dialogaron con los paramilitares, al punto que les preguntaron cómo les había ido en la "*pesca*", lo que se traducía en un entendimiento cercano y de conocimiento de la actividad criminal.

Se concluyó así que: "...No sólo se puede tener como partícipe en el desarrollo de un hecho criminal, a la persona que ejecuta la conducta desde el punto de vista material. Lo son todas las personas que tomen parte o presten colaboración de una u otra forma para la consumación del mismo y eso fue conforme al material probatorio lo que hicieron cada una de las personas acá investigadas, es decir contribuyeron en la consumación de los tipos penales en contra de ellos señaladas. Delitos estos que ciertamente en su estructura para el caso de colaboración con los grupos de Autodefensas, se exige el dolo"

"Los procesados sabían que sea por acción o por omisión era una de las condiciones necesarias y debidas para que se pudieran causar las muertes, ese era uno de los aportes al trabajo criminal, ellos se había[n] representado el resultado y tenía[n] voluntad para su realización, tenían capacidad para evitar su producción, pero eligieron el omitir para que se produjera el mismo y no les estamos diciendo que estaban obligados a hacer lo imposible, simplemente que se han debido comportar según su obligación, máxime cuando claro está que sabían de la presencia de los grupos de Autodefensa en la zona."

"No es autor de homicidio, sólo la persona o personas que accionan los gatillos de las armas de fuego en contra de la humanidad de sus víctimas, existen diferentes formas de participar en la realización de un delito, considerándose consecuentemente autor a todo aquel individuo que ha contribuido causalmente a la realización del hecho delictivo, con un comportamiento sin el cual aquella no se habría producido. Si la policía comprometida en este delito y el señor mayor del Ejército enfrentan a los agresores el hecho no se hubiera presentado o de haberse consumado, la comunidad hubiera

estado respaldada y se habría dificultado la acción criminal. Nada de esto ocurrió y ellos actuaron libremente."

"Los referidos procesados al parecer cometieron los delitos, en desarrollo de una forma especial de coparticipación en la ejecución de estos comportamientos cual es la de comisión por omisión que se consideran especiales, ya que solo puede realizarse el tipo correspondiente, por un determinado núcleo de personas, es decir por aquellas que tienen una especial relación con el bien jurídicamente protegido y por ende son garantes del mismo.

Ahora bien, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Cúcuta, emitió fallo el 10 de octubre de 2003 mediante el cual concluye: *"vistas las deficiencias y precariedad de la prueba incriminatoria, que se opone a la coherencia de los elementos de convicción aducidos para demostrar la lenidad de los procesados en los delitos endilgados, dada la imposibilidad de disipar con otros medios de convicción la incertidumbre que arroja la valoración de los dos conjuntos probatorios, es un imperativo aplicar el principio universal in dubio pro reo, consagrado en nuestra Legislación Procesal en el artículo 7 del Estatuto Procedimental Penal, deviniendo la absolución para todos los procesados"*⁴⁸.

Inconforme el representante de la parte civil, impugnó la anterior decisión y el Tribunal Superior de Cúcuta mediante fallo de 31 de agosto de 2006 la revocó parcialmente. Luego de precisar que el análisis jurídico y probatorio se limitaría a la legislación penal vigente para el momento de los hechos, esto es, al Decreto-Ley 100 de 1980 a fin de establecer si los procesados tenían el deber jurídico de impedir el resultado, que al no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivaldría a producirlo, *"y no conforme a los lineamientos de la posición de garante, pues esta novedosa figura tiene su génesis en la ley 599 de 2000, que entró en vigencia el 24 de julio de 2001, es decir, surgió con posterioridad a la realización de los acontecimientos investigados"*, condenó

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Magistrado Ponente: JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA Sentencia de 14 de noviembre de 2007.

solamente al Mayor MAURICIO LLORENTE CHÁVEZ como responsable de los delitos de homicidio agravado en concurso homogéneo con homicidio en grado de tentativa.

Respecto del condenado se determinó que: *"...el acervo probatorio lo compromete directamente en la comisión por omisión de la conducta delictiva por la cual se le acusó, pues está probado que el procesado pertenecía a las fuerzas armadas en el grado de Mayor y sin duda tenía el deber legal y Constitucional de proteger el bien jurídico que para ese caso era la vida de dichos asociados, además contaba con los medios necesarios para hacerlo, toda vez que era el comandante de un batallón de contraguerrilla acantonado en dicha región, por lo que tenía capacidad de planear y ordenar las actividades correspondientes para la defensa de la población, ejercer el control y dado el caso, iniciar la persecución de los grupos ilegales que hacían presencia en esa zona, pero como se dijo realizó actividades totalmente contrarias a estos fines".*

Contra la decisión de absolución se interpuso el recurso extraordinario de casación y la Corte caso parcialmente la sentencia y condeno por coautoría a los miembros de la policía absueltos.

2. Comentarios generales a los autos y sentencias proferidas a partir del 1° de septiembre de 2009-casos de la llamada “parapolítica”:

Como se anotó líneas atrás, es importante mencionar que grupos de políticos, comerciantes, ganaderos, narcotraficantes, empresarios y otros, colaboraron a la conformación de una empresa criminal que se expandió por todo el territorio nacional colombiano. En este caso y para el tema que nos ocupa, es necesario acudir a fallos de la Corte Suprema de Justicia en los procesos de la llamada por muchos en nuestro país “parapolítica” en donde se han condenado a congresistas y gobernadores entre otros, siendo sustentadas sus condenas en la teoría de la “conurrencia de personas en el delito y los aparatos organizados de poder (también conocida como autoría mediata en

organizaciones de poder con instrumento fungible pero responsable o autor tras el autor).

La Corte Suprema de Justicia empezó por la época a recuperar la competencia de muchos procesos en los cuales estaban involucrados congresistas con la llamada “parapolítica”, (así denominada por jueces, magistrados, tratadistas, catedráticos y público en general) manifestando que la relación del delito con la función pública tenía lugar cuando se realizaba por causa del servicio, con ocasión del mismo o en ejercicio de funciones inherentes al cargo. Este era el caso de muchos congresistas a los cuales se les imputó el delito de concierto para delinquir agravado por sus presuntos vínculos con miembros de las AUC cuando ya se desempeñaban como congresistas y tenían su curul en el ente colegiado. Afirma la Corte a partir de ahí, que si bien, dicho proceder no es propio de sus funciones, por cuanto reunirse con delincuentes (en este caso miembros de grupos al margen de la ley) para orquestar la comisión de delitos no es, ni podrá ser inherente al ámbito funcional de dicha corporación, si pone de presente, de un lado, que posiblemente hacia parte de dicha organización criminal y, de otro, que de conformidad con la forma como operaba la misma, se trataba presuntamente de un miembro calificado de la misma a quien correspondía aportar dentro de su ámbito funcional.

A partir del auto de 1 de septiembre de 2009 dentro del Radicado 31.653 mediante el cual se decide sobre la competencia de la Corte para adelantar la investigación y el juzgamiento del ex representante a la cámara Edgar Eulises Torres Murillo, no solo se abrió un debate polémico por el fuero congresional, sino que se fijaron posturas acerca de la comisión de conductas no solo realizadas durante el desempeño como congresista sino que tuvieran relación con las funciones desempeñadas. Sin embargo, aunque algunos magistrados de la época no estuvieron a favor del cambio jurisprudencial, como por ejemplo el Dr. JAVIER ZAPATA ORTÍZ, entre otros, en todos los pronunciamientos hacían un llamado al deber de observancia y al acatamiento del pronunciamiento de la mayoría aunque no lo compartieran. Pero algunos de los magistrados no reconocían el cambio jurisprudencial, en cambio manifestaban que no

era que la Corte hubiera variado su jurisprudencia, sino que se habían afinado algunos conceptos de cara a hechos concretos, para evitar que se evaluaran como delitos comunes, conductas claramente vinculadas con la función congresional.

La Corte Suprema de Justicia entonces considero que el fenómeno paramilitar correspondía a aparatos organizados de poder que se concertaron con algunos políticos en este caso con un propósito criminal de “refundar la patria”⁴⁹, esto es, de imponer un modelo de gestión de los asuntos públicos locales, regionales e incluso nacionales paralelo y multipartidista...con esa finalidad delictiva, según dicho organismo, era designio de los grupos paramilitares arrasar ciudadanos u organismos que se opusieran a consolidar su poder y expansión y, por ello, dentro de sus actividades ordinarias ejecutaron múltiples conductas criminales, entre otras calificadas como delitos de lesa humanidad-tortura, desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, etcétera-, y ataques a la dignidad de las personas(...)

Para la mayoría de la Sala conductas como el delito de concierto para delinquir guardaban relación con la investidura de congresista y las tareas o acciones que desarrollaban dichos congresistas, en la medida en que representaban un desviado ejercicio de funciones, o estas se constituyen en medio y la oportunidad para la realización de los fines de la maquinaria.

Mas comparto la posición de la minoría de la Sala, pues no es posible afirmar que el concierto para delinquir agravado contenga vinculo o nexo de determinación alguno con el ejercicio del cargo de congresista y menos con el abuso de dichas funciones, pues como se dijo líneas atrás, es un delito común y vulnera los principios de legalidad y de

⁴⁹ Justicia y Paz (Tierras y Territorios en las versiones de los paramilitares) Informe del Centro de Memoria Histórica. JUAN MANUEL ZARAMA SANTACRUZ y YAMILE SALINAS ABDALA. Pág. 130. Septiembre 2012.

derecho penal de acto atender a elementos subjetivos, o a fines distintos a la intención típica que no hagan parte en su integralidad del tipo penal.

A continuación se citarán algunos apartes de algunas sentencias emitidas en la época, pero quiero empezar con la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso: UI 29.200 del ex senador Jorge de Jesús Castro Pacheco, proceso que al igual que muchos, la Corte recuperó su competencia.

Al ex senador JORGE DE JESÚS CASTRO PACHECO se le acusó de promocionar grupos paramilitares y se adecuó su conducta a la descripción típica consagrada en el inciso 2º del artículo 340 de la Ley 600 de 2000, concluyendo que existía una connivencia o alianza con el Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia, logrando ocupar una curul de Senador de la República durante el periodo 2002-2006 y de esa forma, representando a ese grupo ilegal que operaba en el Departamento del Magdalena, las puso en alto relieve o consideración, bajo su representación en el Congreso. Para la Corte Suprema de Justicia ya estaba demostrada con anterioridad la alianza entre líderes políticos del Departamento del Magdalena y el Bloque Norte de las Autodefensas Unidas de Colombia, por algunas otras investigaciones y condenas llevadas a cabo en la época.

Pero además de comprobar la responsabilidad del ex senador JORGE DE JESUS CASTRO PACHECO en el delito de asociación para delinquir con la finalidad de promover un aparato organizado de poder ilegal la H. Corte Suprema de Justicia compulsó copias a fin de que se le investigara por hechos en los cuales, en ejercicio de ese plan criminal de la organización a la cual pertenecía, hubiere participado y se pudiera establecer su eventual grado de responsabilidad –autoría o participación-, dentro de los que figuran ataques a la dignidad humana y a la vida puestos de presente por los testigos dentro del proceso.

Pero la H. Corte sobre esta decisión ya se había pronunciado. En el proceso de ALVARO ARAUJO CASTRO, la Corte manifestó que:

“...Como se ha conocido, era designio de los grupos paramilitares arrasar ciudadanos u organismos que se opusieran a consolidar su poder y expansión y, por ello, dentro de sus actividades ordinarias ejecutaron múltiples conductas criminales, entre otras calificadas como delitos de lesa humanidad – tortura, desapariciones forzadas, desplazamiento forzado, etc. -, y ataques a la dignidad de las personas, sin que fuera ningún secreto para cada uno de sus miembros, dentro de los cuales inclusive se contaban servidores públicos vinculados a todas las instituciones estatales, aún desde el momento de la creación de aquellas tropas.⁵⁰”

“En la estructura de los grupos paramilitares se ha constatado que se dan los siguientes elementos:

“1). Existencia de una organización integrada por una pluralidad de personas sustituibles antes o durante el evento criminal las cuales mantienen una relación jerárquica con sus superiores. Aquellas personas pueden o no tener cierta predisposición a la comisión de delitos;

“2). Control (dominio) de la organización por parte del hombre de atrás y a través de ella de sus integrantes sustituibles. Dicho control puede manifestarse bajo distintas modalidades: a través de la creación de la organización, el no control del mismo pudiendo hacerlo dada su posición o a través del impulso sostenido de la misma con medidas dirigidas a autorizar sus actuaciones ilícitas. En todos estos supuestos se evidencia, por parte del hombre de atrás, un dominio del riesgo (que es el aparato de poder) de producción de actos ilícitos; y,

⁵⁰ Sentencia 03/12/2009 radicado 32.805.

3). *Conocimiento de la organización o aparato de poder y decisión de que sus miembros ejecuten o continúen ejecutando hechos ilícitos penales*⁵¹. (Montoya, 2009)

Ahora, el político en su condición de miembro de la organización criminal impulsaba no sólo a obtener la permanencia del irregular grupo sino que pretendía ejercer en espacios o crear los mismos en procura de resultar funcionales a la empresa delictiva, en pro de la estrategia del crimen constituyéndose en un paso más en el proceso de la toma de todos los poderes e instancias de decisión del Estado.

Entonces, de acuerdo con la opinión de la Sala, el aforado hacía parte de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica y subordinada a una organización criminal, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes (los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes) realizan conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la cadena⁵², motivo por el cual también debe responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades que hacían parte de la asociación criminal.

(...)

Esta solución que se da al fenómeno de la intervención de múltiples sujetos en la acción criminal se aproxima a las respuestas dadas por la Corte a otros asuntos

⁵¹ IVÁN MONTOYA VIVANCO, «La autoría mediata por dominio de organización: a propósito del caso FUJIMORI», <http://blog.pucp.edu.pe/item/27749> (17-11-2009). La expresión teórica alemana mayoritaria demanda: (i) autoría mediata como dominio de la organización; (ii) la fungibilidad en el marco del dominio de la organización; (iii) la necesidad del apartamiento del Derecho del aparato de poder; (iv) la disponibilidad hacia el hecho específica de la organización; (v) el poder de imposición de los hombres de atrás como soporte fundamental del dominio del hecho; y, (vi) el dominio del resultado. CLAUS ROXIN, *La teoría del delito*, Lima, Editorial Jurídica Grijley, 2007, p. 513-534.

⁵² Casación 02/09/2009 radicación 29.221.

conocidos con anterioridad⁵³ y que resulta cercana a expresiones recientes de la doctrina⁵⁴ y la jurisprudencia⁵⁵ foráneas aplicadas a fenómenos similares.

“Entre las organizaciones criminales cabe distinguir: las desarrolladas al amparo del poder político de un determinado Estado, como la del régimen nacional-socialista alemán del III Reich; y, las organizaciones criminales que operan en contra del poder del Estado, enfrentándose al ordenamiento jurídico, como bandas mafiosas, grupos terroristas, etc. En el primer caso hablamos de ‘aparatos organizados de poder estatales’, entendiendo

⁵³ Por ejemplo, siguiendo los ejes conceptuales de JAKOBS se aplicó la teoría de la coautoría impropia que permitió imponer similares penas a los ordenadores y ejecutores del hecho en los siguientes asuntos: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de casación de 7 de marzo de 2007, radicación 23825 (Caso de la Masacre de Machuca); y de 12 de septiembre de 2007, radicación 24448 (Masacre de La Gabarra).

⁵⁴ HÉCTOR OLÁSULO, «Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en derecho penal internacional», Barcelona, Indret - Revista para el Análisis del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, julio de 2009, quien advierte que la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en los casos LUBANGA-KATANGA y NGUDJOLO, el artículo 25 (3) del Estatuto de Roma (ER): (i) acoge la teoría del dominio del hecho como criterio básico de distinción entre autoría y participación; y (ii) configura la forma de responsabilidad individual que más parece asemejarse a la doctrina de la empresa criminal conjunta (ECC) de las recogidas en el art. 25 del ER (aquella prevista en el párrafo (3)(d) del art. 25 del ER) como una forma residual de complicidad. Véase también, SILVANA BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Editorial Bosch, 1998, p. 35 y ss.

⁵⁵ En la sentencia de condena proferida contra ALBERTO FUJIMORI se dijo que (i) para atribuir a una persona la realización de un hecho delictivo por dominio de organización no se necesita probar el dominio del hecho concreto, esto es, el control del curso causal del delito cometido (por ejemplo el control directo sobre el desplazamiento o desaparición forzada de personas), sino que se necesita demostrar el control de la fuente del riesgo, es decir, el aparato de poder; (ii) no se necesita probar la orden directa de cometer los delitos concretos, dado que quien está en la cabeza de la cadena también puede ser imputado por la omisión de controlar el aparato de poder pudiendo y debiendo hacerlo. Y, (iii) tampoco se necesita probar que el hombre de atrás quiso que los actos ilícitos se realizaran, porque basta con demostrar que el dirigente conocía el aparato de poder organizado y sus actividades ilícitas y decidió que continuara con ellas (Véase Corte Suprema de la República de Perú, Sala Penal Especial, expediente N° AV 19-2001, sentencia de 7 de abril de 2009, hechos de Barrios Altos, La Cantuta y sótanos SIE).

que es el propio Estado el que opera al margen del Derecho. En el segundo, nos referimos a la denominada ‘criminalidad organizada’, término que en principio engloba a toda organización no estatal que actúa con una rígida estructura jerárquica, con un mecanismo estricto de mando y cumplimiento de órdenes y con objetivos claramente criminales”. (Bolea, 2000, 338).

La misma compulsión de copias dentro de este proceso se realizó para investigar las mismas conductas de los ex senadores DIEB NICOLAS MALOOF CUSE, JOSE GAMARRA SIERRA, LUIS EDUARDO VIVES, ALFONSO CAMPO ESCOBAR, SALOMON SAADE, JORGE LUIS CABALLERO y MAURICIO PIMIENTO, quienes también habían sido condenados por el delito de concierto para delinquir. De ahí en adelante, en varios pronunciamientos emitidos por la H. Corte se acudió a la misma interpretación, queriendo hacer jurisprudencia bajo la interpretación traída del derecho internacional.

Resulta importante realizar las siguientes reflexiones, que surgen de las apreciaciones emitidas por la Corte para aplicar dicha teoría no sólo a los miembros del Congreso condenados por la llamada en Colombia “*parapolítica*” sino a otros dignatarios del Estado, incluidos algunos militares: La H. Corte Suprema de Justicia realiza un análisis especificando los elementos esenciales que poseen los grupos paramilitares para llegar a la conclusión de que es posible para estos casos aplicar la teoría de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, teoría que como ya se analizó en capítulos atrás, fue desarrollada por Claux Roxin, en respuesta a los sucesos acaecidos en el holocausto nazi y desarrollada en 1963.

En relación con la noción de “estructuras o aparatos de poder organizados”, aparece en algunas ocasiones también referenciada como “dominio del hecho a través de aparatos organizados de poder”, “autoría a través del poder de mando” y “autoría por dominio de la organización”, entre otros.

Veamos, dice la Corte que 1). Que existe una organización compuesta por una pluralidad de personas intercambiables o fungibles pero con una relación jerárquica con sus superiores. 2). Un dominio del hecho por parte del sujeto de atrás y de sus integrantes.

Pero además concluye que estos políticos, hacían parte de la organización criminal eran parte y miembros de la misma, y se encontraban organizados jerárquicamente y de forma subordinada.

Ahora, me surgen varios interrogantes. ¿Se pudo establecer en qué posición se encontraban éstos dentro de la cadena? ¿Militaban en que puesto o condición dentro de la organización? Pues considero que para establecer la existencia de una cadena de mando adecuada, es necesario establecer y determinar funciones y responsabilidades concretas, en que papel actúan dentro de la organización si como comandantes operacionales o ejecutivos por ejemplo, ya que según esto tendrían obligaciones diferentes con respecto a sus posiciones formales.

Pero además de lo anterior, la alta corporación los llama a responder penalmente por el conjunto de crímenes que se le atribuyen a los comandantes o jefes de los bloques, frentes o unidades, a quienes si se les ha podido comprobar que formaban una cadena delictual y se encontraban organizados jerárquicamente. ¿Se puede entender entonces de la interpretación de la Corte, que estos ex congresistas podrían entrar a responder por delitos por ejemplo de acceso carnal violento en algún grado de participación criminal? Como autores mediatos por ejemplo?.

Como muy bien lo concluye el profesor ESQUIVO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA *“Mientras la legislación se pone a tono con las modernas manifestaciones del crimen organizado y sus formas más violentas, es necesario que la jurisprudencia sea coherente en la solución de los problemas penales utilizando criterios de imputación acordes con sistemas de injustos de criminalidad organizada...(...) Es importante destacar en el plano probatorio criterios para determinar cuándo se está frente a una organización criminal, pues no todo plan conjunto de intervención plural es de por sí una estructura de la cual se pueda deducir una modalidad de injusto sistémico”* (SÁNCHEZ HERRERA. E. 2013).

La Corte Suprema de Justicia dice que esta solución, es decir; la de aplicar la Teoría de la Autoría Mediata a través de estructuras o Aparatos Organizados de poder se aproxima a las soluciones que se dieron por dicha corporación en los casos la Gabarra y Machuca, ya antes comentados, pero esto no es del todo cierto, pues en estos se aplicó la teoría de la

coautoría impropia, de pronto con similares penas. Ahora, que esta teoría resulta cercana a algunas desarrolladas por la doctrina internacional como la Empresa Criminal Conjunta o Común, (ECC) o a la jurisprudencia internacional, poniendo de ejemplo el caso de Fujimori en Perú, no es tan cierto, pues ya se analizaron elementos propios y características esenciales de la teoría de la Empresa Criminal Conjunta (ECC), y podría asegurar que de su análisis lo que realizó la alta corporación fue adoptar en nuestro país elementos propios de la teoría de la ECC y aplicarlos a estos casos, entre otros.

Aunado a lo anterior, debe reconocerse que hay casos de casos, en donde de los resultados arrojados en la investigación y material probatorio aportado al respectivo proceso, podría comprobarse una relación más estrecha de algunas de estas personas con los grupos armados al margen de la ley, como entiendo sucedió con el ex congresista ÁLVARO GARCÍA ROMERO, en cuyo proceso se demostró la existencia de un vínculo más estrecho con el grupo “Héroes de Montes de María”. En este caso concluyó la Corte que:

“...el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes –los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes–, realizaron conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la Cadena.

... encuentra la Sala que el contenido de la conversación, aunado a la información que allí se le suministró y las gestiones que le fueron encomendadas a GARCÍA ROMERO, como el decurso posterior de los acontecimientos, resultan claramente indicativos de cómo el procesado no sólo organizó el grupo de autodefensas autor de la masacre, sino que además desarrolló comportamientos propios de un miembro de ese tipo de agrupaciones armadas ilegales, todo lo cual permite reprocharle a título de autor mediato los múltiples homicidios acaecidos en desarrollo de dicha incursión paramilitar.

Y para fundamentar el cambio de jurisprudencia, dijo la Corte en dicha sentencia:

“Ciertamente, cuando se está ante el fenómeno delincencial derivado de estructuras o aparatos de poder organizados, los delitos ejecutados son imputables tanto a sus dirigentes -gestores, patrocinadores, comandantes- a título de autores mediatos, a sus

coordinadores en cuanto dominan la función encargada -comandantes, jefes de grupo- a título de coautores; y a los directos ejecutores o subordinados -soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos-, pues toda la cadena actúa con verdadero conocimiento y dominio del hecho y mal podrían ser amparados algunos de ellos con una posición conceptual que conlleve la impunidad.”⁵⁶ .

Estableció por tanto la sentencia que el ex congresista ALVARO GARCÍA ROMERO financió, apoyó y asesoró al grupo “Héroes de los Montes de María y que perteneció a la comandancia de dicha estructura criminal, la cual estaba organizada verticalmente compartiendo mando con los jefes militares quienes trazaban los planes criminales propios de su modus operandi, como la denominada “masacre de Macayepo”, la cual se ejecutó mediante varios de los cientos de hombres con que contaban para ejecutar sus directrices. Finalmente, fue declarado penalmente responsable como: autor del delito de concierto para delinquir; autor mediato de varios homicidios agravados por la masacre de Macayepo; determinador de un delito de peculado; y determinador de un homicidio simple. A su vez, fue absuelto de otros homicidios.

En cuanto a referencias jurisprudenciales respecto de la aplicación de la teoría de la empresa criminal conjunta, no existen registros, sino menciones en las diversas sentencias de dicha teoría, como para hacer alusión y traer a colación que en Colombia es viable la aplicación de teorías de derecho penal internacional, pero como se analizará líneas adelante, su aplicación a casos de índole interna implicaría un ajuste de nuestra política en materia penal.

Ahora bien, la referencia que se hace por parte de la Corte en muchos pronunciamientos al caso Fujimori⁵⁷, está íntimamente relacionado con crímenes de lesa humanidad. Acá fue aplicada la teoría de la autoría mediata para crímenes

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, rad. 32.805, asunto García Romero, sentencia del 23 de febrero de 2010.

⁵⁷ Corte Suprema de la Nación, Sala Penal Especial. Expediente A.V 19-2001 (acumulado A.V. 45-2003) contra Alberto Fujimori Fujimori.

catalogados como de “lesa humanidad” para el Derecho Internacional. La masacre de Barrios Altos como la desaparición forzada y ejecuciones ilegales en la cantuta constituyeron crímenes de “lesa humanidad”.

Así entonces, con posiciones como las asumidas por la H. Corte Suprema de Justicia se expande la intervención penal no solo a quien realiza o ejecuta la conducta punible, sino a quien dentro de la estructura de poder a la que pertenece, tiene alguna calidad de mando. Se presenta por tanto un afán por expandir el derecho penal para castigar hechos aplicando una finalidad de “justicia” haciendo que sea necesario castigar no solo a quien ejecutó materialmente los hechos delictivos, sino además a quien profirió la orden, esto con igual o mayor rigor, esto es aplicable a los que verdaderamente se les ha podido comprobar algún vínculo estrecho de pertenencia a la organización y que se identifica como militante de la misma, pero que decir con los que no reúnen estos requisitos?.

Me parece conveniente citar lo siguiente en relación con el caso Stakic⁵⁸ en el cual se aplica la ECC: *“Es en efecto comprensible, que ha sido sustancialmente imposible demostrar que Tizio, líder político que vive en la capital, y Caio, agente de policía de una pequeña región, actuaron juntos compartiendo la intención de cometer un determinado crimen. Si no fuese porque es imposible individualizar con precisión la identidad de todos los Caio ejecutores materiales de los crímenes y con mayor razón su mens rea en el acto de cometer el crimen. En otras palabras, es imposible establecer, en una hipótesis de tal complejidad, si los ejecutores materiales fueron o no, miembros*

⁵⁸ Milomir Stakic una de las figuras políticas más importantes de la municipalidad de Prijedor, es revestido de las funciones de presidente de la Asamblea Municipal, del Consejo de Defensa Municipal y de la War Presidency. En tal condición dirigía y coordinaba los respectivos comandantes de la policía y del ejército. De vez en cuando la policía y el ejército realizaban las políticas criminales preventivas planificadas por los vértices de los previstos por Stakic. A fin de mantener la municipalidad étnicamente limpia” miles de personas en el curso del año 1992 son perseguidas, deportadas, asesinadas, torturadas y recluidas en los campos de concentración. Esto fue el resultado de un plan común compartido por los vértices políticos y militares, implicándose en la realización física de tales delitos cientos de agentes de policía, militares y paramilitares”.

de la Joint Criminal Enterprise, o bien por el contrario actuaron espontáneamente y con independencia de la existencia de un plan común...la Cámara de Apelaciones del TPJ ha condenado a Stakic por haber cometido los delitos mediante el modelo de la JCE. Esto, a pesar de la falta de demostración de si los ejecutores materiales compartieron el common plan y por consiguiente sin concluir, si éstos hacían parte de la misma JCE, a la cual pertenecía Stakic y los otros vértices políticos y militares de la municipalidad. La sentencia, a ojos vista, omite una argumentación sobre el punto. Argumentación que se puede por el contrario encontrar en la sucesiva sentencia Brdjanin, en que la Cámara de apelación ha afrontado explícitamente y por primera vez el tema concluyendo que los miembros de la JCE pueden responder como autores de los delitos cometidos materialmente por sujetos no miembros de la JCE (y que por consiguiente no compartirán el shared intent) donde éstos hayan actuado como instrumentos utilizados por al menos uno de los miembros de la JCE con el propósito de perseguir el common plan". (Amati, Caccamo, Costi, Fronza y Vallini, 2006).

¿Se encuentra algún parecido en este caso con los ya referidos procesos de la llamada en nuestro país "parapolítica"?

En mi opinión existe en dichos pronunciamientos una ampliación desmedida de la punibilidad al imputar y castigar a estas personas sin diferenciar la modalidad de participación y al mezclar elementos de teorías expansionistas de derecho penal internacional.

Se afirma indistintamente que los llamados "aparatos organizados de poder" corresponden a una estructura de ejército perteneciente a un estado y que estos responden por omisión u acción en un determinado caso. Por su parte los avances doctrinarios han citado este concepto atribuyéndolo también a grupos irregulares y grupos armados al margen de la ley, así también el Estatuto de Roma en su artículo 28 consagra palabras como máximos jefes, líderes, cadenas de mando para quien actúe como jefe militar. Es así como nuestros tribunales en Colombia han traído también ese

término indistintamente ya sean líderes del gobierno o líderes de grupos armados ilegales. Se trae a continuación un ejemplo de ello:

“En efecto, como ya ha tenido ocasión de referirlo la Corte, el aforado estaba en la cúpula de una estructura criminal integrada por un número plural de personas articuladas de manera jerárquica, quienes mediante división de tareas y concurrencia de aportes los cuales pueden consistir en órdenes en secuencia y descendentes, realizaron conductas punibles, fenómeno que es factible comprenderlo a través de la metáfora de la cadena”⁵⁹

3. Sobre el Principio de Legalidad:

Ahora bien, tratándose del principio de legalidad, en nuestro ordenamiento se encuentra consagrado en el artículo 29 de la C.N así: *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.”⁶⁰*

El principio anterior implica que la norma debe ser tan clara y comprensible, sin lugar a equivocaciones, que permita que un operador jurídico que aplique una determinada disposición pueda garantizar que la conducta que se le atribuye a una persona efectivamente este descrita en la ley, con su sanción respectiva tratándose de conductas punibles, evitándose interpretaciones arbitrarias por parte del juzgador. Este principio obliga a que todos los actos y disposiciones se ajusten a derecho.

Implica entonces que la ley debe definir clara y precisa el hecho constitutivo de delito, la pena a imponer por esa conducta, los sujetos que intervienen en la misma, el procedimiento que se le va a aplicar, la autoridad o juez competente para llevar a cabo la investigación y el juicio, etc.; para no dejarse a la discrecionalidad de la autoridad afectándose derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 2 de septiembre de 2009, radicado. 9221.

⁶⁰ Constitución Nacional Art. 29.

Teniendo en cuenta que el principio de legalidad, constituye la base jurídica a través de la cual las ramas del poder público como otros organismos independientes y los ciudadanos en general están sometidos a la constitución nacional y a la ley, de acá surge el respeto por este principio, pues su desconocimiento va en contravía de los postulados constitucionales y legales.

Este principio de legalidad es por tanto la protección que tienen todos esos ciudadanos, ese escudo que los resguarda para que se respeten esos derechos y que solo se impongan esas sanciones las cuales el legislador haya establecido como punibles y que tengan definida una pena. Entonces podríamos decir que este principio surge por esa necesidad que surge del hombre de proteger sus derechos, esos derechos que le son propios y le pertenecen, pero tradicionalmente para poder llegar hasta este principio tuvo el hombre que pasar momentos difíciles y luchar contra aquellas personas que luchaban contra el poder y que lo detentaban, pues si bien eran la minoría lo ostentaban y vulneraban el derecho de la clase más débil. Es por esto que es tan importante el significado del principio de legalidad. Las revoluciones por lo tanto trajeron estos derechos, evolucionando la humanidad en la consagración de los mismos.

Pero como se traduce en términos sustantivos y procedimentales, pues este principio indica que las conductas sancionables deben estar descritas previamente en la ley (conducta típica) y que también por aplicación a ese principio de favorabilidad toda norma favorable a una persona debe aplicársele. Procesalmente el código de procedimiento penal (ley 906 de 2004 en su artículo 6) consagra que “nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme la ley procesal vigente al momento de los hechos y con las formalidades propias de cada juicio, esta consagración más la inclusión del principio de favorabilidad dan seguridad jurídica a los involucrados.

Se atenta por tanto con este principio cuando en algunos sectores del derecho penal moderno se aplica una tendencia a cambiar los métodos tradicionales de imputación, solamente por castigar y perseguir a los delincuentes, pues este principio no puede

nunca estar al margen de los derechos protegidos y defendidos constitucionalmente, frente a las arbitrariedades del legislador o del mismo juez al interpretar tipos penales.

En el derecho penal internacional este principio es el más importante. Conocido también como “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, consagrado en el artículo 22.1 del Estatuto así:

“Artículo 22 Nullum crimen sine lege 1. Nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto a menos que la conducta de que se trate constituya, en el momento en que tiene lugar, un crimen de la competencia de la Corte. 2. La definición de crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía. En caso de ambigüedad, será interpretada en favor de la persona objeto de investigación, enjuiciamiento o condena. 3. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a la tipificación de una conducta como crimen de derecho internacional independientemente del presente Estatuto”⁶¹. Con base en este principio de jurisdicción universal, nadie puede ser declarado penalmente responsable a no ser que la conducta constituya al tiempo de ser realizada un crimen de los previstos en el artículo 5° del Estatuto.

Este principio universal está íntimamente relacionado con el principio de responsabilidad, pues coloca un límite a éste en cuanto a la persecución individual y a esa exigencia del Estado de buscar la responsabilidad penal individual.

Así las cosas, nadie puede ser condenado por actos u omisiones que en el momento de perpetrarse no vulneraran el derecho penal vigente, por lo que la existencia de un crimen dependerá de la existencia de la legislación en la que se consagre específicamente el hecho como delito y se asigne una pena específica por su comisión y que la legislación vigente consagre esa pena como posible sanción por la comisión de ese delito.

⁶¹ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. También en: artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre el principio de legalidad, *Ambos*, tiene una interpretación muy completa, pues afirma que este principio tiene cuatro formas y se presenta así:

1. *“Una persona solo puede ser castigada por una acción que estuviera prevista en el Estatuto al tiempo de su comisión. (Lex scripta).*
2. *Que fuera cometida tras su entrada en vigor (Lex praevia).*
3. *Que estuviera definida con suficiente claridad (Lex certa).*
4. *Que no fuera ampliable por analogía (Lex stricta)”*⁶².

CAPITULO IV. CONCLUSIONES Y POSTURA PERSONAL

La figura de la autoría mediata se convirtió en postura asumida en la justicia penal colombiana para responder por los delitos cometidos por estructuras de criminalidad o aparatos organizados de poder, interpretaciones traídas del derecho penal internacional, especialmente de decisiones fundamentadas en pronunciamientos proferidos por la Corte Penal Internacional, pero en mi criterio, se están asumiendo figuras dogmáticas traídas del derecho internacional y aplicables a casos y situaciones totalmente distintas y no solo eso, sino a hechos sucedidos en otra época y contexto, teorías foráneas no compatibles con el ordenamiento penal interno contraviniendo principios y garantías fundamentales de nuestro país. En la actualidad y a partir del año 2009 se vienen eligiendo casos indiscriminadamente para interpretarlos por una vía jurisprudencial que contradicen abiertamente los principios de legalidad, de tipicidad y de responsabilidad personal, al introducir criterios de responsabilidad objetiva como ya se dijo líneas atrás.

Una conclusión definitiva es que ROXIN al crear la teoría del dominio del hecho por dominio de la voluntad a través de estructuras organizadas de poder, lo hizo en un

⁶² Ambos K; Principios Generales de Derecho Penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Originalmente publicado en Criminal Law Forum 10 (1999), pp. 1-32. Traducción del inglés de Fernando del Cacho (C.E.U. San Pablo), revisión y actualización del autor.

contexto y un tiempo en el cual resultaba necesario esclarecer sucesos y responsabilidades por estar presentes fenómenos de macro criminalidad, pues bajo la modalidad de autores y partícipes resultaba complejo determinar algún grado de responsabilidad a los sujetos intervinientes en numerosos crímenes, pero la dogmática penal actual en nuestro país se encuentra encaminada a garantizar que se determinen responsabilidades individuales reconociendo que los crímenes internacionales no pueden ser tratados ni estudiados con categorías simples de imputación y que si bien debe haber una globalización en su análisis, la situación coyuntural e histórica del país exige un tratamiento diferente acorde con la normatividad.

Una de las conclusiones extraídas del desarrollo de este trabajo es que en aquellos países en donde se han aplicado estas teorías (autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder y la Empresa Criminal Común o Conjunta-ECC) ha sido por delitos cuyo tratamiento con relación a otros es muy diferente, resultando la aplicación de estas teorías siempre más rigurosa, sin embargo se acude a ellas, con el fin de garantizar “justicia” y han respondido a las necesidades de los Estados cuyo deber es adoptar medidas para luchar contra su comisión en el entendido de que tales conductas revisten una naturaleza especial y siempre han tenido la connotación de atentar contra la humanidad. Las Cortes y los Tribunales Internacionales han desarrollado una serie de doctrinas como la Responsabilidad del Superior o la Empresa Criminal Conjunta, para asegurar que la justicia penal llegue a militares y altos funcionarios del Estado.

Para el Derecho Internacional hay dos tipos de responsabilidades diferentes pero que a su vez se relacionan y son relevantes para casos en donde el funcionario no participa directamente en la comisión de un crimen, pero tiene relación jerárquica con quien lo comete (la teoría de la ECC y la teoría de la Responsabilidad del Superior). En el Derecho Comparado por ejemplo, casos como en los de Perú y Argentina, también se ha acudido a la teoría de la autoría mediata que guarda “similitudes” con la ECC.

La teoría de la responsabilidad del superior ya en capítulo anterior se estudió un poco y se determinó que con base en ésta los superiores pueden ser procesados por las ofensas y delitos cometidos por sus subalternos cumpliendo unos requisitos establecidos en dicha teoría para su aplicación. Esta teoría se fortaleció como una doctrina de derecho internacional por ser utilizada en los Tribunales de Ruanda y la Ex Yugoslavia entre otros en los años noventa, pero siempre se aplicaba a casos relacionados con “crímenes contra la humanidad”, pero también está consagrada en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Exige también una cadena de mando entre el superior y el subordinado, pues en resumen lo que esta doctrina busca es imponer al superior el deber de prevenir los crímenes que él conoce o que cree vayan a ser cometidos por sus subordinados, de quienes él tiene un control efectivo.

Ahora, La teoría de la Empresa Criminal Conjunta o Común, (ECC) ha sido utilizada cuando el superior no ayudó, incitó o participó de ninguna manera, pero contribuyó de cualquier otro modo a que se cometiera el crimen. ¿No será que los ex parlamentarios a los cuales nos hemos referido lo que hicieron fue contribuir en algún modo a que estos grupos ilegales delinquieran, y la Corte aplicó elementos de esta teoría a casos colombianos?

El objetivo de la Empresa Criminal Conjunta (ECC) es “*extender*” responsabilidad a todos los “*miembros*” de la empresa, no solo a delitos con los que ésta esté íntimamente relacionada o involucrada, sino a los crímenes que podrían ser cometidos por cualquier miembro de ella, siempre que sean previsibles y que la persona esté enterada de que tal crimen llevaría una consecuencia posible de involucrarse en las actividades de la empresa criminal.

El concepto de Empresa Criminal Conjunta (ECC) se ha consagrado en el artículo 25 del Estatuto de Roma y ha sido establecido en el Derecho Internacional también como la responsabilidad del superior, para responder por delitos de lesa humanidad, o en otras palabras, crímenes internacionales de gran connotación.

Ahora bien, de los fallos emitidos por la Corte Suprema de Justicia cabe destacar que en muchos de ellos se citan casos por ejemplo como el de “Lubanga” y “Katanga” de la CPI, pero además casos de Latinoamérica como el de “Fujimori” y “Sendero Luminoso”, dejando entrever una gran tendencia e influencia del derecho penal internacional, del derecho consuetudinario y comparado, en especial casos de macro criminalidad donde intervienen también grupos al margen de la ley y se analiza la responsabilidad en materia de autoría y participación.

La aplicación de la autoría mediata mediante aparatos organizados de poder está siendo utilizada como una herramienta que a los jueces y magistrados les ha parecido útil al momento de investigar y juzgar delitos de lesa humanidad y graves violaciones a los derechos humanos cuando son cometidos por dirigentes, pero también dicha teoría se ajusta a los preceptos del derecho internacional donde se han juzgado crímenes internacionales en el entendido de que los mismos se han cometido no por personas aisladas sino por organizaciones criminales estatales o no de forma masiva o sistemática. Reflexiones tan importantes como establecer si un determinador o el mismo ex congresista vinculado con estos grupos armados al margen de la ley eran parte integral de la organización criminal y miembros permanentes de la misma, o si se trata de personas extrañas o de alguna manera aisladas, que de pronto se sirvió de la organización y de su modo de operar para cometer determinados delitos son aspectos que debieron analizarse a fondo, como el verdadero aporte realizado, y plan común entre otros requisito contemplados para la ECC.

Tanto en la teoría de la autoría mediata como en la ECC se habla de un plan común, pero en el caso por ejemplo de “Milutinovic” se demuestra que la pena es resultado de un aporte voluntario e individual de cada uno de los miembros pertenecientes a la organización criminal y no solo la existencia de un plan común. Debe tenerse en cuenta que por ejemplo para la ECC no se requiere una contribución esencial o indispensable, pero si significativa al plan común, en este caso por ejemplo, “Milutinovic” a pesar de ser la cabeza de la organización fue penalmente absuelto por crímenes de guerra y de lesa humanidad. En Colombia por ejemplo, la discusión acerca de la determinación de

la responsabilidad penal por crímenes de los subordinados que debe corresponder a los dirigentes de la organización es relevante, pero algunos doctrinantes consideran el tema menos importante en el entendido de que el autor, el coautor, el instigador y el autor mediato tienen la misma pena.

Ahora podría afirmar que algunos defensores de ultranza de la teoría de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder, en especial los que variaron la jurisprudencia operante en nuestro país a partir de 2009 al pretender aplicar doctrina, jurisprudencia internacional o teorías no desarrolladas en Colombia, como la autoría mediata o la “*Joint Criminal Enterprise*”, afanados por criminalizar algunas conductas y por perseguir la macro criminalidad, aplican la teoría de la autoría mediata afirmando que se cumplen cada uno de los requisitos exigidos para su adecuación, sin dejar ver por ejemplo que su análisis se identifica más con los elementos de la ECC y que encaja mejor dogmáticamente, aplicando en últimas la ECC de la que casi no se ha hablado en nuestro país.

Así es como considero que la teoría de la ECC o “*Joint Criminal Enterprise*” se asemeja más a lo que la H. Corte Suprema quiso formular cuando aplicó la teoría mediata a múltiples casos de delincuencia organizada en donde estaban inmersas estructuras organizadas de poder, en nuestro caso grupos al margen de la ley, quienes en conjunto con altos dignatarios del estado y militares, entre ellos ex congresistas de la república se aliaron para cometer diferentes conductas. Miremos algunas referencias a manera de resumen de la teoría de la ECC para así determinar si sus elementos, su finalidad de aplicación y sus motivos determinantes cabrían para aplicarse en los casos ya mencionados, sin desconocer que ambas teorías pretenden como ya se dijo en varias oportunidades hacer frente a la criminalidad colectiva.

La teoría de la ECC es aplicable perfectamente a casos de criminalidad en grupo, como sucedió por ejemplo cuando se formuló por primera vez en el caso Tadic, pues en esta teoría no es necesario hacer una valoración probatoria exigente para comprobar un plan común y en la cual los crímenes pueden ser cometidos por personas que no

pertenecen a la ECC, pero la teoría también ha permitido que el objetivo común no sea criminal y que se pueda imputar responsabilidad a quienes se alían para realizar una conducta no criminal así se usen medios criminales, así ocurrió en varios casos estudiados por el TPIY.

Una reflexión que me parece importante en cuanto a las apreciaciones de procedencia de la teoría, es por ejemplo las aclaraciones que realizó la Sala de Primera Instancia del TPIY en uno de los casos emblemáticos de la época cuando se argumentó que: Las personas que forman parte de una ECC no tienen que estar organizadas en una estructura militar, política o administrativa de ninguna clase; que no es necesario un acuerdo explícito para la comisión del crimen, que éste puede ser implícito; que el acuerdo no tiene que ser previo, que este puede materializarse de manera espontánea; que el acusado no tiene que estar físicamente presente al momento de los hechos para que se determine su responsabilidad; y que la contribución del acusado al plan común debe ser significativa, mas no necesaria.

Argumentos que caben perfectamente en el análisis que se podría realizar en nuestro país para imputar los delitos que se han mencionado a todas aquellas personas a raíz de los pronunciamientos emitidos a partir del 2009. Podría decirse que para la ECC solo se requiere una contribución significativa en la comisión del delito, mas no una dirigida a la comisión de los mismos. La ECC requiere una contribución importante al plan común que puede ser de otros, circunstancia que podría caber también en el análisis de responsabilidad antes aludido. En la ECC el ente investigador no tendría que probar que cada uno de los miembros que forman parte de la ECC compartían la misma intención o finalidad de cometer los delitos. Estos elementos me permitirían concluir que los elementos de esta teoría se ajustan más a la realidad del fenómeno investigado y juzgado por los operadores judiciales de nuestro país, quienes aplicaron la teoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, aplicando los requisitos de aquella teoría en asuntos donde no encajan los mismos, pero lo que hicieron probablemente fue aplicar la teoría de la Empresa Criminal Conjunta o Común o llamada también "*Joint Criminal Enterprise*".

Esta teoría expansionista del derecho penal si bien no se ha desarrollado aun en Colombia o no se ha admitido su utilización, considero que conlleva unos elementos y requisitos más difíciles que la autoría mediata a través de aparatos o estructuras organizadas de poder, teoría que si se ha aplicado y estudiado por varios tribunales de América latina, incluido Colombia. Si bien se ha dicho que la teoría de la ECC no explica y no responde a muchas situaciones, por ejemplo no ha explicado muy bien que entiende por utilizar un subordinado para efectos de imputarle responsabilidad a través de una ECC, no define como debe ser ese vínculo entre un miembro del grupo que lleva a cabo el plan común con la ECC y el autor material, tiene importancia para la ECC el tema de los delitos expandidos o aquellos que no se encuentran dentro del plan común, pero son cometidos por alguno de sus miembros. Este tema se discutió en el caso “Krajišnik⁶³” y la Sala de Apelaciones de primera instancia argumentó que hablando de este tema debía examinarse: 1) si los miembros líderes de la empresa criminal conjunta estaban informados de los delitos, 2) si no hicieron nada para prevenir su ocurrencia y si persistieron en la implementación del objetivo común, y 3) cuándo los delitos expandidos se entienden incorporados al objetivo común.

Esta interpretación permite incorporar nuevos delitos a la ECC en la modalidad básica y no acudir a la extendida. Sobre el objetivo del plan común, también la jurisprudencia de la Sala de Apelaciones ha manifestado que no es necesario que el objetivo común sea inherentemente criminal, y que resulta factible y adecuado imputar responsabilidad penal a un participante en una empresa criminal conjunta si el objetivo de ésta no era la comisión de un crimen, pero el plan para conseguir el objetivo sí implicaba llevar a cabo la conducta criminal.

Igual debe decirse que la H. Corte ha realizado desde épocas atrás estudios jurisprudenciales para distinguir los autores de los partícipes, para que nuestro derecho penal este acorde con el derecho internacional y en especial con el artículo 28 del

⁶³ Krajišnik, Momčilo era un miembro prominente de la dirección serbobosnio durante la guerra. El 26 de septiembre de 2006, la Sala del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) lo condenó a 27 años por delitos contra la humanidad.

Estatuto de Roma, de donde se deduce la figura del autor tras el autor, en la que los jefes militares responden por los delitos cometidos por sus subalternos por no haber ejercido un control apropiado y efectivo o cuando –por negligencia u omisión– no se adopten las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir y reprimir esos delitos, siempre y cuando esos crímenes guarden relación con las actividades y el control que de ellos tuvieran. Las sentencias emitidas por la Corte Suprema y alguna doctrina en nuestro país han señalado diversos criterios para definir e identificar las figuras de la autoría mediata, la determinación, la coautoría impropia y la llamada autoría mediata a través de aparatos organizados de poder.

Se ha acudido a la teoría mediata en Latinoamérica en países como Argentina, en donde se investigó y juzgó a integrantes de 3 juntas militares que gobernaron el país entre 1976 y 1983, en Chile se investigaron y juzgaron crímenes cometidos por los integrantes del DINA; en Perú el juicio contra el líder de Sendero Luminoso Abimael Guzmán y la condena de Alberto Fujimori, siendo los más representativos en donde se estudió la misma, pero vuelvo y repito, se investigaron y juzgaron delitos de lesa humanidad y en contextos totalmente diferentes al nuestro.

La ECC se caracteriza por la ausencia de un plan previo entre quienes intervienen en la comisión de un delito internacional, pero es claro que ambas teorías resultan aplicables para investigaciones y juzgamiento de crímenes internacionales de competencia de la Corte Penal Internacional. La CPI sobre el aparato organizado de poder y la jerarquía, se ha pronunciado en la necesidad de que la organización debe encontrarse basada sobre relaciones jerárquicas (superior y subordinado). A modo de conclusión, según la doctrina de la ECC todos los miembros de esta empresa pueden ser catalogados como coautores del crimen, siempre que se reúnan los tres fines contemplados para ello: 1) *pluralidad de personas*, 2) *plan común*, 3) *contribución para cometer delitos*.

En esta etapa del trabajo podría decir que no es descabellado que a los congresistas se les haya aplicado por poner un ejemplo, una forma extendida de ECC en donde

todos los participantes son responsables por los crímenes que eran consecuencia previsible del plan común, incluso si inicialmente no hacían parte de dicho plan esta especie introduce una especie de dolo eventual en la responsabilidad por contribución a una ECC.

La forma extendida de “Joint Criminal Enterprise” como ya se dijo corresponde a la responsabilidad penal de un interviniente por los crímenes que cometen el resto de ellos en la ejecución de la ECC, pero que no habían sido previstos inicialmente en el acuerdo común. Según lo que ha sido dispuesto por la jurisprudencia cada uno de los intervinientes responde igualmente por los excesos siempre que estos puedan ser considerados previsibles en la ejecución del plan común y no es necesario que cada uno de los intervinientes comparta la intención. La intervención en una Empresa Criminal Conjunta tan solo requiere el apoyo a la puesta en práctica del plan común mediante cualquier tipo de actuación.

Ahora, la jurisprudencia del TPIY advirtió que no requería acuerdo explícito ni previo, que el plan común podía cambiar con el tiempo y que la contribución no tiene que ser esencial para que uno de sus miembros sea responsable en virtud de ella. La ECC está fundamentada como ya se ha dicho varias veces en el derecho internacional consuetudinario, sin embargo, no fue acogida la teoría por la CPI que optó por una diferenciación entre autor y partícipe basada en el dominio del hecho, afirmando el carácter residual de la teoría.

Uno de los casos en donde se aplicó la teoría de la ECC fue el caso Milutinovic, del cual en varias ocasiones se ha hecho referencia. En éste en el entendido que había diferentes niveles de jerarquía y distintas competencias, resultó difícil señalar y determinar quién tenía el dominio del hecho en Kosovo y resultaba difícil señalar cual era el hombre de atrás, quien estaba controlando la acción, por eso no fue posible aplicar la teoría mediata.

La teoría de la ECC tiene a todos los miembros del grupo como autores pero permite graduar la pena dependiendo de la intensidad de la contribución al plan común. Es por esto que esta teoría, se pregunta por el grado de participación. Y responde a la pregunta: ¿Qué tanto contribuyó el miembro al plan común?, en cambio la teoría de la autoría mediata responde a la pregunta: ¿Quién domina el hecho? Sino responde esta pregunta, pues no podría ser nadie autor de una determinada conducta.

Un aspecto importante para concluir es que la jurisprudencia del TPIY, dio vía libre a la aparición de una dogmática más exclusiva por decirlo así, en el tema de investigación y juzgamiento de crímenes internacionales. Los Tribunales ad hoc han diferenciado algunas formas de comisión de una conducta a título de autoría (“committing”), planificación (“planning”), emisión de una orden (“ordering”), inducción (“instigating”) y cooperación (“aiding and abetting”), pero dicho Tribunal no solo consideró estas formas de participación sino que una intervención en una empresa criminal conjunta (“participation in a Joint criminal Enterprise”), es una forma especial de autoría⁶⁴. Cada una de estas formas de intervención, tienen sus propios elementos y requisitos, pero se puede distinguir entre formas de intervención independientes (comisión a título de autoría y Joint Criminal Enterprise) y como accesorias (inducción, colaboración, planificación, ordenación).

Pero esta doctrina de la ECC también ha gozado de algunas críticas. Su origen en el derecho internacional consuetudinario se ha puesto en duda y se ha criticado que extiende elevadamente su aplicación en el ámbito de la coautoría, pues por ejemplo en la tercera forma de aplicación de la misma, conlleva la atribución a título de autoría a intervinientes en los que no concurre el aspecto interno del hecho.

⁶⁴ Esta forma de autoría se discutió por primera vez en el TPIY, sentencia de 15 de julio de 1999 (Tadic, AC).

Una conclusión importante es reconocer que el derecho penal internacional protege la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad,⁶⁵ como los bienes jurídicos más importantes de la comunidad internacional, más no por ello se puede acudir a teorías y doctrinas que autorizan una extensión de la responsabilidad penal internacional, pues debe realizarse un análisis de la figura y estudiar la posibilidad de aplicarla directamente al derecho penal colombiano previamente a su aplicación.

Ahora, no me cabe la menor duda de que probablemente en Colombia se aplicaron elementos e instrumentos también de la teoría de la ECC, una doctrina expansionista, un derecho penal internacional de cuarta generación contraviniendo el derecho interno en el entendido de que el derecho penal internacional es subsidiario al mismo, una teoría que surgió en la segunda guerra mundial y hace parte del derecho internacional consuetudinario, que tiene en cuenta el elemento subjetivo (*mens rea*) que es el elemento característico y propio de la forma extendida de ECC para configurar su aplicación.

Una reflexión concluyente además, sería afirmar que en Colombia no es viable aplicar la doctrina de la ECC, puesto que le corresponde a los Estados aplicar su derecho interno y no acudir al derecho internacional cuando las normas internas consagran la forma de investigar y juzgar ciertas conductas punibles, además de ello, como se dijo líneas atrás, es una figura importada del derecho penal internacional, pues en Colombia no existe ningún antecedente en nuestra legislación interna, y es por eso que debe preguntarse si se podría en la jurisdicción penal colombiana aplicar la ECC y la respuesta sería que en primer lugar resultaría necesario adoptar una ley interna que la desarrollara primero, situación que no pasa por ejemplo con figuras también del derecho internacional como la teoría de la responsabilidad del superior que ya se encuentra consagrada en nuestro país constitucionalmente y tiene desarrollo jurisprudencial, y se ha aplicado en algunas investigaciones y juicios de militares. Resulta primero entonces conveniente ajustar la aplicación de la figura a la política criminal del Estado, teniendo en cuenta que la teoría de la ECC es un modelo de

⁶⁵ Preámbulo parágrafo 3º Estatuto CPI.

imputación y no una teoría de participación criminal como lo es la teoría de la autoría mediata.

BIBLIOGRAFIA

- (Ambos K.): Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. Cuaderno No. 20. Pág. 35 y 36.
- (Ambos K.): Dominio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Una valoración crítica y ulteriores aportaciones. Artículo originalmente publicado en *Goltdammer`s Archiv (GA)* 4/1998 y traducido por Manuel Cancio Meliá (Universidad Autónoma de Madrid).
- (Ambos, K, 2007):“Joint Criminal Enterprise” y Responsabilidad del Superior. Revista de derecho penal y Criminología, 2. Época N. 19. 2007.
- (Ambos, K,) Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En, del mismo autor: Temas del derecho penal internacional. Pág. 15. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, Colombia. 2001.
- (Ambos, K,) La parte general del Derecho Penal Internacional. Bases para una elaboración dogmática. 2005 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V. - Traducción al castellano de la versión abreviada y actualizada de Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung. Duncker und Humblot, Berlín, Alemania, 2002 (primera edición) y 2004 (segunda edición).
- (Bacigalupo, E. 1997): Principios de derecho penal. Parte General. Cit. 4° ed. 1997 P. 365 y 384 y ss.)
- (Bolea, C. 2000). Autoría mediata en Derecho Penal. Tirant Lo Blanch. Valencia España, pág. 358.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Art. 25.

- (Amati, E; Caccamo,V; Costi,M; Fronza,E; Vallini, A. 2006) Introducción al Derecho Penal Internacional. Traducido por: Yesid Viveros Castellanos Giuffré, Milano, 2006.
- (El País, 2007 Periódico el País, 15 de julio de 1997: en línea http://elpais.com/tag/dusko_tadic/a/ fecha de acceso (15 de enero de 2015).
- (Werle, G. 2005) Tratado de Derecho Penal Internacional. Tirant Lo Blanch. Valencia España, pág. 207-237.
- (Muñoz, C, 2000) ¿Dominio de la Voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones no desvinculadas del Derecho?
- (Hernández, J). La Autoría mediata en derecho penal. P. 260. 1996.
- (Jakobs, G, 1997): Derecho Penal. Parte General. Fundamentos JAKOBS. PAG. 794. 1997.
- (Jescheck, 1981): Tratado de Derecho Penal. Parte General. Barcelona, 1981. Pág. 936.
- (Jescheck, 1987): Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Barcelona, Bosch, 1986. P. 917.
- Jescheck. "Tratado de Derecho Penal. Parte General". Granada. 1993. 63. Pág. 614).
- (Márquez, A, 2009). La autoría Mediata en el Derecho Penal. Formas de Instrumentalización. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2009.
- (Montoya, I. 2009): La autoría mediata por dominio de organización: a propósito del caso FUJIMORI, en línea <http://blog.pucp.edu.pe/item/27749> (17-11-2009). Fecha de acceso (30 de Enero de 2015)

- (Olásolo, H. 2008): El impacto de la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en la distinción entre autoría y participación en la comisión de crímenes de guerra conforme al derecho penal internacional. En línea www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/.../ucv_2008_132_83-129.pdf fecha de acceso (20 enero de 2015).
- (Olásolo, H. 2009): Reflexiones sobre la doctrina de la Empresa Criminal Común en Derecho Penal Internacional. Instituto Willen Pompe de Derecho Penal y Criminología. Universidad de Utrecht. Indret. Revista para el análisis del Derecho. Julio de 2009.
- (Olásolo, H. 2009): El Desarrollo en el Derecho Penal Internacional de la Coautoría Mediata. Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional.
- (Olásolo, H. 2009): The Criminal Responsibility of senior political and military leaders as principals to International crimes. Oxford and Portland, Oregon.
- (Prieto Sanjuán, Rafael A; 2005) Tadic: Internacionalización de conflictos internos y responsabilidad individual. Pontificia Universidad Javeriana. Medellín.
- (Ramelli, A. 2011): Jurisprudencia Penal Internacional Aplicable en Colombia. Universidad de los Andes-Facultad de Derecho. Primera edición 2011. Pág. 499.
- (ROXIN C, 2003): *Autoría mediata por dominio en la organización*, Conferencia Universidad Lusíada de Lisboa, 6 y 7 nov. 2002, Revista peruana de Ciencias Penales, N°. 13, Lima, Idemsa, 2003.
- (ROXIN C, 2006): Revista de Estudios de la Justicia-No. 7. El Dominio de Organización como forma independiente de Autoría Mediata.-2006.

- (ROXIN C, 2007): *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Pág. 273. Madrid 2007.
- (Schunemann, B. 2004) “El tempestuoso desarrollo de la figura de la autoría mediata” en: *Derecho Penal y Criminología* No. 75. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004. Pág. 34 y 35.
- (Márquez Cárdenas, Álvaro E., 2004) *La autoría mediata en el Derecho Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002; Reyes Cuartas, José Fernando, “La autoría mediata con aparatos organizados de poder”, en: *DPC* núm. 75, 2004, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 135 y ss.
- (Zaffaroni, E. 2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. Argentina. 2006. Pág. 616.
- (ODRIOZOLA, M. 2013) La doctrina de la empresa criminal conjunta en los tribunales ad hoc y su ámbito de aplicación en el Estatuto de Roma”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, ANIDIP, vol. 1, 2013, pp. 86-104.
- (SANCHEZ HERRERA, E. 2013) Modelos de Imputación en la Criminalidad Organizada. Reflexiones de Derecho penal y procesal penal. Defensoría del Pueblo. 2013. Pag.25-54.
- (APONTE CARDONA, E. 2007) Análisis Crítico de la jurisprudencia penal nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano.
- (VELASQUEZ VELASQUEZ, F. 2010) Conferencia Internacional “Los estrategias del crimen y sus instrumentos: El autor detrás del autor en el Derecho penal Latinoamericano”.

- (VELASQUEZ VELASQUEZ, F. 2011) Revista de Derecho Penal. Los líderes paramilitares: ¿Autores mediatos por medio de Aparatos Criminales Organizados de poder?
- (WOLFTHUGUEL GUTIÉRREZ, C. 2009) Cuadernos de Derecho Penal No. 2. Universidad Sergio Arboleda. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de justicia, Sentencia de 23 de febrero de 2009. Rad. 29418. La Responsabilidad Penal de mandos o cabecillas de organizaciones criminales. Coautoría material impropia, empresa criminal y asociación ilícita.
- The Bernard and Audre Rapoport Center. For Human Rights and Justice. Corte Suprema de la Nación. Sala penal Especial Exp. A.V. 19-2001. Alberto Fujimori.
- Código Penal Colombiano.
- (HUHLE RAINER) La violencia paramilitar en Colombia: Historia, estructuras, políticas del Estado e impacto político. Revista del cesla No. 2/2001.
- <http://www.farc-ep.co/>
- <https://otramiradadelconflicto.wikispaces.com/file/view/Estructura+militar+de+las+FARC.pdf>
- https://es.wikipedia.org/wiki/Estructura_militar_de_las_FARC
- https://es.wikipedia.org/wiki/Fuerzas_Armadas_Revolucionarias_de_Colombia
- <http://www.semana.com/nacion/articulo/diferencias-entre-el-eln-y-las-farc/467349>
- <http://www.noticiasrcn.com/especialesrcn/conteo-hombres-farc/>
- <http://babel.banrepcultural.org/cdm/landingpage/collection/p17054coll2>
- <http://babel.banrepcultural.org/cdm/landingpage/collection/p17054coll4>
- <http://www.farc-ep.co/biblioteca/libros.html>

- <https://www.youtube.com/watch?v=16jxDhZrG6I>
- <http://www.resumenlatinoamericano.org/2016/06/26/las-voces-de-las-farc-ep-en-un-nuevo-documental/>