

Autoría mediata por el dominio sobre las estructuras de aparatos organizados de poder, con aplicación en delitos de lesa humanidad¹

Emiro Vieda Silva²

*La normatividad sobre la autoría y la complicidad no
están pensadas para un delito como el genocidio
Enrique Gimbernat Ordeig*

INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende dar solución a la problemática descrita en relación con la autoría mediata en aparatos organizados de poder dentro del derecho penal, con aplicación y énfasis en los delitos de lesa humanidad cometidos en Colombia por parte de agentes del Estado y de la delincuencia común.

Como marco de referencia de lo anteriormente expuesto, se tiene que la autoría señala la posibilidad dogmática de la existencia de un actor mediato responsable, aunque el ejecutor instrumental de la orden delictiva haya actuado con responsabilidad (dolo o culpa).

1 El presente artículo hace parte del proyecto «Teoría de imputación de responsabilidad penal: la autoría mediata por dominio de la voluntad mediante aparatos organizados de poder aplicable a crímenes de lesa humanidad».

2 Candidato a doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás, Bogotá D. C. Colombia. Correo electrónico: emiroviedasilva@hotmail.com

En lo inherente al tema, Roxin (1998) argumenta que cuando median en estos delitos organizaciones estructuradas que actúan al margen del derecho, los ejecutores materiales se tornan fungibles dado el funcionamiento automático de la organización. Tales organizaciones, recalca el autor, pueden contar con que la orden se cumpla de todas maneras, reputándose entonces que también sea castigado como autor quien ha realizado materialmente el comportamiento criminal (p. 6).

Roxin dio origen a la autoría mediata sobre las estructuras de poder cuando en el año de 1963, en su calidad de profesor de la Universidad de Múnich, documentó los casos conocidos como *Eichmann y Staschynski* y la denominada *Solución Final* al problema judío (*Endlösung der Judenfrage*, en alemán), nombre que se le otorgó al plan de la Alemania nazi para ejecutar el genocidio sistemático de la población judía europea durante la Segunda Guerra Mundial.

Otro de los antecedentes que argumentan la problemática descrita es el que se refiere a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia del Perú en contra del expresidente Alberto Fujimori Fujimori, el cual fue sentenciado a 25 años de prisión por delitos de lesa humanidad cometidos por las fuerzas de Seguridad del Estado en sus diez años de gobierno.

Asimismo, dentro del contexto latinoamericano, se encuentra el papel que tuvieron los jueces en la investigación de los hechos y violaciones a los derechos humanos sucedidos entre 1976 y 1983, periodo en el que gobernó con brazo de hierro la Junta Militar de Gobierno en el país gaucho.

Dados los antecedentes, cobró vital importancia el conocer de manera clara y precisa las diversas teorías que han buscado determinar lo que se debe entender por autor y partícipe, entre las cuales se encuentran la teoría objetiva (restringida o ampliada) y la subjetiva, al igual que los diversos puntos de vista y críticas que sobre el particular han emitido diversos tratadistas, las cuales han sido tenidas en cuenta en este proceso investigativo.

El gran aporte del presente trabajo radica en que trata un tema de trascendental importancia, no solo para el Gobierno, sino para toda de la sociedad colombiana, pues por primera vez en muchos años existe una real esperanza de paz en un país que ha estado en guerra por más de 50 años, así que la reconciliación, el perdón y la reparación efectiva a las víctimas deben ser las premisas básicas y fundamentales para que nunca más se cometan abusos y violaciones a los derechos humanos por parte de las fuerzas de seguridad del Estado y de los grupos terroristas al margen de la ley.

ANTECEDENTES

En opinión de Bacigalupo (1996), en la teoría objetiva-subjetiva o del «dominio del hecho», *autor* es aquel que tiene realmente el poder sobre la realización del hecho

descrito en el respectivo tipo penal. Para el autor, quien tiene el dominio del hecho es quien concretamente dirige la totalidad del suceso hacia un fin determinado, lo que vincula la posición del sujeto concreto respecto de los demás partícipes, pues solo en la medida en que este pueda dirigir el «suceso total», habrá dominio del hecho (p. 185).

En esta misma línea, para Roxin (1998) el dominio del hecho pertenece a los «conceptos abiertos», pues no puede caracterizarse por conceptos totalmente indefinidos, ni tampoco mediante una definición rígida. Al respecto, Zaffaroni (2002) sostiene que este criterio exige siempre una valoración que debe concretarse frente a cada tipo y frente a cada forma de materializar una conducta típica.

Con respecto a la teoría expuesta por Roxin, Bailone (2002), en el marco del XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, expresó que Roxin tomó dicha teoría:

En base al juicio al que se lo sometió al nazi Adolf Eichmann, capturado en la Argentina y llevado al Tribunal de Jerusalén. Y fue en esas latitudes donde se produjo una de las primeras recepciones jurisprudenciales de la teoría roxiniana, con motivo del juicio a la junta militar argentina en 1983³.

Por su parte, Aldunate Esquivel (2000), en un artículo publicado en la *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, señala que en el año 1963 el profesor Roxin publicó una sugestiva teoría en la revista alemana de derecho *Goltdammer's archiv*, que contenía un novedoso tratamiento de la noción de *autor mediato*, pues la tesis tradicional concebía esta forma de autoría como el hombre de atrás que se vale (para cometer el delito) de un instrumento cuya voluntad controla por error o coacción. Además de ello, agrega Aldunate, Roxin planteaba una tercera: casos en que el autor (quien tiene el dominio del hecho) logra dominar la voluntad del instrumento que puede intercambiarse libremente (fungibilidad), por cuanto el que está detrás aprovecha la estructura y condiciones marco, reconfiguradas de un aparato de poder organizado de carácter estatal o no estatal.

De acuerdo a Aldunate, la trascendencia de tal planteamiento teórico en la dogmática alemana y comparada, así como la favorable acogida en las sentencias de los más altos tribunales europeos e iberoamericanos, no resulta atractiva solo por el intenso debate al que estaría sometido el modelo propuesto, sino por el interés práctico que la noción analizada propone para castigar y comprender la dimensión real de la criminalidad del Estado (también aplicable en el caso de los aparatos organizados de carácter no estatal), y sus aparatos de seguridad que, por ejemplo, en el contexto latinoamericano durante las décadas pasadas reprimió con furia

3 Las correcciones a la cita fueron realizadas de acuerdo a la fuente original encontrada aquí http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/autoría_mediate.htm

y crueldad a la «disidencia» de los regímenes dictatoriales que durante esa época desolaron trágicamente nuestro continente.

Otro aporte importante es el de Ambos (2008), quien considera que en la actualidad, más de 30 años después, esta doctrina, si bien ha sido aceptada por la jurisprudencia, aún no ha experimentado un ulterior desarrollo que pudiera considerarse satisfactorio. De igual forma, para el citado autor:

La jurisprudencia ha reconocido a través de la historia, y en los tribunales *ad hoc*, la responsabilidad del superior; en algunos casos la doctrina es amplia al reconocer al superior como autor principal de los actos criminales cometidos por sus subordinados y además, doctrinalmente se ha establecido una responsabilidad sustitutiva en el caso de mera negligencia en el actuar del superior, igualando la responsabilidad negligente del superior a la responsabilidad por complicidad del superior. En algunos casos se ha acudido a la responsabilidad del superior por omisión cuando no ha sido posible probar su actuar positivo dentro del hecho penal, en especial en estos tribunales *ad hoc* (p. 69).

Se puede identificar también la *autoría mediata* en aquellos casos donde el delito es realizado por el agente u hombre de atrás, a través de un intermediario material o persona interpuesta. A este último, la literatura especializada le ha asignado distintas denominaciones, como *hombre desde adelante*, *ejecutor inmediato*, *ejecutor directo* o simplemente *ejecutor*. Sin embargo, se acepta también la expresión *instrumento*, aunque algunos tratadistas, entre los que se encuentran José Hurtado Pozo (uno de los más connotados catedráticos en derecho penal del Perú) y Felipe Villavicencio Terreros (actual miembro del Sub Comité para la Prevención de la Tortura de las Naciones Unidas), la consideren equívoca.

Por tanto, es un autor mediato aquel que se aprovecha o utiliza la actuación de otra persona para alcanzar su objetivo delictivo. Tales supuestos han sido vinculados tradicionalmente al empleo de la coacción sobre el intermediario material, o al aprovechamiento del error en el que este se encuentra, o al empleo en la ejecución del delito de personas incapaces. La función asignada a la categoría dogmática de la autoría mediata es, pues, la de hacer responder penalmente al autor real de un delito que ha sido cometido por otra persona. Se trata, en consecuencia, de una forma especial de autoría en la que el agente realiza el hecho punible valiéndose de la persona interpuesta, por lo que debe hacérsele acreedor a las consecuencias penales que correspondan a dicha conducta ilícita.

En opinión de Márquez Cárdenas (2005) se establece que:

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

corresponde con la figura del autor detrás del autor. Para poder afirmar la autoría del hombre de detrás, una vez confirmada la plena responsabilidad del autor inmediato, es necesario constatar una manipulación de la situación que permite al hombre de detrás contar con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, a pesar de que otra persona haya de tomar una decisión autónoma en relación al mismo proceso lesivo. Una manipulación de esta clase normalmente se consigue generando en el autor inmediato un déficit de conocimiento o de libertad, ya sea provocando una situación de necesidad coactiva para otra persona, ya sea manipulando una decisión delictiva ajena en contra de un tercero, o bien, provocando un estado de inimputabilidad o un error de prohibición en el hombre de adelante. Pero, en ocasiones, la instrumentalización se obtiene sin necesidad de provocar en el autor inmediato ni un defecto de conocimiento ni de libertad. Me refiero a organizaciones de poder organizadas al margen de la ley, en las que el hombre de detrás dispone de capacidad para dictar órdenes, contando que las mismas serán cumplidas por los inferiores jerárquicos (autor detrás del autor) (p. 1).

Para el mismo autor, de acuerdo a la dogmática penal moderna, en Colombia hay que reconsiderar la concepción sobre *autor* y *participación* en materia penal, donde solo se tenía como autor:

al inmediato y al coautor sin que se hiciera mención en la legislación [de] la nueva figura que nos ocupa, insistiéndose por parte del mismo en que va a contribuir a la solución de muchos problemas de impunidad y de subsunción al tipo penal, frente a quienes amparados en su actuar, utilizando a otros, y aprovechando en algunos casos la coacción, el engaño, el miedo, la inocencia de un tercero o la condición de inimputabilidad de un demente o un menor, los utilizan como instrumentos para llevar a cabo actos reprochables y punibles, y que muchas veces estos sujetos que han actuado a la sombra del autor material a quienes dominan, quedan al margen de la persecución del Estado (Márquez Cárdenas, 2005, p. 2).

En relación con la figura del *autor mediato*, el mismo experto señala que:

esta clase de autoría aparece como producto de la evolución técnica-teórica del concepto de autor. El progreso del pensamiento jurídico habría llevado al convencimiento [de] que el supuesto autor principal era únicamente aquel que ejecutaba el acto físico consumativo del delito; en el fondo era una idea meramente convencional de la doctrina, por no decir que era una afirmación arbitraria, toda vez que al lado de esta noción, se perfilaba otro concepto de autor, denominado mediato, que se constituía como el *motor criminis* (p. 3).

El criterio diferenciador entre la *autoría* y la *participación* es utilizado en distintos sistemas jurídicos nacionales e internacionales y ha sido invocado por la propia Corte Penal Internacional (CPI), como base de la coautoría. Sin embargo, aunque se basen en el mismo criterio diferenciador, estas dos formas de intervención no deben

ser confundidas a pesar de poder coexistir y no ser excluyentes en sí mismas, como lo ha resaltado la propia CPI.

Actualmente se admiten tres formas de autoría mediata; en todas ellas el agente actúa o incide dominando la voluntad del intermediario material, por consiguiente, el autor mediato debe tener la posibilidad de controlar y dirigir de facto el comportamiento de la persona que utiliza para cometer el delito:

- La primera proviene del «dominio por error», ya que en ella el autor mediato domina la voluntad del ejecutor a través del engaño sobre las circunstancias reales del hecho que este realiza, o al darle al suceso donde aquél interviene un sentido o significado distintos del que realmente le corresponde.
- La segunda modalidad es la del «dominio por coacción»; aquí, el hombre de atrás direcciona la voluntad del ejecutor empleando la amenaza o intimidación de un mal inminente y grave que está en sus facultades realizar. En ambos casos, es el hombre de atrás quien condiciona y decide la estructura del hecho delictivo, de manera tal que la conducta realizada por la persona interpuesta solo puede imputársele como obra suya.
- La tercera modalidad es conocida como «autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados», cuyas características, presupuestos, requisitos y consecuencias serán analizadas más adelante.

Es importante destacar que en torno a esta modalidad de *autoría mediata* existen algunas posiciones discrepantes entre los autores nacionales y extranjeros, así como de organismos internacionales, que la confunden con supuestos de coautoría, instigación o complicidad, pese a no darse en ella la horizontalidad, o la relación directa o periférica que caracteriza a aquellas. En tal sentido, Suarez Sanchez (2007) precisa que Claus Roxin estructura la forma de autoría mediata que se fundamenta en el «dominio de un aparato de poder organizado». Bajo esta perspectiva hace hincapié el citado tratadista que el autor mediato no se vale del individuo que se encuentra subsumido en una causal de justificación o inculpabilidad, sino que domina la ejecución del hecho:

Sirviéndose de todo un aparato de poder de organización estatal que [funciona] como una máquina perfecta, desde la cúpula, donde se [diseña], [planifica] y se [dan] órdenes criminales, hasta los ejecutores materiales de las mismas, no sin antes pasar tales órdenes por las personas intermediarias que [organizan] y [controlan] su cumplimiento (p. 320).

En concordancia con lo anterior, a través de la *Sentencia del 03 de diciembre de 2010*, la magistrada ponente, Dra. María del Rosario González de Lemos, consideró que:

«No obstante, como en la autoría mediata se entiende que el ejecutor material es un mero instrumento y tal conceptualización no se corresponde con la que debería aplicarse tratándose de aparatos de poder organizados, se aboga por la aplicación de aquella con instrumento responsable [sic]» (Corte Suprema de Justicia, 2010 b).

En el marco de la conferencia «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata» organizada por la Universidad Pablo de Olavide (2006), Claus Roxin señaló que:

El «instrumento» que posibilita al hombre de atrás la ejecución de sus órdenes, no es sólo y ni siquiera mayoritariamente aquél que con sus propias manos ocasiona la muerte de la víctima. El verdadero instrumento es más bien el aparato como tal. Éste está compuesto por una pluralidad de personas, que están integradas en estructuras preestablecidas, que cooperan en diversas funciones relativas a la organización y cuyo entramado asegura al hombre de atrás el dominio sobre el resultado (2006, p. 244).

En otro de los apartes más trascendentes de la mencionada conferencia, Roxin afirma de manera categórica que son condiciones en las que se fundamenta el dominio de organización:

1. El «poder de mando [*Anordnungsgewalt*]», o «dominio de la organización», donde basta ocupar cualquier puesto en la misma siempre que se tenga la capacidad de impartir órdenes a los subordinados, es decir, que pueda dirigir la parte de la organización a él sometida; 2. «la desvinculación del ordenamiento jurídico [*rechtsgelöstheit*] del aparato de poder», esto es, «que el aparato u organización actúe como un todo al margen del derecho»; 3. «la fungibilidad del ejecutor inmediato», «que no es irresponsable», o sea, que pueda ser «libremente intercambiable»⁴.

De acuerdo con el criterio jurisprudencial y doctrinario, para diferenciar claramente la *autoría mediata* de la *coautoría*, se tienen en consideración los siguientes aspectos:

- La autoría mediata se basa en una estructura piramidal, jerárquica, en la cual el hombre de atrás se sitúa bien sea en la cúspide o en mandos intermedios lo que le permite estar por encima del ejecutor. por el contrario, la coautoría se estructura de forma horizontal, en donde existe acuerdo común entre los partícipes sin relación de subordinación.

4 La presente cita es tomada de la sentencia proferida por el juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de Bogotá en decisión de fecha 9 de junio de 2010, p. 31 y ss.

- La realización conjunta del ilícito que se predica de la coautoría desaparece en la autoría mediata, ya que el que ordena no conoce quién va a ser finalmente el ejecutor no establecen contacto directo, no se encuentran al mismo nivel, ni deciden conjuntamente nada (Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, 2012).

Por esta razón, Ambos (2008) ha señalado que:

La teoría del dominio por organización supera la libertad ajena del hombre de adelante con el criterio de la fungibilidad. Puesto que quienes ejecutan directamente el hecho son solamente ruedecillas intercambiables en el engranaje del aparato de poder, al hombre de atrás no le interesa quién cumple sus órdenes [...]. No interesa por consiguiente tanto el «cómo» de la ejecución de la orden cuando el «sí» está asegurado (p. 99).

De lo anterior, se deriva que la coautoría se base en un co-dominio funcional del hecho, en tanto que la autoría mediata se funda en un dominio de la voluntad en cabeza del «hombre de atrás» (Ambos, 2008, p. 101).

Con relación a la coautoría (Corte Suprema de Justicia, 2003), el magistrado ponente, Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, ha expresado lo siguiente:

Acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación. *División* quiere decir separación, repartición. *Aportar*, derivado de «puerto», equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común. [...]

El aspecto subjetivo de la coautoría significa que:

1. Los comuneros se pongan de acuerdo, planifiquen la comisión del ilícito y, de consuno, decidan su perpetración.
2. Cada uno de los comprometidos sienta que formando parte de una colectividad con un propósito definido, *el hecho es suyo*, pero incluido dentro de una obra mayor, global, es decir, perteneciente, imbricada, realizada por todos los concurrentes o, dicho con otras palabras, la persona debe sentir que cumple tareas en interdependencia funcional.

La fase objetiva comprende:

1. El co-dominio funcional del hecho, entendiendo por tal que los varios individuos, sin sometimiento, dependencia o subordinación de uno o unos de ellos a otro u otros de ellos, se dirijan a la misma finalidad con un comportamiento esencial, mirado no en términos absolutos sino relativos [...].
2. Aporte significativo durante la ejecución del hecho, es decir, prestación de algo trascendente para su comisión, servicio importante que cada uno de los concurrentes presta a la gesta delictiva (Corte Suprema de Justicia, 2003).

ACEPTACIÓN DE LA TEORÍA EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Los hechos ocurridos en Europa durante la Segunda Guerra Mundial demostraron que los crímenes cometidos por la maquinaria nazi involucraban la participación de varios individuos que hacían parte de una estructura jerárquica. Por esta razón, fue indispensable crear un esquema de responsabilidad adecuado a las necesidades de los derechos humanos y a la situación que se vivía en aquellos momentos; estas necesidades fueron retomadas por el derecho penal internacional, que permitió que se juzgase a los perpetradores de las grandes violaciones de los derechos humanos. Se planteó entonces el «desarrollo de un sistema mixto de responsabilidad individual-colectivo, en el cual la organización criminal como un todo sirve como el ente sobre el cual se basa la arbitración de la responsabilidad penal» (Eser, citado en Hernández, Caballero y Arango, 2002, p. 795).

Muchos tratadistas e instituciones que velan y protegen la preservación de los derechos humanos han adoptado la propuesta de Roxin (1998), que también es citada por la Corte Penal Internacional en el caso Lubanga, al juzgar crímenes de lesa humanidad —que conllevan graves violaciones de derechos humanos en infracciones al derecho internacional humanitario, en donde existe participación plural de sujetos—, con el fin de responsabilizar a quienes, ostentando poder de mando dentro de una estructura organizada de poder, no han ejecutado los punibles por mano propia.

Así mismo, como antecedente más cercano, que ha servido de referente a la Corte Suprema de Justicia (2003) en la sentencia proferida por la magistrada María del Rosario González de Lemos, se encuentra la sentencia emitida por la Corte Suprema de la República del Perú en contra del expresidente Alberto Fujimori, además se encuentra a Pérez (2009) quien hace referencia al caso Fujimori argumentando sobre la respectiva sentencia lo siguiente:

Para atribuir 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 demostrar el control de la fuente del riesgo, es decir, el aparato de poder; 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, 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.

En la misma línea, dentro del contexto latinoamericano, otro caso precedente es el de la atribución de responsabilidad penal a las juntas militares en Argentina, (C.C.C. Fed. Sala I, 2006); los jueces se encontraron ante un caso en donde los jefes militares «no habían estado presentes» cuando se cometían los hechos que se tuvieron por probados. Los jueces debieron demostrar la responsabilidad penal de los titulares de las juntas militares y para ello interpretaron los conceptos de *autoría y participación* que derivaban de la legislación vigente en Argentina al momento de los hechos. Lo importante fue que para arribar a un fallo condenatorio no hubo una modificación legislativa *ex post facto* que hubiera tenido graves problemas de aceptación en vista de las garantías que emergen del principio de legalidad.

En el capítulo VII de la Sentencia de 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y lo Correccional de la Capital Federal de Argentina (C.C.C. Fed.) se hace referencia a «la participación», de los enjuiciados. De esta manera, el primer punto es una referencia a los hechos que se tuvieron por probados; el juez de la causa precisó lo siguiente:

Según ha quedado acreditado en la causa, en una fecha cercana al 24 de marzo de 1976, día en que la Fuerzas Armadas derrocaron a las autoridades constitucionales y se hicieron cargo del gobierno, algunos de los procesados en su calidad de comandantes en jefe de sus respectivas fuerzas, ordenaron una manera de luchar contra la subversión terrorista que básicamente consistía en: a) capturar a quienes pudieran resultar sospechosos de tener vínculos con la subversión, de acuerdo con los informes de inteligencia; b) conducirlos a lugares situados dentro de unidades militares o bajo su dependencia; c) una vez allí interrogarlos bajo tormentos, a fin de obtener los mayores datos posibles acerca de otras personas involucradas; d) someterlos a condiciones de vida inhumanas, con el objeto de quebrar su resistencia moral; e) efectuar todo lo descrito anteriormente en la clandestinidad más absoluta, para lo cual los secuestradores debían ocultar su identidad y realizar los operativos preferentemente en horas de la noche, las víctimas debían permanecer totalmente incomunicadas, con los ojos vendados y se debía negar a cualquier autoridad, familiar o allegado, la existencia del secuestrado y la de eventuales lugares de alojamiento; f) Amplia libertad de los cuadros inferiores para determinar la suerte del aprehendido, que podía ser luego liberado, puesto a disposición del Poder Ejecutivo Nacional, sometido a proceso militar o civil, o bien eliminado físicamente. Los hechos enunciados debían ser realizados en el marco de las disposiciones legales existentes sobre la lucha contra la subversión, pero dejando sin cumplir aquellas reglas que se opusieran a lo expuesto anteriormente.

Además, integraba el sistema ordenado la garantía de impunidad que se aseguraba a los ejecutores, por vía de lograr que los organismos legales de prevención del delito no interfirieran en la realización de los procedimientos, negando y ocultando la realidad de los hechos ante los pedidos de los jueces, organizaciones, familiares

y gobiernos extranjeros, efectuando remedos de investigaciones sobre lo que ocurría, y utilizando al poder estatal para persuadir a la opinión pública local y extranjera de que las denuncias eran falsas y que respondían a una campaña orquestada de desprestigio al gobierno.

También ha quedado demostrado en este juicio, que las órdenes impartidas dieron lugar a la comisión de un gran número de delitos de privación ilegal de la libertad, a la aplicación de tormentos y a homicidios. Asimismo, se ha evidenciado que en la ejecución de los hechos, los subordinados cometieron otros delitos que no estaban directamente ordenados, pero que podían considerarse consecuencia natural del sistema adoptado (C.C.C. Fed., 1985).

El asunto trataba de establecer «si los procesados que emitieron tales órdenes son o no responsables, y en su caso bajo qué forma, de los delitos que imputaba [la] Fiscalía, teniendo especialmente en cuenta que ninguno de ellos ha realizado personalmente las acciones prescritas en los respectivos tipos penales» Esto se retoma del capítulo VII de la Sentencia de 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y lo Correccional de la Capital Federal de Argentina (C.C.C. Fed., 1985).

El ente de justicia argentino, así mismo, atribuía responsabilidad en carácter de autores mediatos; en esencia, porque fundamentalmente el ente acusador entendía que la calidad de *autor mediato* derivaba tanto del texto del Art.514 del Código de Justicia Militar Argentino, como de la última parte del Código Penal Argentino, en cuanto extiende la pena prevista a quienes hubieran determinado a otro a cometerlo.

En el referido fallo judicial, en el punto VII de la sentencia, (bajo el subtítulo «El camino a seguir»), se argumenta que:

A juicio del Tribunal, para establecer el modo de participación de los procesados carece de importancia el determinar la eventual responsabilidad de los ejecutores. Ello así, pues sean o no responsables quienes realizaron personalmente los hechos, los enjuiciados mantuvieron siempre el dominio sobre estos, y deben responder como autores mediatos de los delitos cometidos (C.C.C. Fed., 1985).

La lectura del fallo argentino permite afirmar que, luego de una extensa compilación de las teorías más relevantes sobre la *autoría* y la *participación*, los jueces llegaron a la conclusión de la imputación de responsabilidad en calidad de autores mediatos. Para la afirmación de ese carácter de responsabilidad se utilizó la normatividad vigente en la materia. En aquel momento todavía se estaba lejos de la creación de una Corte Penal Internacional, cuyo estatuto, el *Estatuto de Roma*, adoptó alguno de estos criterios. En consecuencia, se repasará en lo sucesivo cómo evolucionaron esos criterios en el campo del Derecho Penal Internacional, hasta lo que hoy en día se conoce como el *Estatuto de Roma*.

Después de terminada la Segunda Guerra Mundial, se comienza a estructurar una teoría respecto de la autoría y complicidad o responsabilidad de los comandantes,

aunque con algunas diferencias entre lo que ocurrió en los tribunales militares de Núremberg y Tokio.

En Núremberg, se responsabilizó por su directa actuación a los oficiales nazis, mientras que en Tokio la responsabilidad se dirigió tanto a militares como a civiles por no prevenir la ocurrencia de atrocidades ejecutadas por sus subordinados. Especialmente se tuvo en cuenta lo ocurrido con los prisioneros de guerra y con el sistemático exterminio de civiles. En estos juicios quedó clara la idea de que los comandantes no solo tenían el deber de respetar las leyes de la guerra sino que además tenían la obligación de hacerlas respetar por sus subordinados. En opinión de Bantekas (1999), los juicios que siguieron en Europa sentaron las bases sobre la posibilidad de responsabilizar a quien tuviera el poder de hecho sobre los subordinados, cuando estos, claro está, habían cometido delitos.

Llama la atención que a pesar de toda esta jurisprudencia no se adoptó ninguna norma clara al respecto en los convenios sobre derechos humanos, derecho internacional humanitario y aquellos que se suscribieron en ese momento. Prueba de ello es la falta de mención a la responsabilidad de los superiores en el Convenio de Ginebra de 1949. Por lo anterior, algunos tratadistas sostienen que justamente esta falta de «normativización» de los principios adoptados por los tribunales, provocó un desinterés en la cuestión, el cual duró hasta 1977 cuando se introdujeron los artículos 86 y 87 en el Protocolo I de los Convenios de Ginebra.

PRESUPUESTOS GENERALES DE LA TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA POR DOMINIO DE LA VOLUNTAD EN APARATOS DE PODER ORGANIZADOS, INFERIDOS DE LAS DECISIONES JURISPRUDENCIALES LATINOAMERICANAS

A continuación se analizarán algunas de las decisiones latinoamericanas que se refieren a cada uno de los elementos o presupuestos generales de la teoría de la autoría mediate por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados.

Para comenzar, basta con señalar la casi exacta coincidencia entre la jurisprudencia latinoamericana y la interpretación que a la fecha ha realizado la Corte Penal Internacional respecto de dichos elementos, que a su criterio son:

1. Existencia de un aparato de poder organizado y jerarquizado;
2. Control sobre la organización, y
3. Ejecución garantizada de los crímenes mediante el cumplimiento casi automático de las órdenes.

Cada uno de estos elementos ha sido abordado por la jurisprudencia latinoamericana, que además ha añadido como cuarto elemento el apartamiento de la legalidad o del derecho por parte del aparato organizado en cuestión.

Pace (2014), en su condición de coordinador de la Coalición por la Corte Penal Internacional, destaca lo siguiente:

La condena de 12 años que dictaron los magistrados de la Corte Penal Internacional (CPI) contra el jefe militar congoleño Germain Katanga es un paso adelante hacia el fin de la impunidad en la República Democrática del Congo (RDC). [...] Con esta sentencia, las víctimas del ataque a la aldea de Bogoro han conseguido una medida de justicia importante por los crímenes cometidos en su contra, sus familias y sus conciudadanos.

Sobre la existencia de un aparato de poder organizado, cabe mencionar el caso peruano «Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori)» respecto al que se señala, en uno de los apartes de la sentencia proferida por la Corte Suprema del Perú y que además retoma Pérez (2009), que:

La tesis de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados tiene como soporte fundamental la “existencia previa de una organización estructurada”. Esta posee una línea jerárquica sólida que hará responsable a su nivel estratégico superior por las decisiones y designios de carácter delictivo que a su interior se adopten. Los cuales, luego, le serán asignados al ejecutor inmediato por la vía de la verticalidad que presenta su diseño organizacional.

Así pues, en concordancia con el fallo de la Corte Suprema de Justicia del Perú, en el caso Fujimori una característica importante de esta clase de estructuras organizadas jerárquicamente y que pone de relieve su estricta verticalidad es la asignación de roles. Esta expresión resulta más ideográfica que aquellas que usa comúnmente la doctrina penal contemporánea para explicar la relación entre el nivel estratégico y el ejecutor, y que aluden a una división del trabajo o distribución de funciones.

Es importante destacar también, como otra característica de estos aparatos de poder con estructuras jerárquicas organizadas, que «desarrollan una vida funcional» que es independiente a la de sus integrantes. El fundamento de ello no radica en un estado de ánimo especial del nivel superior estratégico, sino en el «mecanismo funcional del aparato», esto es, en su «automatismo» o desarrollo de un proceso o funcionamiento por sí solo. En consecuencia, «el hombre de atrás», podrá confiar siempre en que su orden o designio criminal se va a cumplir sin necesidad de conocer al ejecutor inmediato. Será este «funcionamiento automático del aparato», lo que realmente garantice el cumplimiento de la orden.

En ese orden de ideas, la identificación de las organizaciones jerárquicas que constituyen los aparatos de poder organizado requiere de las condiciones que el Tribunal Supremo Federal Alemán ha denominado *condiciones marco*, es decir, de presupuestos y requisitos funcionales. Estos son los siguientes: 1. El poder de mando; 2) la desvinculación de la organización del ordenamiento jurídico; 3) la fungibilidad del ejecutor inmediato; y 4) la elevada disponibilidad del ejecutor hacia el hecho.

En el caso Fujimori, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, sobre los elementos que componen la figura de la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados y en relación con el poder de mando mediato, en sus considerandos 729-731 de los casos Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE, establece:

El poder de mando es la capacidad del nivel estratégico superior «del hombre de atrás» de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada. Esta capacidad la adquiere, o le puede ser conferida, en atención a una posición de autoridad, liderazgo o ascendencia derivadas de factores políticos, ideológicos, sociales, religiosos, culturales, económicos o de índole similar. El poder de mando del autor mediato se manifiesta ejercitando *órdenes*, de modo expreso o implícito, las cuales serán cumplidas debido a la automaticidad que otorga la propia constitución funcional del aparato. Es decir, sin que sea necesario que quien ordena debe además, o alternativamente, recurrir a la coacción o al engaño de los potenciales ejecutores. Lo cual significa que el dominio de la voluntad que posee y ejerce el autor mediato, titular del poder de mando, le viene dado por la integración de la persona interpuesta o ejecutor directo dentro del propio aparato organizado.

El grado de responsabilidad penal también difiere para quien se encuentra en el escalón superior máximo y será mucho mayor que el que corresponde atribuir a quien se encuentra en un nivel intermedio. Este mayor nivel de responsabilidad fue puesto de relieve por el Tribunal de Jerusalén en el caso Eichmann. En esa ocasión se señaló por parte del Tribunal (Pérez, 2009) que «la medida de la responsabilidad crece siempre más cuanto más uno se aleje de aquellos que ponen las armas letales en acción con sus manos, alcanzado a los escalones más altos del mando» De esta manera, se valió del modo judicial, lo que para Roxin (1998) significa «la pérdida en proximidad a los hechos por parte de las esferas de conducción del aparato se ve compensada crecientemente en dominio organizativo». Cabe destacar, en este contexto, que el grado de reprochabilidad que ha de recaer sobre el titular del poder de mando será siempre más intenso cuando el origen del mismo parte de un marco de legitimidad formal. Así, corresponderá un mayor grado de desvalor, porque aquel que abusa de su posición de dominio produce una doble afectación al sistema al crear y dirigir una estructura organizacional jerárquica y delincuencia, a la vez que paralela y encubierta; en primer lugar, por haberse alejado del orden legal establecido que era la fuente del uso legítimo de su poder; en segundo, porque, al ser conocedor del marco jurídico existente, diseña y activa dicha estructura criminal de modo que resulta menos identificable a las autoridades encargadas de la prevención y control del delito.

En cuanto al apartamiento del derecho, retomando el caso «Barrios Altos, La Cantuta y Sótanos del SIE (Alberto Fujimori Fujimori)», sobre este aspecto se explica que:

El apartamiento o desvinculación del derecho significa que la organización se estructura, opera y permanece al margen del sistema jurídico nacional e internacional. [...] Como advierte Roxin [1998], en estos casos, «el aparato funciona como una totalidad por fuera del orden jurídico». Es decir, produce sus efectos ilícitos como una integridad que actúa completamente al margen del derecho. En su análisis sobre los casos Eichmann y Staschynski, él detectó que el poder estatal operaba al margen del derecho ya que las propias garantías que éste regulaba no tenían efectividad. Sin embargo, ello no implicaba, necesariamente, que los detentadores de dicho poder no estuvieran finalmente regidos por el mismo orden jurídico, sobretodo en su dimensión internacional. Para Roxin, pues, el apartamiento del derecho no se refiere únicamente al ordenamiento jurídico interno de cada Estado sino también, y muy particularmente, al Derecho Internacional, dejando la premisa de que «sólo porque todos los pueblos del mundo están vinculados a ciertos valores, tenemos la posibilidad de considerar delictivos y punibles las conductas de órganos superiores del Estado que violen de modo evidente los derechos humanos» (Sentencia Fujimori, 734°) (Pérez, 2009).

Otro aporte fundamental de Roxin (1998), señalado en la Sentencia Fujimori, es su afirmación de que «el apartamiento o desvinculación del derecho se presentaría no sólo en delitos cometidos por órganos del estado o aparatos del poder estatal, sino también sería aplicable a los casos de “criminalidad organizada no estatal” y en muchas “formas de aparición del terrorismo”» (Sentencia Fujimori, 734°) (Pérez, 2009).

En la misma línea:

Roxin, al exponer las características de la fungibilidad, [resalta], continuamente, que tal condición garantiza al hombre de atrás la realización del evento criminal y le permite, a su vez, el dominio del hecho. El ejecutor es, pues, simplemente una «ruedita cambiante en la máquina del poder», un «engranaje» sustituible en cualquier momento pero que ocupará un lugar central en la materialización de los acontecimientos ilícitos (Sentencia Fujimori, 737°).

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, la fungibilidad del autor material es el elemento *sine qua non* de la teoría; no es preciso, de acuerdo con la definición dada, que se conozcan unos y otros, que acuerden un plan, que distribuyan roles; pues, en esta situación en particular, ese autor material poco pesa en el buen resultado del plan, pues si él se negará a llevar a cabo la ejecución material, de inmediato sería cambiado por otro que lo haría, pues el autor de atrás tiene todo el poder para así disponerlo.

ACEPTACIÓN DE LA TEORÍA EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LATINOAMERICANA

Para Roxin (1998), la concepción de la tesis de autoría mediata en aparatos de poder se piensa inicialmente, y ante todo, para solucionar los problemas que son observables en materia de delitos contra los derechos humanos del derecho internacional; en estas infracciones, las formas comunes de *autoría* y *participación*, pensadas para hechos individuales, no tienen suficiente capacidad de satisfacción en la dogmática; como en el caso del genocidio, por ejemplo.

El anterior criterio no escapa a lo que acontece en Colombia; Socha Salamanca (2008), en su calidad de magistrado de la Corte Suprema de Justicia, descartó:

La figura del “dominio de la voluntad”, en virtud de las estructuras organizadas de poder, y optó por atribuir la responsabilidad a los “miembros de una organización subversiva con distintos grados de jerarquía” en grado de “coautoría” [y preciso que] dicho criterio, sin embargo, tendrá que ser analizado más a fondo en futuros pronunciamientos, bien sea para corroborarlo, aclararlo o corregirlo, en la medida en que la Corte debe profundizar en el criterio de la fungibilidad como modalidad de la autoría mediata, porque además merecen mayor atención las objeciones acerca de la coautoría como forma de participación plural de personas dentro de las estructuras organizadas de poder han presentado ciertos sectores de la doctrina. [...] Así, por ejemplo, como bien lo ha destacado Ibáñez Guzmán en relación con el elemento consistente en el acuerdo común, “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”, aspecto que no podría predicarse de las maquinarias de poder jerarquizadas, cuya organización por razones obvias es de corte vertical y no horizontal. Asimismo, quienes imparten las órdenes en tales organizaciones no suelen participar de manera alguna durante la ejecución de la conducta punible y, por lo tanto, quedaría en entredicho la concurrencia del aspecto objetivo de la coautoría, atinente al aporte funcional de quienes intervienen en el hecho (Socha Salamanca, 2008, p. 55).

En consideración de lo anterior, la honorable Corte Suprema de Justicia ha acogido la tesis expuesta con el fin de brindar una solución razonable, cumpliendo con los estándares internacionales de justicia, a aquellos eventos en los cuales el autor mediato se vale de artimañas al margen de la ley para llevar a cabo la ejecución de delitos graves, como lo son aquellos comportamientos violatorios de los derechos humanos y las infracciones al derecho internacional humanitario, que han comprendido delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra. Lo anterior permite abrir el camino a una nueva interpretación del inciso primero del artículo 29 del Código de Penas, en el sentido de abandonar la clasificación restrictiva de autoría

mediata que consideraba al instrumento irresponsable por haber actuado inmerso en un error invencible o bajo insuperable coacción, y considerar dentro de esa categoría al ejecutor penalmente responsable. Este aspecto ha permitido que autoridades judiciales profieran resoluciones de acusación con imputaciones de autoría mediata sobre el dominio de las estructuras de poder, como fue el caso seguido contra el general Rito Alejo del Río, la condena en contra del coronel Alfonso Plazas Vega y la sanción y compulsa de copias al exsenador Álvaro García Romero.

Precisamente, en la Sentencia del 23 de febrero de 2010, de la Corte Suprema de Justicia, relacionada con las estructuras organizadas de poder, el alto Tribunal decidió actualizar su jurisprudencia al considerar que:

Quando 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[...] y a los directos ejecutores o subordinados —soldados, tropa, patrulleros, guerrilleros o milicianos—.

Decisión en la que se incluye, en la definición de posibles autores mediatos y ejecutores directos, a miembros de estructuras de poder estatal; cuando se hace referencia a «comandantes» y «soldados».

La Sala Penal de la Corte, por su parte:

Da cuenta de la discusión, cita a Roxin [1998] y su concepción más ortodoxa; acepta, lo cual es importante, que el artículo 29 del Código Penal sí da pie para su aplicación, pero se inclina más hacia la noción de coautoría impropia por división del trabajo. A partir de allí, considera la Sala que no es necesario «ocuparse de las estructuras organizadas de poder, como explicación racional para endilgar también a los dirigentes de aquellos gremios los delitos cometidos por sus militantes de menos rango o jerarquía [sic]». [...] Lo cierto es que en el artículo 29 del Código existe la posibilidad en principio de aplicar todas las soluciones dogmáticas y serán los casos futuros los que han de definir si la Sala Penal, tal como lo hace hoy la Fiscalía, jueces de instancia y la Procuraduría, acepta esta tesis o, por lo menos, aborda sus consecuencias en los contextos históricos actuales de internacionalización o globalización del derecho [sic] (Aponte Cardona, 2010, p. 32).

Así pues, los postulados de Roxin (1998) no pretenden que el autor inmediato del crimen esté exento de responsabilidad, sino que reconocen al «perpetrador detrás del perpetrador», con base en el dominio que este último tenga del crimen, con motivo de su posición de autoridad en una organización altamente jerarquizada y estructurada.

Esta doctrina ha sido desarrollada y aplicada por cortes europeas, especialmente por los tribunales alemanes y, más recientemente, por cortes latinoamericanas. Sin embargo, y a pesar de su creciente importancia en las jurisdicciones de sistemas neorrománicos, la misma fue poco explorada, por no decir completamente excluida,

por los tribunales penales internacionales *ad hoc*, que se centraron en la *responsabilidad* con base en la teoría de la empresa criminal conjunta y la responsabilidad del superior jerárquico. Cabe mencionar que, a pesar de este rechazo inicial por parte de la jurisprudencia internacional, la denominada «autoría mediata por dominio de voluntad en aparatos de poder organizados» ha sido claramente aplicada por la Corte Penal Internacional (CPI).

En primer lugar, la Corte Penal Internacional ha enfatizado que la autoría mediata no es excluyente de todas las otras formas de intervención criminal, en particular de la coautoría. En otras palabras, siguiendo las decisiones de esta misma Corte, dos o más personas pueden ser responsables por una coautoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder. Por otro lado, resultan de interés las referencias que la propia Corte Penal Internacional ha realizado sobre la jurisprudencia latinoamericana, junto con la alemana y la de otros países europeos, en las decisiones antes mencionadas. Esto es un ejemplo concreto de la influencia recíproca que las jurisprudencias, nacional e internacional, pueden y deben tener en el desarrollo y avance de la labor judicial.

En esta línea, Olasolo (2009) señala que:

Las salas de apelaciones de los TPIY [Tribunales para la Antigua Yugoslavia] y TPIR [Tribunal para Ruanda] han afirmado el carácter consuetudinario de la construcción del concepto de coautoría sobre la base de la doctrina de la ECC [Empresa Criminal Conjunta] (y han rechazado el carácter consuetudinario de la teoría del dominio del hecho), la primera jurisprudencia de la Corte Penal Internacional (CPI), en los casos Lubanga y Katanga y Ngudjolo ha afirmado que el artículo 25 (3) del Estatuto de Roma (ER), acoge la teoría del dominio del hecho, como criterio básico de distinción entre autoría y participación. Así mismo, esta misma jurisprudencia inicial de la CPI ha subrayado que la forma de responsabilidad individual que más parece asemejarse a la doctrina de la ECC de las recogidas en el art. 25 del ER (aquella prevista en el párrafo (3)(d) del art. 25 del ER), se configura no como una forma de coautoría, sino como una forma residual de complicidad (p. 5).

ALGUNOS PUNTOS DE DISCREPANCIA

A continuación se reseñarán algunas críticas que importantes autores han hecho a esta especial forma de autoría mediata.

Inducción

En la inducción se sabe que una persona directamente genera en otra la decisión de realizar el hecho delictivo; el mandatario deberá confiar que su mandante lleve a feliz término su plan, de lo contrario, el mandatario haría fracasar el plan criminal. Tratándose de autoría mediata por aparatos organizados de poder, es visible que el autor mediato, que actúa a través del dominio de la organización, tiene la seguridad de que uno de los encargados de adelantar el hecho cumplirá su orden, y así, si uno o alguno de ellos se opusiere, siempre estará la opción del reemplazo dentro de la jerarquía de la empresa criminal.

Coautoría

Retomando la propuesta de Roxin (1998), este acentúa que los coautores codominan el hecho y puede decirse que son dueños, no apenas de una porción del mismo, sino de su totalidad. Por ello, resalta Roxin que:

Es en primer lugar coautor todo interviniente cuya aportación en la fase ejecutiva representa un requisito indispensable para la realización del resultado pretendido, esto es, aquel con cuyo comportamiento funcional se sostiene o se viene abajo lo pretendido. Nada importa al respecto de su disposición subjetiva hacia el acontecer, no obstante que el autor ejecute actos materiales de los descritos en el respectivo tipo penal para ser tal, se halla si la empresa fracasa, si el interviniente retira su aporte, para poder de esta forma determinar la coautoría, porque en aquellos casos no existe en multitud de ocasiones siquiera contactos mínimos entre quien decide y quien ejecuta; sea por la lejanía en la jerarquía, sea por la distancia geográfica; en fin, por diversidad de factores (p. 308).

Además de esta postura doctrinaria, Ambos (2008) apoya este concepto cuando expresa que «la lejanía entre quien da la orden y quien la ejecuta la imposibilidad de acordar la forma de ejecutar el hecho, en fin, de “repartir tareas”, hace imposible hablar de coautoría» (p. 99).

Complicidad

Algunos autores, como Faraldo Cabanas (2004), discuten con fundamento en el caso Eichmann que el conjunto de personas que transmiten la orden criminal son cómplices, teniendo por inductor al último eslabón que entrega la orden al ejecutor material (p.

41). De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que «el hombre de atrás» apenas domina negativamente el hecho de la «posibilidad de detenerse», pero se entiende tal dominio como insuficiente para poder señalar su comportamiento como autor. Esta postura, según los que defienden esta posición, desconoce que «el hombre de atrás», merced a su poder en la Organización, al Gobierno de la misma y a la disposición de un aparato presto a cumplir su orden, no domina apenas negativamente el hecho, sino, por el contrario, decide el *sí* y el *cómo* de la realización criminal.

Al respecto, Roxin (1998) se anticipa a las críticas estableciendo que los comportamientos de crímenes de guerra, de Estado y de organizaciones, como los que pretendemos esbozar en este escrito, no pueden aprehenderse de manera adecuada solamente con los baremos del delito individual. Por lo mismo, señala que «las figuras jurídicas de autoría, inducción y complicidad, que están concebidas a la medida de los hechos, no pueden dar debida cuenta de tales sucesos colectivos, contemplando como fenómenos global» (Lesch, 1995, p. 84).

Entre algunos doctrinantes existe un desacuerdo con los supuestos sobre los cuales el profesor alemán Roxin sustenta su teoría; estos son en su gran mayoría coherentes con otras figuras como las que se han mencionado antes (coautoría-inducción). De ahí que el profesor Jeschek desarrolle la tesis de la coautoría afirmando que «la persona situada en la cúspide, justamente porque domina la organización, es coautora», basado en la posición de que no podemos concebir al «autor detrás del autor»; sin embargo, autores como Jackobs afirman que «habría un acuerdo entre los partícipes en el hecho que los convertiría en Autores».

Otro de los argumentos (Gómez, 2010, p. 255) a favor de la autoría mediata señala que esta forma de responsabilidad es la única modalidad de autoría, que permite al autor no participar en la fase ejecutiva de los hechos. Lo anterior se traduce en que si el hombre de atrás no participa en la fase ejecutiva del delito, y en lugar de ello su contribución se circunscribe a impartir una orden (típico de actos preparatorios), este no podría ser considerado como coautor.

Por ende, la diferencia fundamental entre autoría mediata y coautoría consiste en que la primera está estructurada de manera vertical en la escala de poder (de arriba hacia abajo) y la coautoría, en sentido horizontal, es decir, en forma simultánea o en pareja.

Por último, la autoría mediata en una estructura de poder es importante en la medida en que permite que el hombre de atrás sea considerado como autor y no como partícipe dentro de la estructura de responsabilidad compleja que sirve, a diferencia de la teoría clásica, para establecer de manera más razonable la responsabilidad por crímenes cometidos por estructuras organizadas de poder. De su inclusión en el Estatuto de Roma, se da la claridad necesaria sobre la aplicación de dicha teoría, en especial en lo referente a la irrelevancia de la responsabilidad del autor mediato, por lo menos en el caso particular de este Estatuto.

CONCLUSIONES

Para concluir, puedo decir, con absoluta certeza (dados los antecedentes teóricos aportados en la materia), que la empresa criminal común es algo muy aproximado a lo que se ha denominado *coautoría material impropia*, la cual distingue entre *autoría* y *participación*, sobre la base de un criterio subjetivo, mientras que la autoría mediata y la coautoría basada en el codominio funcional del hecho, sobre manifestaciones de la noción de *dominio del hecho*, distinguen entre *autoría* y *participación*; siguiéndose así el criterio de quién ostenta el dominio del hecho.

Considero, así mismo, que a la hora de construir la distinción entre *autoría* y *participación* se debe optar entre el criterio subjetivo y el criterio del dominio del hecho. Esta es la razón por la que no aparecen compatibles, en mi opinión, la aplicación simultánea de la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder y la empresa criminal común que predica la Corte Penal Internacional, a no ser que esta última se articule como una forma de complicidad y no de coautoría (son estos precisamente los efectos que produce el artículo 25 del Estatuto de Roma).

El Estatuto de Roma, según mi entender, es el primer instrumento internacional que incorpora expresamente esta teoría como una forma de autoría. Esta figura es, en mi opinión, la más apropiada para establecer la responsabilidad en crímenes complejos de competencia de la Corte Penal Internacional. Por lo anterior, considero que la figura de «el hombre de atrás» no debe ser juzgada a título de *coautor* ni de *instigador*, sino como *autor mediato*.

Por último, creo que los modos de señalar como autor a una persona (teoría de participación criminal) fueron insuficientes, a todas luces, para enfrentar los grandes crímenes acaecidos en el siglo XX. En la Alemania de la primera mitad del siglo quedó en evidencia hasta dónde la naturaleza humana mostró sus más bajos principios de respeto por la vida y por los demás seres humanos, y hasta dónde puede llegar la «metamorfosis criminal». Y fue en la misma Alemania, paradójicamente, donde se originó la respuesta jurídica penal a los problemas de autoría, que hoy en día Colombia solicita en respuesta a las flagrantes violaciones a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario por parte de los grupos al margen de la ley y del mismo Estado.

Considero, de igual manera, que tanto la doctrina como la legislación deben ocuparse de la demarcación precisa del ámbito de aplicación del dominio sobre las estructuras de aparatos organizados de poder, a fin de evitar en un futuro la impunidad o el castigo con la pena atenuada del *cómplice* a quienes merecen ser castigados como autores. Para ello hay que diseñar fórmulas de carácter jurídico, que permitan una imputación personal, diferentes a las categorías clásicas de imputación

individual, para frenar la criminalidad organizada que atenta contra bienes jurídicos de trascendencia mundial.

Esta teoría es aplicable, por lo tanto, a grupos al margen de la ley como a agentes del Estado, siempre que estos tengan una estructura jerarquizada, que haya un dominio efectivo sobre la organización y que sus miembros sean fungibles. Esta afirmación se confirma por la aplicación que de ella han hecho los tribunales de justicia colombianos.

REFERENCIAS

- Aldunate Esquivel, E. E. (2000). Reflexiones sobre el dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. En *Revista Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*.
- Ambos, K. (2008). *Como imputar a los superiores crímenes de los subordinados en el derecho penal internacional: Fundamentos y formas*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Aponte Cardona, A. (2010). Observaciones al documento guía y presupuestos de elaboración del protocolo. Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Proyecto Lucha Contra la Impunidad - PLCI. Recuperado de: http://historico.derechoshumanos.gov.co/LuchaImpunidad/Documents/2010/Observaciones_documento_guia.pdf
- Bacigalupo, E. (1996). *Manual de derecho penal*. Bogotá, D.C.: Temis.
- Bailone, M. (2002). Una modesta aproximación a la teoría de Claus Roxin. En *XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología*. Valparaíso.
- Bantekas, I. (1999). The Contemporary Law of Superior Responsibility. En *American Journal of International Law*, 93(3).
- Corte Suprema de Justicia. (21 de 08 de 2003). *Coautoría*. Magistrado ponente: Yesid Ramírez Bastidas. Bogotá.
- Corte Suprema de Justicia. (2010^a). *Sentencia de 23 de 02 de 2010*. Bogotá: Autor.
- Corte Suprema de Justicia. (2010^b). *Sentencia de 03 de 12 de 2010*. Bogotá: Autor.
- Faraldo Cabanas, P. (2004). *Responsabilidad penal del dirigente en estructuras jerárquicas*. Valencia, España: Tirant lo Blanchi.
- Gómez Tomillo, M. (2010). *Comentarios al Código Pénal*. España-Valladolid: Lex Nova.
- Márquez Cárdenas, A. E. (23 de Septiembre de 2005). La autoría mediata en el derecho penal. Formas de instrumentalización. Ediciones Doctrina y Ley. Recuperado, de <http://es.slideshare.net/>
- Olasolo, H. (2009). *Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal conjunta en derecho penal internacional*. Barcelona, España: Institute Willem Pompe.
- Pace, W. (2014). *Coalición por la Corte Penal Internacional*. Recuperado de: www.coalitionfortheicc.org.

- Pérez Arroyo, M. (2009). *El caso de Alberto Fujimori, La Sentencia, Doctrina y jurisprudencia: Perú: 7 de abril de 2009*. Perú: Editorial Jurista Editores.
- Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (C.C.C.). (9 de febrero de 2006). Participación criminal: Autor mediato, instrumentalización del delito a través de un aparato de poder, 36.873. Argentina: Autor.
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Barcelona: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2006). El dominio de la organización como forma independiente de autonomía mediata. En conferencia *Problemas fundamentales del derecho penal y la criminología*. Sevilla: Universidad Pablo de Olavide.
- Socha Salamanca, J. E. (2008). Concurso de personas en el delito. En *Revista Corte Suprema*, (26).
- Suárez Sánchez, A. (2007). *Autoría*. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora.