



Reflexiones del derecho penal, público y privado

Jairo Enrique Angarita Feo
Carolina Romero Burbano
Emiro Vieda Silva
Augusto Castañeda Díaz

LECCIONES
DOCTORALES



Reflexiones del derecho penal, público y privado

Reflexiones del derecho penal, público y privado



Reflexiones del derecho penal, público y privado / Jairo Enrique Angarita Feo [y otros tres autores]. – Bogotá :
Universidad Santo Tomás, 2016.

83 páginas, tablas y gráficas. - (Colección Lecciones Doctorales)

Incluye referencias bibliográficas

ISBN 978-958-631-934-8

1. Derecho penal. 2. Derecho público. 3. Derecho privado. I. Angarita Feo, Jairo Enríque. II. Romero Burbano,
Carolina. III. Vieda Silva, Emiro. IV. Castañeda Díaz, Augusto.
V. Universidad Santo Tomás (Colombia).

CDD 340.2

Co-BoUST



© Jairo Enrique Angarita Feo | Carolina Romero Burbano | Emiro Vieda Silva |
Augusto Castañeda Díaz | Oduber Alexis Ramírez Arenas (editor)

© Universidad Santo Tomás

Ediciones USTA
Carrera 9 No.51-11
Edificio Luis J. Torres sótano 1
Bogotá D.C., Colombia
Teléfono: (+571) 5878797, ext. 2991
editorial@usantotomas.edu.co
<http://ediciones.usta.edu.co>

Dirección editorial: Matilde Salazar Ospina
Coordinación de libros: Karen Grisales Velosa
Asistente editorial: Andrés Felipe Andrade
Corrección de estilo: Alejandra Castellanos
Diagramación y diseño de carátula: Kilka Diseño Gráfico

Hecho el depósito que establece la ley
ISBN: 978-958-631-934-8
e-ISBN: 978-958-782-027-0
Impreso en Colombia • Printed in Colombia
Impreso por: Xpress Estudio Gráfico y Digital
Primera edición: 2016

Todos los derechos reservados
Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio,
sin la autorización previa por escrito de los titulares.

CONTENIDO

PresentaciónVII
Oduber Alexis Ramírez Arenas, Ph.D

Anomia, individualismo e ineficacia de la ley frente
al cumplimiento de las normas de tránsito en Bogotá
Jairo Enrique Angarita Feo

Introducción..... 9
Antecedentes y definición 10
Caracterización de la anomia..... 11
La importancia de la persuasión 12
Sobre el tránsito 15
Conclusiones..... 20
Referencias 22

El principio de confianza legítima de la *lex mercatoria*
en el contrato estatal de compraventa
Carolina Romero Burbano

Introducción..... 25
Globalización, pluralismo jurídico e interlegalidad..... 26
Compraventa internacional de mercaderías
y la contratación estatal 28
El principio de confianza legítima..... 30
De la *lex mercatoria* 34
Conclusiones..... 36
Referencias 37

Autoría mediata por el dominio sobre las estructuras
de aparatos organizados de poder, con aplicación
en delitos de lesa humanidad
Emiro Vieda Silva

Introducción..... 39
Antecedentes..... 40

Aceptación de la teoría en la jurisprudencia internacional	47
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	50
Aceptación de la teoría en la jurisprudencia nacional y latinoamericana	54
Algunos puntos de discrepancia.....	56
Conclusiones.....	59
Referencias	61

¿Qué es una bacrim?

Augusto Castañeda Díaz

Introducción.....	63
¿Qué es una Bacrim?	64
Los grupos armados organizados al margen de la ley (GAOML).....	64
Las pandillas, los maras, las bacrim	66
¿Qué es, y qué no es, lo que determina la aplicación de normas de DIH a una bacrim?.....	72
Niveles estratégicos de confrontación	74
Judicialización.....	76
Referencias	82

Presentación

En el marco del proceso de investigación de los estudiantes del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás, la realización de disertaciones y de artículos resultan necesarios, ya que, gracias a este tipo de actividades, van practicando los adelantos de su indagación de manera lógica y sistemática, y así se evidencian poco a poco las habilidades y destrezas en lo que llamamos un verdadero trabajo de investigación.

Tal y como se expondrá a lo largo de esta obra, todos y cada uno de los artículos corresponden a temáticas diversas, ya que el Doctorado en Derecho permite que los estudiantes realicen sus tesis de conformidad con los grupos y líneas existentes en el Centro de Investigaciones Socio-jurídicas Francisco de Vitoria. De esta manera, se busca que la investigación doctoral se encuentre vinculada a un grupo y a su vez a una línea de investigación, mostrando la articulación que debe existir entre los posgrados y el pregrado en Derecho.

Ahora bien, los trabajos que se suscriben, son el reflejo no solo de una temática jurídico-filosófica propiamente dicha, los mismos responden también al desarrollo de metodologías de investigación tendientes a darle una rigurosidad al escrito en cuanto a su parte científica e investigativa.

De la misma manera, el Doctorado busca que tanto las disertaciones y artículos como el trabajo final de la tesis doctoral, tenga una proyección social, orientada a que sirvan no solamente al reconocimiento académico, sino también que puedan aportar en la práctica en todos los campos de la sociedad.

Finalmente, *“la misión de la Universidad inspirada en el pensamiento humanista cristiano de Santo Tomás, busca promover la formación integral de las personas, en el campo de la educación superior, mediante acciones y procesos de enseñanza-aprendizaje, investigación y proyección social, para que respondan de manera ética, creativa y crítica a las exigencias de la vida humana y estén en condiciones de aportar soluciones a las problemáticas y necesidades de la sociedad y del país”*¹.

Así, los trabajos se presentan de la siguiente manera: el primero, trata sobre la anomia, individualismo e ineficacia de la ley frente al cumplimiento de las normas de tránsito en Bogotá; el objetivo de este trabajo es lograr establecer si en Bogotá se presentan, en el aspecto concerniente al respeto de las normas de

¹ Misión General de la Universidad Santo Tomás de Colombia.

tránsito, manifestaciones de anomia que pueden generar condiciones de ineficacia legal, lo que llevaría a abordar el problema no desde la producción normativa propiamente dicha, sino desde otras aristas que resulten más efectivas para la convivencia en sociedad, como lo serían los procesos educativos y pedagógicos.

El segundo trabajo trata el principio de confianza legítima de la *lex mercatoria* en el contrato estatal de compraventa; examina si el estado debe ceder espacios del derecho interno al derecho internacional, en un entorno jurídico de derecho común, caracterizado por la flexibilidad, eficacia, eficiencia y universalidad; para ello, se toma como ejemplo el contrato estatal de compraventa.

El tercero habla sobre la autoría mediata por el dominio sobre las estructuras de aparatos organizados de poder con aplicación de delitos de lesa humanidad; tiende a explicar en forma detallada y clara, todo lo inherente a la autoría mediata en aparatos organizados de poder dentro del derecho penal, en particular de los delitos de lesa humanidad.

Por último, el capítulo “¿Qué es una Bacrim?” trata sobre la necesidad de elaborar estrategias investigativas de mayor cobertura para enfrentar el fenómeno de la criminalidad colectiva, esto en razón al surgimiento de los grupos armados organizados al margen de la ley.

Como se puede evidenciar, todos los trabajos que se presentan a continuación corresponden a temas de bastante interés, que se espera sin duda, puedan tener una amplia divulgación, no solamente en la academia, sino también que sean de gran utilidad para todos los juristas independientemente de su actividad.

Oduber Alexis Ramírez Arenas, Ph.D

Director Doctorado en Derecho

Universidad Santo Tomás Bogotá, D.C.

Anomia, individualismo e ineficacia de la ley frente al cumplimiento de las normas de tránsito en Bogotá¹

Jairo Enrique Angarita Feo²

INTRODUCCIÓN

La anomia ha sido identificada tradicionalmente en la sociología como una ausencia de normas o una tendencia transgresora (Reyes, 2010, p. 7), tanto a nivel colectivo como a nivel individual, que conlleva a la pérdida de valores sociales.

A propósito, Reyes (2010, p. 10) indica que la introducción del término *anomia* en la sociología se debe al francés Émile Durkheim y adiciona que la utilidad del término ha trascendido a otras disciplinas, como a la psicología, la biología, la psiquiatría y por ende a la disciplina jurídica como ha sucedido en Norteamérica, donde ha dejado de ser parte exclusiva de la sociología al

ser vincula con el delito y la criminalidad (Reyes, 2010, p. 8).

Cabe aquí anticipar que la vigencia del término *anomia* para abordar el análisis de problemas actuales de las sociedades modernas y del propio derecho ha sido el resultado de un recorrido conceptual amplio como lo describe Reyes (2010, pp. 12-16) en su trabajo investigativo, donde da cuenta de la existencia de tres vertientes principales: la crónica histórica representada por Heródoto y Tucídides, la literatura, por la tragedia, griega, y la filosofía, por las formulaciones de Platón.

1 Este artículo hace parte del proyecto de investigación «Anomia, individualismo e ineficacia de la Ley frente al cumplimiento de las normas de tránsito en Bogotá» de la tesis doctoral para aspirar al título de Doctor en Derecho en el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás –Sede Bogotá. La tesis está dirigida por la Dra. Yolanda M. Guerra Post Ph.D.

2 Abogado, magíster en Derecho Administrativo y especialista en Derecho Público. Correo electrónico: jairoangarita@dr.com

ANTECEDENTES Y DEFINICIÓN

El concepto clave de *anomia* a nivel individual, para Heródoto (citado por Reyes, 2010, p. 9), comprendía tres dimensiones: i) el carácter y comportamiento violento, ii) la impiedad, es decir, el incumplimiento de deberes sagrados, y iii) la violación de las costumbres sociales. Estas acepciones del término *anomia*, en especial aquella atinente a las costumbres sociales, son todavía vigentes.

En la literatura griega se evidencia una acepción similar del término; al respecto, cuando el profesor Reyes cita a Las Traquinias, Edipo en Colono y Andrómaca, tragedias donde la caracterización de los *anomos* da cuenta de que la *anomia* se entendía como «sin respeto por la ley». Cabe mencionar que esta no es la única expresión o manifestación literaria del término, pues incluso algunos han considerado que el término es mencionando en el antiguo testamento de la Biblia.

Por último, en el campo de la filosofía, se menciona que Platón identificó la *anomia* como una amenaza contra la sociedad, como un vicio por excelencia, donde se plantea la necesidad de recurrir a los bienes morales supremos para superarla (Orrú, 1987, p. 141).

Desde las primeras concepciones sociales como inicialmente lo desarrolló Durkheim (1858 –1917), cuando relacionaba el término con la falta relativa de normas en una sociedad o de un grupo (Merton, 2002, p. 240), este concepto logró grandes repercusiones en la sociología como un elemento para interpretar y explicar los *desajustes* de la vida en las grandes ciudades (Girola, 2005, p. 25), ya que en su época (la de Durkheim) existía un mundo convulsionado por los grandes cambios de la industria y el inicio de una sociedad capitalista (Reyes, 2010, p. 11).

El pensamiento de Durkheim ha sido objeto de grandes estudios como los de Lukes, Lacroix, Filloux y Giddens, los cuales han hecho aportes significativos en cuanto a las claves para interpretar el trabajo de autor francés, claves que han favorecido el interés por su obra no solamente desde el punto de vista de la utilidad sociológica, sino también para estudios jurídicos de relevancia.

Como es sabido, en *De la división del trabajo social* (1987), Durkheim identifica la anomia con la situación generada por la falta de normas para reglamentar las relaciones entre los actores partícipes en los procesos que se daban en la época en los aspectos comerciales e industriales, donde el predominio de los cambios permanentes no permitía una estabilidad de las reglas. Posteriormente, en *El Suicidio* (2006), como lo señala Girola (2005, p. 31), Durkheim logra identificar con claridad dos procesos que afectan a la sociedad: de una parte la desintegración social debido al crecimiento del individualismo concebido como sinónimo de egoísmo (que en su nivel extremo puede generar el suicidio); y, de la otra, la generación de la anomía por la ausencia de

límites más no de normas cuando la sociedad deja de ejercer un papel regulador y no logra poner límites a lo que la gente puede desear (Merton, 2002, p. 143).

Retomando el aporte de Durkheim, cabe mencionar que en este trabajo se abordará la anomia como el fenómeno que se da no por la inexistencia de normas sino porque estas no se cumplen, porque no tienen vigencia en la vida cotidiana, bien sea porque la sociedad es incapaz de vigilar y exigir su cumplimiento porque los individuos las desconocen o simplemente porque no las aceptan.

En la línea de la teoría de anomía, es importante señalar también el trabajo del sociólogo Robert Merton (1910-2003) quien desde la teoría del funcionalismo hizo una gran contribución a los estudios sobre la anomia; Merton parte de la concepción que los contextos socioculturales generan metas y estas expresan los valores de los individuos para alcanzarlas, puede ser a través del uso de lo que él denomina *recursos institucionalizados o legales*, o a través del uso de otros medios para alcanzar las mismas metas que son consideradas por la sociedad como violación a reglas sociales (Merton, 2002, p. 253).

De acuerdo con Merton, la anomia se da cuando el individuo asume un comportamiento en el que abandona las reglas del juego social, generando lo que el autor denomina *un comportamiento desviado*, que riñe con las reglas generalmente aceptadas y aplicadas en una sociedad; por ello es evidente que se reconoce la existencia de aspectos conflictivos entre la meta cultural y el medio para alcanzarla, y al no lograr lo propuesto por insuficiencia de medios legales (institucionalizados) desembocan en la anomia.

CARACTERIZACIÓN DE LA ANOMIA

Merton elaboró un esquema donde confronta lo que identifica como modos de adaptación frente a las metas culturales y los medios institucionalizados; para ello expuso cinco modos de adaptación: i) Conformidad, ii) innovación, iii) ritualismo, iv) evasión y v) rebelión, y sobre cada uno de ellos fundamentó las características principales del comportamiento del individuo, comenzando por el denominado *comportamiento modal* donde el sujeto se adhiere por completo a la norma social y a partir de ahí busca alcanzar sus metas. En el modo de adaptación innovador existe aceptación de la meta cultural pero ruptura con el medio institucionalizado, mientras que en el modo ritualista, donde el individuo adolece de la motivación para aspirar a la meta pero continua respetando la regla, existe apego riguroso al respeto legal.

En esta misma línea, el comportamiento de adaptación de evasión, para Merton (1973, p. 257), se caracteriza por el abandono de las metas y de los medios institucionalizados; el individuo vive en determinado medio social pero no se adhiere a él, es una manifestación del individualismo.

Por último, el modo de adaptación *rebeldía* se caracteriza por que, al igual que el de *evasión*, no se comparten ni metas ni medios pero aquí el individuo propone reemplazarlos por nuevas metas y nuevos medios, por ello en su esquema Merton califica este modo tanto positivo como negativo, dependiendo de la incidencia .

Sobre el sistema de adaptación de evasión volveré más adelante con el propósito de identificar si este persiste y si tiene vigencia en sociedades como la colombiana, respecto al cumplimiento de las reglas y en especial las relacionadas con el tránsito. Sin embargo, cabe mencionar aquí que al revisar la forma cómo se ha abordado el problema del cumplimiento de las normas en Bogotá, se encuentra que, aunque no de manera exclusiva o relevante, todas las administraciones de la Alcaldía Mayor de Bogotá, desde el gobierno de Antanas Mockus, han incluido aspectos de cultura ciudadana en sus agendas, tal y como como se evidencia en el informe de la Veeduría Distrital del año 2014, el cual muestra que en cada gobierno hubo una mención al menos aunque no explícita de las acciones para mejorar el cumplimiento frente a las normas (Veeduría Distrital, 2014).

Sin embargo, este tipo de iniciativas no superan el ámbito local, ya que a nivel general al derecho se le percibe como la Ley, como el único medio con el que se cree resolver la crisis y por ello se considera que su función principal es la de emitir nuevas leyes, que se amontonan sin resolver el problema que pretendían avocar; esto sin tener en cuenta lo que ha sido identificado en nuestros tiempos como el *populismo punitivo*, donde gran parte de la agenda legislativa tiene su génesis no en serios estudios sociales o jurídicos sino en la noticia que publiquen los medios de comunicación masiva.

LA IMPORTANCIA DE LA PERSUASIÓN

Ya desde Beccaría (2000, p. 82) se indicaba con vehemencia que el elemento de persuasión más importante es la certeza de la sanción mucho más que su severidad, lo que implica que cuando los actores deciden desviarse y esos actos quedan impunes, el comportamiento anómico se multiplica (Dahrendorf, 1994, p. 95), lo cual constituye el núcleo del problema social frente al cual se busca solución.

En el caso colombiano, podemos apreciar que desde sus inicios el mecanismo de control que el Estado (a través de su órgano legislativo) ha considerado más apropiado más para tratar el problema de la vulneración de las normas de tránsito ha sido el sistema punitivo sancionatorio en todos sus órdenes.

Un breve recorrido por su historia permite afirmar que los resultados de este sistema no han sido favorables para lograr el cumplimiento de la Ley; sin embargo, se

sigue insistiendo en este método, lo que puede llevar a la absurda conclusión de que es al mismo Estado a quien no le conviene que se cumplan las normas de tránsito³.

En esta línea cabe mencionar el trabajo del profesor Mauricio García Villegas (2009), que reflexiona sobre lo que él ha denominado *cultura del incumplimiento de reglas* (2009, p. 15) y que señala que desde la Colonia se ha generado toda una cultura de esquivar las normas o interpretarlas a conveniencia; estas manifestaciones, aunque no estén definidas así por el profesor Villegas, constituyen muestras de anomia en nuestra sociedad.

Es interesante advertir cómo desde antaño existe evidencia de la presencia de una cultura del incumplimiento en nuestro territorio; en su obra *Normas de Papel* (2009), García Villegas señala que esta identificación ha marcado profundamente nuestra sociedad y que incluso ha trascendido la frontera y se ha convertido, en algunos países, como un desafortunado referente para identificar a nuestros nacionales.

En esta línea, cabe mencionar la posición de José María Samper (citado en García, 2009, p. 97) quien, al igual que Villegas, considera que nuestro problema de incumplimiento de reglas se gestó en el periodo colonial y señala que la sociedad española inoculó en la sangre de los colombianos casi todos los gérmenes de vida y descomposición que ella contenía.

Sin embargo, como lo advierte García (2004, p. 18), la omnipresencia del fenómeno del incumplimiento de normas es un tema poco estudiado y en algunas circunstancias es incluso naturalizado (un ejemplo de ello puede encontrarse en la entrevista que realiza García (2009), a algunos taxistas a pesar de que era evidente su incumplimiento de las normas, consideraban que los que no las acataban eran otros; lo anterior para decir que nos cuesta reconocer que hacemos parte de los que incumplimos).

Nunca antes fue tan clara la vigencia del fenómeno de la anomia en la sociedad colombiana; su existencia en el comportamiento de la sociedad se ha convertido en un elemento incrustado en los actos cotidianos que muy pocas veces es rechazado abiertamente por los ciudadanos; es evidente que, como señala Samper (citado en García, 2009, p. 20), tenemos un país legal y otro real. A esto se suma que estamos viviendo un momento en el que se pretende resolver todos los grandes problemas sociales mediante la expedición de normas, aún siendo conscientes que el «Estado es el primer incumplidor del país», como bien lo señala García (2004, p. 283), quien recalca que los políticos han contribuido a ahondar la brecha entre el país legal y

3 Una revisión breve a lo establecido en el artículo 160 de la Ley 769 de 2002, indica que gran parte del presupuesto de los organismos para funcionar depende de manera exclusiva de los recursos que se recaudan por el pago de multas y contravenciones, en consecuencia, si estas desaparecen no existe presupuesto para esos componentes.

el país real, no solo promulgando leyes defectuosas o inaplicables, sino siendo los primeros en desconocer lo que dichas leyes ordenan.

Los ejemplos pululan en nuestro país: entre ellos, el caso del senador Eduardo Merlano, el 13 de mayo de 2012, quien fue detenido en una vía pública por unidades de la policía de tránsito cuando conducía un vehículo particular sin licencia de conducción y, al parecer, bajo los efectos del alcohol; al solicitarle la práctica de la prueba de alcoholemia, el senador manifestó a los policías sentirse agredido por la falta de respeto, según él, ya que había obtenido en las elecciones anteriores más de cincuenta mil votos. Como este, existen casos como el del concejal del municipio de Chía-Cundinamarca en octubre de 2013, entre otros.

Frente a un fenómeno recurrente, las sociedades se valen de los mecanismos que tengan a su alcance para hacerle frente; en nuestro caso se ha acudido primordialmente a las normas, que en muchas ocasiones han resultado poco efectivas para corregir todas estas manifestaciones de incumplimiento.

En el análisis de la Veeduría Distrital sobre los resultados de una encuesta aplicada por la entidad en el año 2013 a los habitantes capitalinos, se señala que existen pequeñas corrupciones en Bogotá y un sistema de creencias, valores y comportamientos que incentivan o facilitan la cultura del incumplimiento de las normas, regido por pensamientos como el «todo vale» o «es mejor ser vivo que bobo» (p. 115). Aquello que se denomina en el informe como «pequeñas corrupciones ciudadanas» son comportamientos frecuentes, tales como el hurto en los servicios públicos, la evasión de parafiscales, el retiro de las cesantías para lo que no es, la compra de mercancías de contrabando, el hecho de no exigir la factura para evitar el IVA, el descuido de los bienes públicos, el transar y sobornar, las contrataciones por amiguismo, y, respecto al comportamiento en el tránsito, como transitar en contravía, no utilizar el puente peatonal, subir las motos y los vehículos a los andenes, no detenerse ante la señal de tránsito (semáforo en rojo), exceder la capacidad autorizada del vehículo e incluso conducir embriagado o sin licencia de conducción. Estas son algunas de las manifestaciones que actualmente pueden ser asumidas como conductas normales que no merecen ningún tipo de reproche, sino por el contrario muchos las conciben como verdaderas competencias del individuo.

Lo anterior nos indica que estamos muy lejos de lograr un comportamiento *modal* (Merton) y que, por el contrario, con dichas actuaciones se está contribuyendo a que el legislador se ocupe en temas que más que provenir del resultado de análisis estructurados, provienen del llamado populismo punitivo (Bottoms, 1995, p. 39).

Desde el órgano legislativo y desde el propio gobierno se ha mantenido la concepción de que la norma es la adecuada para corregir determinadas conductas impropias en la sociedad; sin embargo, la generación de nuevas normas, así como sus reformas o derogaciones, ha pasado a manos de políticos que han creado discursos

alrededor de dichas conductas para captar adeptos. Lo anterior se conoce hoy como el *populismo punitivo*⁴, del cual nuestro país no es ajeno.

En suma, este fenómeno ha sido abordado por el Estado a través de la expedición permanente de normas, bajo la perspectiva según la cual regular una conducta o crear un delito evita que el individuo se comporte inapropiadamente, por ello es importante volver a nuestras líneas iniciales, para predicar la existencia de una anomia no precisamente por ausencia de ley sino porque la norma que está vigente no se cumple, no se acata.

SOBRE EL TRÁNSITO

En materia de tránsito el fenómeno no es diferente, en Colombia estamos convencidos de que tipificando nuevas infracciones o incrementando el valor de las sanciones se generará suficiente conciencia para lograr el respeto a las normas; sin embargo, las evidencias contrastan con lo esperado.

Una muestra de lo anterior es que, en la materia que nos ocupa, ocurrió lo propio con los artículos 1º y 2 del Decreto 1344 de 1970 que fue dictado por el Gobierno Nacional con el propósito de regular la circulación de los peatones, animales y vehículos por las vías públicas y por las vías privadas que estuvieran abiertas al público. A los treinta años se encontró que las sanciones impuestas eran muy bajas (Exposición de Motivos Ley 769 de 2002. Senado de la República) y se decidió reformar el código de tránsito, con la Ley 769 de 2002, pero ésta no fue suficiente, así que fue necesario tipificar y crear nuevas conductas (Ley 1383 de 2010) y a la fecha cercana de expedición resultó de nuevo insuficiente por lo que se dictó la Ley 1696 de 2012 donde se sanciona drásticamente a quienes conduzcan bajo los efectos de bebidas embriagantes. De acuerdo a lo evidenciado en el informe de la Policía de Tránsito y Transporte (2014), cada día son sorprendidos conductores bajo los efectos del alcohol, lo que señala que el nivel de la severidad de la sanción no ha sido suficiente para que el individuo cese la conducta, y desaparezcan de las vías públicas conductores bajo los efectos del alcohol.

A demás de lo anterior, cabe mencionar que con la expedición política de 1991 fueron dictadas nuevas normas en materia de tránsito y transporte, como la Ley 105 de 1993 y la Ley 336 de 1996, a través de las cuales se mantienen los procedimientos

4 Antony Bottoms (1995, p. 39) creó la expresión *populismo punitivo* para referirse a la utilización, por parte de los políticos, del derecho penal para obtener réditos electorales con discursos sobre el incremento de las penas. Al respecto también puede verse Roberts (2003, p. 4) quien ha retomado la expresión de manera similar.

de vigilancia y control, y se le da especial relevancia en cada una de las disposiciones (tránsito y transporte) a la sanción consistente en multa.

Los avances en materia tecnológica no han estado desligados del sistema sancionatorio, a través del sistema de cámaras se ha detectado un número elevado de contravenciones que ha significado un incremento considerable en el recaudo de la entidad designada por concepto de multas y comparendos; sin embargo, las contravenciones se siguen registrando.

Lo anterior lleva a señalar que los infractores estarían vigilados pero no intimidados, pues pese a la existencia de las cámaras de vigilancia y a la aplicación de los procedimientos a través de las llamadas *foto multas*, hay quienes siguen con el mismo comportamiento frente al cumplimiento de las normas de tránsito: en Bogotá, de manera permanente se imponen alrededor de 522 multas diarias a través de sistemas electrónicos (Informe de la Secretaría Distrital de Movilidad SDM de Bogotá 2014, p. 12).

Las cifras son contundentes: según el informe de la SDM de 2014, en Bogotá se detectan más de 50 infracciones a las normas de tránsito por hora; las conductas recurrentes son parquear en sitios no permitidos y la falta de la revisión técnico-mecánica. En el período de enero-mayo de 2014 se detectó que al menos 186.390 usuarios de las vías infringieron una norma de tránsito.

Tabla 1: Identificación de infractores

Infractor	Número de comparendos	Porcentaje
Conductor de carro	57.985	31%
Conductor de moto	54.911	30%
Conductor de camión	20.453	11%
Ciclista	14.782	8%
Taxista	14.457	8%
Conductor de bus	12.168	7%
Peatones	8.060	4%
Conductor de vehículo escolar	3.064	2%

Fuente: Dirección de Tránsito y Transporte de la Policía Nacional, 2014

Sin embargo, todo no es tan efectivo, el procedimiento administrativo sancionatorio presenta fisuras profundas que lo hace ineficiente y que permite que el infractor obtenga algún grado de certeza, no de la sanción sino de evitar ser objeto

de esta. Si bien desde la gestación del sistema de comparendos electrónicos detectar o sancionar a un infractor está literalmente, como se indica en la era de la tecnología, a *un clic* (lo que ha significado un mejoramiento en el sistema de recaudo, ya que pasó de un monto de 5.800 millones de pesos recaudados en el 2011 a 41.000 millones de pesos, en el 2013, según el informe anual de multas y comparendos de la SDM de Bogotá), la Personería de Bogotá señaló que para el período enero 2013 y enero 2014 muchos infractores solicitaron la revocatoria de 4.892 comparendos, la cual fue aceptada para el 96% de ellos, pues la Secretaría Distrital de Movilidad detectó graves falencias en el procedimiento sancionatorio, como ausencia o indebida notificación. Lo anterior ratifica la cultura del incumplimiento y permite afirmar que la sanción, por el hecho de carecer de certeza, no es elemento de disuasión principal.

Este panorama permitiría explorar el problema desde otras miradas como, por ejemplo, desde el desconocimiento de la norma, es decir, identificar si se trata de un fenómeno en el cual el individuo no conoce la norma. A este respecto, cabe mencionar el trabajo de García (2004, p. 98) quien realiza una encuesta a conductores y todos los sujetos allí entrevistados afirman conocer plenamente las señales y normas de tránsito, lo que lleva a la conclusión de que aunque se conoce la norma esta no es efectiva por falta de interiorización de la misma en cada individuo.

Claro que esto no lo explica todo, para muchos el cumplimiento de la norma de tránsito, depende de la evidencia inminente de que se pueda ser sancionado, mas no de una percepción de validez y eficacia de la norma, pues los usuarios por lo general la conciben como inoperante e impuesta únicamente para generar afectación y no para brindar protección a los transeúntes. Así pues, el respeto a muchas señales de tránsito no depende del conocimiento que tenga el sujeto sobre ellas, sino de la carencia de una autoridad al pie de la señal que disuada la intención de vulnerarla, por ello es típico encontrar, por ejemplo, que la eficacia del cumplimiento de un giro no permitido depende de la presencia de un agente de tránsito, pues de lo contrario la señal es vulnerada.

El comportamiento de los conductores de cumplir las reglas solo en presencia de la autoridad que puede sancionar resulta inentendible: los accidentes de tránsito, según el informe del Fondo de Prevención Vial 2013, ocurren por el irrespeto de uno de los involucrados de las señales de tránsito y, lo más grave, la principal víctima fatal es el propio conductor (con un 48,5%), seguido del peatón. Lo anterior para decir que es un comportamiento extraño, pues significa la ausencia de respeto por la propia vida y la integridad del sujeto (Informe anual sobre multas y comparendos de la SDM de Bogotá, 2014).

En el año 2013, según el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses (2013) se registraron 5.704 muertos y 39.318 heridos en accidentes de tránsito en Colombia, cifras que convirtieron a este tipo de acontecimientos en la segunda causa de muerte violenta en nuestro país en el año 2013. Estos datos se suman al conteo mundial, donde se estima que 1.2 millones de personas mueren al año por accidentes de

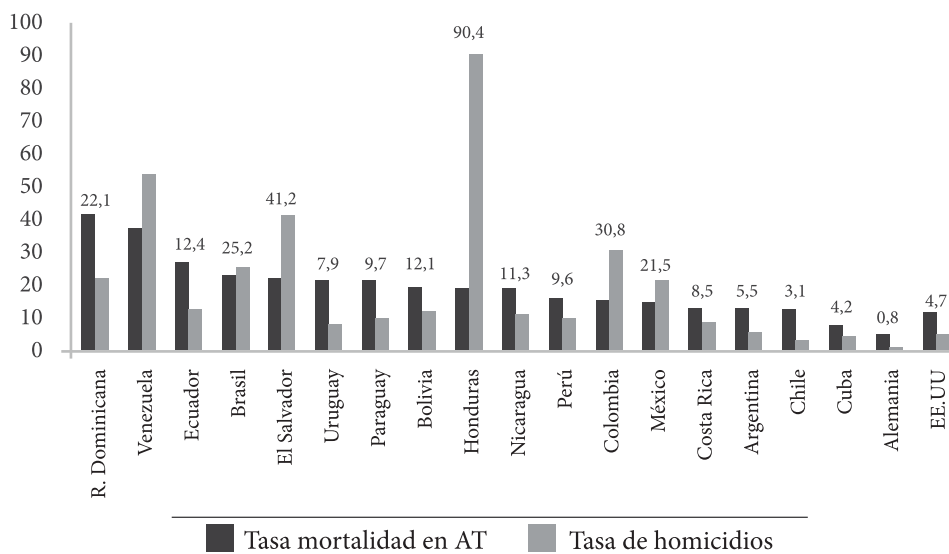
tránsito y se proyecta que para el año 2030 esta será la quinta causa de muerte de seres humanos en todo el planeta (OMS, 2013, p. 26)

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), los accidentes de tránsito son la primera causa de muerte entre los jóvenes de 15 y 29 años de edad; la segunda entre los 5 y los 14 años, la tercera entre los 30 y los 44 años, y la octava de los 45 años en adelante. Es realmente una situación muy preocupante, y más si se tiene en cuenta que se presume, según registros consolidados, que en los accidentes alguno de los involucrados desatendió una norma o señal de tránsito.

Según la Federación Internacional de Automóvil (FIA), en el año 2013, 16 de cada 100 mil habitantes de la región murieron por accidentes de tránsito; la cifra más alarmante es la de República Dominicana donde el índice es del 41,7 sobre 100 mil habitantes; en nuestro país el índice llega al 15,6 de cada mil habitantes, cifra que triplica el indicador de los Estados Unidos: 4,7.

Es importante señalar que la tasa de mortalidad en accidentes de tránsito en algunos países latinoamericanos supera ampliamente la tasa de homicidios, de acuerdo al *Informe sobre la situación de la seguridad vial mundial 2013* de la OMS, como se muestra en la figura 1.

Figura 1: Resumen sobre la situación de la seguridad vial mundial 2013



Fuente: Organización Mundial de la Salud. (2013). *Global Status Report on Road Safety*.
Luxemburgo: Autor.

Otro aspecto no menos importante, que se debe precisar, es si realmente al Estado le interesa que cada uno de los usuarios de las vías respete las normas; en el caso colombiano encontramos una enorme contradicción, ya que aunque se promueve el cumplimiento de las normas, por el otro lado se arman presupuestos de funcionamiento teniendo en cuenta los ingresos por multas, lo que significa que si todos cumplieran no existirían recursos para planes viales, señalización y otras grandes inversiones que las ciudades requieren en materia de movilidad (Ley 769 de 2002, artículo 160). Para ilustrar mejor el caso: el presupuesto de movilidad en Bogotá está construido a punta de comparendos, los cuales constituyen el grueso de la financiación de la Secretaría Distrital de Movilidad, pues de 189.850 millones de presupuesto cerca de 84.000 salieron de la multas que pagan los infractores, es decir, una participación mayor al 40% para el año 2013.

Al llegar aquí es inevitable cuestionarnos sobre el propósito detrás de la norma que castiga las infracciones de tránsito o de transporte y preguntarnos ¿la aplicación de las sanciones está destinada a prevenir los accidentes y adecuar un comportamiento organizado para la movilidad? ¿o más bien es una fuente de recursos? De manera enfática podemos inferir que si el Estado ha seleccionado la multa como el tipo de sanción por excelencia, no estamos distantes de afirmar que lo que pretende es consolidar una fuente importante de recursos por esta vía para garantizar lo que denomina Foucault una *economía del poder*, que sea más rentable y eficaz para vigilar y castigar.

Cabe recordar aquí lo que dicta la Ley 769 de 2002 en su artículo 160 que de manera literal dispone:

ARTÍCULO 160. DESTINACIÓN. De conformidad con las normas presupuestales respectivas, el recaudo por concepto de multas y sanciones por infracciones de tránsito, se destinará a planes de tránsito, educación, dotación de equipos, combustible y seguridad vial, salvo en lo que corresponde a la Federación Colombiana de Municipios y los particulares en quienes se delegue y participen en la administración, liquidación, recaudo y distribución de las multas (Congreso de la República, 2002).

Pero dado que la eficacia de todo sistema sancionatorio depende en gran medida de la eficiente aplicación de las respectivas sanciones a los infractores, el legislador creó un sistema de información constituido por otros subsistemas que permitirían garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley en todo el territorio nacional; por lo tanto, los organismos de tránsito de cada municipio o ente territorial han aumentado de manera significativa su planta de personal, específicamente en las oficinas de jurisdicción coactiva en las inspecciones de tránsito, con el propósito de cumplir la Ley y, de manera más cruda, de servir como instrumento del poder, garantizado a través de la burocracia de los funcionarios que vincula a esa tarea.

La eficacia de la norma no es un debate pasivo y mucho menos zanjado, está presente, de manera permanente, en los distintos momentos de la sociedad y por eso es imprescindible concretar los puntos y visiones desde los cuales en este documento se asume el concepto de eficacia.

La «norma eficaz» puede ser entendida tanto en sentido jurídico como en sentido sociológico, para los efectos del asunto bajo revisión resulta más relevante la concepción sociológica.

En sentido sociológico, la *eficacia* se refiere a la forma y al grado en que la norma es cumplida en realidad. Norberto Bobbio (1987, p. 20), filósofo italiano, indica que la *eficacia* tiene que ver con que la norma sea o no cumplida a cabalidad por sus destinatarios, y señala la necesidad de tener siempre en cuenta tres criterios de valoración: justa e injusta, eficaz e ineficaz, válida e inválida; si la norma no es cumplida, esta debe hacerse valer por los medios coercitivos diseñados por la autoridad.

Jürgen Habermas (citado en Ramírez, 2011) ha considerado, en el análisis multifacético e integrador del derecho, que no basta que la norma exista formalmente, sino que se cumpla la función para la cual fue creada. Por otro lado, González (2003, p. 55) concibe que la eficacia en general hace referencia a los efectos de las normas, esto es, a la aplicación o puesta en práctica de las mismas y, por lo tanto, a la realización del contenido en ellas expresado. De modo que el derecho será eficaz si y solo si consigue dirigir el comportamiento humano. Como señala González (2003), la efectividad trata precisamente de indagar y de analizar las consecuencias de la aplicación de las normas para poder así contrastarlas con la intención del legislador, «con los intereses objetivos de política legislativa que determina su producción» (p. 51).

CONCLUSIONES

En la teoría del derecho, la eficacia social de las normas es asimilada al cumplimiento de las mismas, siempre bajo la premisa de que en el caso de que la norma sea acatada en su integridad, ello sería suficiente para superar la situación, hecho o conducta que motivó el nacimiento en el órgano legislativo de la misma.

La Corte Constitucional colombiana señala en la Sentencia C-443/1997 que la eficacia sociológica se ocupa de lograr que las normas alcancen sus objetivos y sean cumplidas y aplicadas, y que al menos en caso de desatención se imponga la sanción correspondiente.

Aquí es importante retomar, de la mano de Soriano (1997, pp. 382-384), aquella función que le han asigando los sociólogos del derecho a este último, ya que en una sociedad como la nuestra es de suma importancia si el derecho está cumpliendo la

función atribuida y si las normas están cumpliendo su cometido, para poder lograr una aproximación acertada a las razones por las cuales parece incuestionable que las normas solamente se atiendan parcialmente, como sucede en el caso de las normas de tránsito en Colombia.

En su trabajo, Soriano hace referencia a Talcott Parsons, quien ha sido reconocido por su conservadurismo en la apreciación que realiza del papel del Derecho; según este autor el derecho es el subsistema social que contribuye a la estabilidad haciendo frente a cualquier intento de cambio localizado, la función del derecho es de instrumento de integración social y dicha función es realizada a través de la legitimación, la interpretación, la sanción y la jurisdicción. (Soriano, 1997, p. 383).

En la misma línea, Norberto Bobbio (1987) se fija en lo que el derecho significa para los comportamientos sociales; según Bobbio, se les reprime con sanciones negativas o se les incentiva, razón por la cual establece que la función del derecho se circunscribe a una actividad opresora o incentivadora que permite definir el criterio, para pregonar la existencia de un Estado social o liberal.

Por su parte, Manfred Rehbinder (1981) señala como funciones del derecho: «a) resolución de conflictos, b) orientación del comportamiento para evitar conflictos, c) Legitimación y organización del control social, d) configuración de las condiciones de vida» (p. 155), y además indica que gracias al derecho se puede tener claro el comportamiento esperado por los sometidos al mismo, lo que permite establecer como función principal la actividad reguladora del derecho.

Así mismo, Vincenzo Ferrari en su obra *Funciones del derecho* (1989), le asigna tres funciones principales al derecho: a) orientación social de la conducta, b) tratamientos de conflictos declarados, y c) legitimación del poder (pp. 110-126).

Otros autores como Adam Podgórecki (1974), W. Aubert (1989), D. Milovanovic (1994), Steve Vago (1991), coinciden, en general, en la visión del derecho como el mecanismo de control social y de ordenamiento al interior de la sociedad.

La función que se le asigne al derecho resulta determinante para el resultado que se espera obtener cuando se promulga una norma jurídica, entendida como disposición positiva de los mandatos del legislador, y en el caso colombiano, como una de las únicas herramientas para asegurar un comportamiento adecuado en materia de tránsito, tal como se ha pretendido.

De todo lo anterior se puede concluir que la situación frente al cumplimiento de las normas de tránsito requiere de acciones muy concretas que superen lo atinente a la generación únicamente de leyes, ya que está debidamente identificado que la efectividad de estas depende más de la certeza de sanción que de su severidad; sin embargo, en nuestro país se ha optado por la última medida.

La posición irreconciliable que surge y que debe ser superada es que el propio Estado es el principal beneficiario de la cultura del incumplimiento, ya que el

presupuesto para planes viales, capacitación y logística que requieren las unidades de tránsito es netamente cubierto con el ingreso por sanciones.

Abordar, el problema de las contravenciones a las normas de tránsito requiere que este sea asumido no solo desde el punto netamente jurídico, sino desde la convergencia de disciplinas que permitan consolidar respuestas de fondo a esta problemática.

REFERENCIAS

- Bottoms, A. (1995). *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*. Oxford: Clarendon.
- Beccaria, C. (2000). *De los Delitos y de la penas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (1987). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis.
- Chamorro, H. E. (2005). El concepto de anomia, una visión en nuestro país. En *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, 1-24.
- Congreso de la República. (2002). *Ley 769 de 2002, por la cual se expide el Código Nacional de Tránsito Terrestre y se dictan otras disposiciones*. En *Diario Oficial*, (44.893). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2010). *Ley 1383 de 2010, por la cual se reforma la Ley 769 de 2002 - Código Nacional de Tránsito, y se dictan otras disposiciones*. En *Diario Oficial* (47.653). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Congreso de la República. (2013). *Ley 1696 de 2013, por medio de la cual se dictan disposiciones penales y administrativas para sancionar la conducción bajo el influjo del alcohol u otras sustancias psicoactivas*. En *Diario Oficial* (49.009). Bogotá: Imprenta Nacional.
- Corte Constitucional. (2004). *Sentencia T-115*. Bogotá: Dr. Jaime Córdoba Triviño.
- Dahrendorf, R. (1994). *El conflicto social moderno*. Madrid: Anthropos.
- Dirección Nacional de Tránsito y Transporte. (2014). *Informe sobre comparendos por embriaguez*. Bogotá: Autor.
- Durkheim, É. (1987). *De la división del trabajo social*. Madrid: Ediciones Akal.
- Durkheim, É. (2006). *El suicidio*. México D.F.: Grupo Editorial Éxodo.
- Federación Internacional de Automóvil. (2013). *Carretera segura*. Buenos Aires: Autor.

- Fondo de Prevención Vial. (2013). *Indicadores de desempeño de la seguridad vial en Colombia*. Bogotá: Autor.
- García, V. M. (2009). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre – Dejusticia.
- García, V. M. (2004). *No solo de mercado vive la democracia*. En *Revista de Economía Institucional*, 6(10), 95-134.
- Garfinkel, H. (2004). *Studies in Ethnomethodology*. En *Cambridge Polito*, 150-153.
- Girola, L. (2005). *Anomia e individualismo, del diagnóstico de la modernidad de Durkheim al pensamiento contemporáneo*. México: Anthropos.
- González, O. M. (2003). *Ineficacia, anomia y fuentes del derecho*. Madrid: Dykinson.
- Guiddens, A. (1971). *Capitalism and Modern Social Theory*. London: Cambridge University Press.
- Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2013). *Informe de Gestión*. Bogotá D. C.
- L. P. N. (2009). *El Populismo punitivo: del Estado social al Estado Penal*. Brasil.
- Lamnek, S. (1980). *Teorías de la Criminalidad*. Madrid : Siglo Veintiuno Editores.
- Lipovetsky, G. (1996). *El crepúsculo del deber*. Barcelona: Anagrama.
- López, M. (2009). *El concepto de anomia de Durkheim y las aportaciones posteriores*. En *Iberofórum- Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, 4(8), 130-147.
- Manfred, R. (1981). *Las funciones sociales del derecho*. En *Revista chilena de derecho*, 8(1/6) 155-170.
- Merton, R. K. (2002). *Teoría y estructura social*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Monereo, P. J. (2008). *El pensamiento político-jurídico de Durkehim*. En *ReDCE*,(9), 387-432.
- Nino, C. (2005). *Un país al margen de la Ley*. Buenos Aires: Ariel.
- Organización Mundial de la Salud. (2009). *Informe sobre la situación mundial de la seguridad vial: Es hora de pasar a la acción*. Ginebra: Autor.
- Organización Mundial de la Salud. (2013). *Global Status Report on Road Safety*. Luxemburgo: Autor.
- Orrú, M. (1987). *Anomie: History and Meanings*. London: Allen & Unwin.
- Parsons, T. (1974). *La sociedad: Perspectivas evolutivas y comparativas*. México: Trillas.

- Personería de Bogotá (2014). *Informe movilidad viola el debido proceso en fotomultas*. Delegada para movilidad
- Ramírez, L. E. (2011). *La eficacia jurídica y sociológica de los derechos fundamentales de las trabajadoras sexuales en Colombia*. Revista Nova et Vetera, (20)64, 29-42.
- Reyes, M. V. (2004). *La Anomia revisitada en hombros de Merton*. En *Revista Colombiana de Sociología*, (22), 153-162.
- Reyes, M. V. (2010). *El conflicto normativo en Colombia, concepto de anomia, espacio anómico y tiempo anómico*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Roberto, R. S. (1978). *Bogotá, su desarrollo actual y futuro*. Bogotá: Cámara de Comercio.
- Soriano, R. (1997). *Sociología del derecho*. Barcelona: Ariel S.A.
- Secretaría Distrital de Movilidad. (2014). *Informe de multas y comparendos 2013-2014*. Bogotá: Autor.
- Velásquez. (1995). *Derecho Penal Parte General*. Bogotá: Temis.

El principio de confianza legítima de la *lex mercatoria* en el contrato estatal de compraventa¹

The Lex Mercatoria-legitimate expectation principle in State Purchase Agreement

Carolina Romero Burbano²

INTRODUCCIÓN

Con el paso del tiempo la forma de estudiar y comprender el derecho se ha transformado. Aquellas definiciones con las que aprendimos en las clases del pregrado el derecho formal, positivista, interno y controlado por cada Estado, ha cambiado. El derecho de concepciones estáticas e inmodificables ha evolucionado a un derecho dinámico y moderno.

Así, las sociedades se han encontrado con fenómenos cambiantes que han dado origen a una interpretación jurídica diferente, transformadora de los conceptos convencionales del derecho, a los que se les ha denominado de diferentes formas: nuevo orden mundial, mundialización o, el más insinuado, globalización.

1 Artículo de Reflexión. El presente trabajo fue desarrollado en el marco de los cursos regulares del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá y se encuentra vinculado al proyecto de investigación «Las medidas cautelares en el proceso administrativo como instrumentos garantistas en la efectividad de los derechos».

2 Abogada de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Especialista en Derecho Administrativo y Comercial de la Universidad del Rosario de Bogotá y en Seguridad Social de la Universidad de San Buenaventura de Cali. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda de Bogotá. Candidata a Doctora en Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá III Cohorte. Abogada asesora y docente de la Universidad de San Buenaventura de Cali en el área de derecho público. Correo electrónico: carolinaromero81@hotmail.com

En este contexto, los Estados se ven obligados a ceder el espacio de su esfera interna al entorno jurídico internacional, y a implementar un medio jurídico distinto al manejado tradicionalmente. Se habla cada vez de un derecho común, para la solución de los conflictos comerciales y mercantiles de los contratos, caracterizados por la flexibilidad, la eficacia, la eficiencia y la universalidad.

Es sabido que el actual sistema legal de contratación estatal de compraventa no satisface los requerimientos de los actores internacionales del comercio. Estos buscan estructurar una alternativa jurídica que se adecue a sus operaciones y necesidades: la repetición de cláusulas contractuales y la elaboración de contratos tipo, la consolidación de usos y costumbres mercantiles, la utilización del arbitraje internacional en la solución de sus conflictos comerciales, la creación de regulaciones profesionales, y la realización de diversos esfuerzos de armonización y unificación internacional de sus normas están al orden del día.

Cada vez más las tendencias regulativas son enmarcadas en la concepción de la *lex mercatoria* (Afanador, 2009), entendida como el conjunto de principios, reglas, usos e instituciones de derecho mercantil y comercial que poseen una vocación para ser utilizados como un derecho de clase, informal e internacional, regulado jurisdiccionalmente por el arbitraje internacional, que tiene como objetivo flexibilizar las relaciones comerciales entre los Estados en un ambiente de confianza recíproca.

GLOBALIZACIÓN, PLURALISMO JURÍDICO E INTERLEGALIDAD

El marco de la globalización estudiada por la sociología la que propone una multitud de sociedades nacionalmente organizadas que se mueven hacia una única sociedad mundial, en la que la noción de *Estado-nación* con su concepto de soberanía territorial inquebrantable es atravesada por nuevas concepciones de ordenamientos jurídicos que le son ajenas, sin la existencia de un marco político, ideológico, cultural y jurídico que dé coherencia a la gestión global. Se trata de un proceso de globalización que lejos de ser lineal o inequívoco es contradictorio, donde las relaciones sociales parecen «desterritorializarse», donde el derecho no puede entenderse con la idea local conservada por el Estado-nación, y se abre campo a concepciones del derecho moderno como el pluralismo jurídico, como un problema de definición del derecho, objeto de estudio de los juristas; en palabras de Michael Foucault: «El hecho de que muchas cosas sean tópicos, que las pasemos por alto en nuestra vida diaria porque las damos por hecho, hace que el estudio de ellas sea especialmente interesante». Este pluralismo jurídico deja de lado la visión del derecho desconectado de la vida social que invierte el derecho estatista, ahistórico, confrantacional, falsamente universal y excluyente, dando paso a formas de diálogo más democráticas entre las prácticas del Estado y las prácticas de grupos sociales articuladas a través de normas jurídicas

particulares (Higuera, 2007, p. 21). Es, pues, un diálogo entre la sociedad y el derecho estatal para proporcionar una mejor idea de lo que es el derecho.

Por la naturaleza excluyente del Estado, su lenguaje formalizado, sus prácticas autoritarias y su modelo confrantacional de resolución de conflictos son todas denuncias válidas del pluralismo contra el centralismo jurídico, que conlleva el monismo jurídico: en el que existe un solo sistema jurídico y político centralizado y jerarquizado por el Estado-nación, en el que existe un soberano indivisible, un solo individuo con el poder creador del derecho y fuente única del poder político que garantice la cohesión y carácter unitario de la nación, en el que dicho individuo expide normas jurídicas con carácter general y abstracto que constituyen un sistema claramente estratificado y coherente (Higuera, 2007, pp. 13 - 14).

En el monismo jurídico liberal o centralismo estatal o lo que Boaventura de Sousa Santos denomina el *paradigma convencional*, el derecho es similar al derecho con características como la sistematización e institucionalización de normas, la seguridad, la previsibilidad de los comportamientos y decisiones, en el que una institución democrática se encarga de su administración y la garantía coactiva de su cumplimiento; siendo derecho y sociedad dos entidades separadas e independientes que solo se relacionan en el campo de la eficacia jurídica, en el espacio del cumplimiento social del derecho.

Eugen Ehrlich, autor reconocido como precursor del pluralismo jurídico, señala en el texto *Sociología y Jurisprudencia* que el derecho del Estado no es el único derecho presente en la sociedad. Ehrlich articula la idea de «derecho vivo» para definir órdenes normativos paralelos al Estado que surgen en la vida social como forma de autorregulación y que llegan a ser más importantes para la sociedad que el propio derecho creado y sancionado por el Estado, por lo que se interpreta que *derecho* es solo lo que emana del Estado consolidado a través de la cohesión estatal, lo demás sería uso moral. En la anterior afirmación en la que se encuentran dos postulados básicos del pluralismo jurídico; por un lado, el traslado del estudio del derecho a la sociedad amplía el estudio del derecho de lo interno a lo externo y, por otro, critica los postulados de exclusividad, homogeneidad, unidad y coherencia del derecho sobre los que se funda el Estado-nación, en el que el derecho sería solo uno entre los muchos derechos que existen en la sociedad, y siquiera el más importante.

Respecto al pluralismo jurídico presente en un mismo sistema, en el trabajo de Arnaud (1995) se distinguen dos tipos de pluralismo jurídico: el pluralismo jurídico interno, en el que dentro de un único sistema jurídico se pueden aplicar diferentes reglas a la misma situación, y el pluralismo jurídico externo, en el que coexisten diferentes órdenes legales con vínculos entre ellos. Este pluralismo jurídico reconoce que en los Estados han coexistido y coexisten diversos sistemas jurídicos distintos al del Estado.

Aparece conexas a esta interpretación del pluralismo jurídico la noción de *interlegalidad* desarrollada por Boaventura de Sousa Santos, al referirse a las interacciones entre órdenes legales coexistentes, sin estar autocontenidos, estar en conflicto uno con otro o ser sustancialmente diferentes; problema jurídico actual que es visto con escepticismo por el discurso jurídico tradicional del monismo jurídico liberal, estatal y positivista.

La *interlegalidad* del pluralismo jurídico se asocia al término *sentido común legal* que nos permite comprenderlo, que se puede dar entre la clase dominante cuando el derecho estatal no se adecua, se aplica su propio derecho privado, como es la aplicación de la *lex mercatoria* en general, y en particular el principio de confianza legítima de la *lex mercatoria* al contrato estatal de compraventa.

COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS Y LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Nuestro país, en este marco normativo especializado y propio de los privatistas, incorporó a su legislación la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (Consejo de Estado. Sección III. Sentencia N.º 13097, 12 de Octubre de 2000. Perfeccionamiento del Contrato. Acción Contractual, 2000), mediante la Ley 518 de 1999, vigente a partir del 1 de Agosto de 2002, según lo dispuesto en el Decreto 2826 del 21 de diciembre de 2001. Ello, en desarrollo del concepto de globalización que busca la integración de las economías nacionales en la economía mundial, en apertura del mercado de bienes y capitales, en un ambiente de unificación desde el ámbito no solo económico, sino jurídico, social y político, que permitan una real armonización internacional.

Este acontecimiento es de tal significación en el mundo jurídico y de los negocios que las normas civiles y comerciales que usualmente regulan los contratos de compraventa dejan de regir cuando ese contrato es internacional, aplicándose en su lugar la Convención, a menos que en dicho contrato se acuerde su inaplicación (Galán Becerra, 2004).

Se encuentra entonces en este punto el contraste entre esta forma de contratación incorporada a nuestra legislación y la definición y caracterización del contrato estatal el cual se encuentra regulado por la Ley 80 de 1993, modificada por la Ley 1150 de 2007, en la que se establece que el contrato estatal es aquel celebrado por las entidades del estado entre ellas y de estas con los particulares, que responde a las características de bilateralidad, conmutatividad y solemnidad, potestades exorbitantes, unilaterales de la administración, mutable respecto de los fines pero inmutable frente a su contenido económico; con fundamento normativo además de las citadas normas en los artículos 1 (forma de estado: social de derecho), 2 (fines esenciales del Estado), 4

(supremacía de la Constitución), 13 (derecho a la igualdad), 83 (principio de la buena fe), 116 (particulares en ejercicio de la administración de justicia), y 209 (principios de la función administrativa) de la Constitución Política de Colombia.

La Ley de Contratación Estatal establece reglas para la aplicación de cada principio; los principios rigen tanto para la entidad estatal como para el particular, el incumplimiento de cualquier principio de una norma general, genera nulidad absoluta. Están inmersos en todas las etapas de la contratación y son enumerados como: 1. Transparencia; 2. Economía que se deriva en el principio de planeación, celeridad del derecho administrativo, mecanismos alternativos de solución de conflictos y garantía única; 3. Responsabilidad, del servidor público y del contratista; 4. Adecuación contractual; 5. Selección objetiva; 6. Principios de la interpretación de los contratos del derecho privado desde los fines estatales, la eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados; 7. Principios generales del derecho como el Principio de fraude a la Ley, el Principio de abuso del derecho, el Principio de equivalencia de las prestaciones, el principio de la Buena Fe, el principio de Enriquecimiento sin causa; 8. Los Principios de los contratos como Autonomía de la voluntad: libertad contractual y moral, Efecto relativo de los contratos, Intangibilidad y Consensualidad y; 9. Principios del derecho administrativo como Principio de legalidad y la Primacía del interés general o público.

Los elementos esenciales del contrato estatal son: los sujetos, la entidad pública con potestad o el poder de contratar, el particular o entidad con capacidad para contratar ausentes de causales de inhabilidad e incompatibilidad, con un consentimiento libre de vicios como el error, la fuerza y el dolo; el objeto debe ser lícito y la causa, el motivo determinante de la declaración de voluntad, determina las obligaciones de contratante y contratista, el contrato estatal debe estar en perfecta armonía con la necesidad del servicio y el interés general.

El contrato estatal se perfecciona (Consejo de Estado. Sección III. Sentencia N.º 13097, 12 de Octubre de 2000. Perfeccionamiento del Contrato. Acción Contractual, 2000), conforme al art. 41 de la Ley 80 de 1993, cuando se logre un acuerdo entre las partes respecto del objeto, la contraprestación y se eleve a escrito. Para su ejecución requerirá de la disponibilidad presupuestal por parte de la entidad contratante (certificado de disponibilidad presupuestal CDP), la aprobación de la garantía constituida por el contratista con una aseguradora de riesgos frente al cumplimiento del contrato y el pago de prestaciones sociales y, la acreditación del paz y salvo con las obligaciones parafiscales y cajas de compensación.

El perfeccionamiento entonces se da ante el cumplimiento de los primeros requisitos, pero no podrá ejecutarse hasta que se cumplan los requisitos establecidos para ello.

En el caso de la Urgencia Manifiesta, contemplado por el art. 42 de la Ley 80 de 1993, se prescinde del contrato escrito y acuerdo sobre la contraprestación o remuneración, debe dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la

entidad contratante; si con posterioridad no se llegase a acuerdo respecto del precio a pagar por el contrato, se determinaría desde los justos precios impartidos por el mercado o se nombraría un perito por las partes para ello.

Existe urgencia manifiesta (Corte Constitucional. Sentencia C-0772 de 1998. Urgencia Manifiesta, 1998) cuando la continuidad del servicio exige suministro de bienes o la prestación de servicios, o ejecución de obras de inmediato; en situaciones relacionadas con Estados de excepción, Conjurar situaciones relacionadas con hechos de calamidad o fuerza mayor —desastres que demanden actuación inmediata, que genera una contratación directa por el caso particular de urgencia—.

La urgencia manifiesta se declarara mediante actos administrativo motivado y permite el traslado presupuestal interno requerido dentro del presupuesto de la entidad pública.

El control de la urgencia manifiesta lo ejerce el organismo encargado del control fiscal dentro de la entidad, que debe emitir concepto dentro de los dos (2) días siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron la expedición del acto administrativo de urgencia manifiesta.

La Ley 80 de 1993 enuncia la tipología de contratos celebrados por las entidades del estado bajo su potestad para contratar, enumerándolos como: Contrato de obra, contrato de consultoría, contrato de prestación de servicios, contrato de concesión, encargos fiduciarios y fiducia. Puede entonces, en este sentido, clasificarse al contrato estatal de compraventa como un contrato típico regulado normativamente en su definición y elementos por el derecho privado, pero que para el caso particular de las entidades estatales se rige por las normas propias de la Ley de Contratación Estatal, siendo este uno de los puntos planteados en esta discusión, en la que interesa establecer los beneficios de aplicación de un principio como es el de confianza legítima propio de la *lex mercatoria* a la rigidez establecida por la normatividad de la contratación.

EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA

La buena fe como principio de derecho tiene aplicación en el derecho internacional público y privado, consagrado desde la Constitución de 1991 en su artículo 83 en el que se establece el comportamiento de los particulares con la administración y de esta con el particular cuando adelanta algún tipo de trámite, sin que pueda exigirse requisitos adicionales o se les señalen procedimientos no establecidos previamente.

El principio de confianza legítima se encuentra integrado al principio constitucional de la buena fe, como mecanismo encargado de conciliar los conflictos que se presentan entre los intereses del Estado y los particulares, siendo un ejemplo de su aplicabilidad el hecho de que la administración modifique unilateralmente las condiciones al particular, situación que genera en él desconfianza frente a la actuación

de esa administración. Según las circunstancias la administración en ejercicio de este mecanismo de confianza legítima debe permitir al particular la adecuación de su comportamiento a las nuevas condiciones que se establecen.

Se trata de un principio de particular importancia que identifica en la administración pública el poder del Estado, con especiales prerrogativas de las que no goza el particular, generando para este situación de desigualdad frente a este poder. La contratación estatal consagrada en la Ley 80 de 1993, es uno de los mecanismos para el cumplimiento de los fines del Estado, en la que prevalece la supremacía jurídica de la administración pública sobre el contratista.

Principio de buena fe, con el principio de confianza legítima que se integra a la Ley 80 de 1993, que en su artículo 23 se establece como uno de los principios rectores de la contratación estatal, es el principio que informa toda la actuación del proceso de contratación, no solo sus cláusulas, y está presente en la etapa precontractual, contractual y en la liquidación del proceso, por lo que debe ser tenido en cuenta por la administración contratante y el particular contratista. Las manifestaciones de este principio en cada una de las etapas contractuales son las siguientes:

En la etapa precontractual se exige a la administración elaborar un pliego de condiciones que establezca los requisitos para el cumplimiento de los fines del Estado, en procura de la selección objetiva de los contratistas; y al proponente que debe adoptar frente a la administración un comportamiento transparente y de buena fe, sin que se induzca a la administración a cometer errores por suministrar una información que no corresponda a la realidad.

En la etapa contractual, durante la ejecución del contrato, la administración, antes de declarar el incumplimiento por parte del contratista, debe requerirlo para que contradiga las pruebas de su incumplimiento en la ejecución contractual, que de no hacerse se presentaría como una violación al debido proceso y derecho de defensa o contradicción.

En la etapa de liquidación, la administración debe obrar bajo el principio de confianza legítima, por cuanto en la celebración del contrato el Estado persigue cumplir sus fines en aras de satisfacer el interés general, mientras que el contratista persigue el interés personal de lucro. Por tanto si las condiciones económicas que se establecen en el contrato varían en detrimento del contratista la administración debe reconocer los mayores costos, pues de lo contrario se podría incurrir en detrimento de su patrimonio y enriquecimiento sin causa para el Estado; teniendo como excepción la teoría de la imprevisión en aquellos casos en que el contratista debe asumir los costos de riesgos adicionales a los normales en la contratación, sin que pudiera exigirse a la administración su reconocimiento so pretexto del restablecimiento del equilibrio económico entre las partes del contrato.

El contrariar el principio genera para la administración la declaratoria de nulidad del contrato o incumplimiento del mismo con la pertinente indemnización de perjuicios para el contratista o la administración según el caso, además de la sanción

de inhabilidad y cancelación de inscripción en caso de información fraudulenta o inexacta en el Registro de Proponentes cuando el contratista se inscribe en la Cámara de Comercio.

Los principios en general pueden definirse ontológicamente como los valores con los que se regulan las relaciones de las partes de un contrato, imprescindibles en la interpretación normativa del derecho aplicable al contrato. Desde esta concepción, tanto la ley de contratación estatal internacional de compraventa de mercaderías como la ley de contratación estatal se enmarcan en los principios generales del derecho como el de la buena fe, celeridad, economía y transparencia; interpretado el primero de ellos (en el marco jurisprudencial) como el de confianza legítima en materia de contratación internacional en particular, donde se permite la entrada de los Principios de UNIDROIT —entre los que se encuentra específicamente la confianza legítima (Principios de Unidroit, Versión 2004) entre las partes del contrato—, que sirven de fundamentos de interpretación en caso de dificultad en las distintas etapas contractuales.

Para el caso de la interpretación de la Convención, allí específicamente se señaló que «se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional» (Convención de Viena sobre compraventa internacional de mecaderías, 1980).

En cuanto al cubrimiento e integración de las lagunas de su texto, la Convención dispone que tales cuestiones «se dirimirán de conformidad con los principios generales» (Convención de Viena sobre compraventa internacional de mecaderías, 1980) en los que ella se basa, aspecto del que la doctrina internacional y los laudos arbitrales internacionales se han encargado de analizar lo suficiente.

La inserción de los principios generales del derecho en el ordenamiento jurídico plantea un conjunto de cuestiones que abarcan desde la prescripción que obliga a los jueces de la administración a fallar o a resolver, según sea el caso, una controversia o pretensión del particular, hasta el tipo de fuente, su grado de relación y el papel que desempeña la analogía como técnica de interpretación (Cassagne, 2009).

La concepción de *principio* está planteada y la noción de *bloque de constitucionalidad* consagrada en el art. 93 de la Constitución Política, que se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto se encuentran normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (Corte Contitucional, Sentencia C-225 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero; Sentencia C-578 de 1995 y Sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., 1995 y 1997).

La Corte Constitucional en un intento de aclarar el problema de los Principios Generales del Derecho, planteada desde la dificultad, indicó que:

¿A qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión Principios Generales del Derecho en el contexto del Artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de Derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo Derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del Derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? (Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995)

El sistema colombiano faculta al juez de la causa a acudir acontentidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema remite formalmente —siendo ejemplo de ello Derecho natural, la equidad, la buena fe, el enriquecimiento sin causa, la teoría de la imprevisión—, en últimas, a los *Principios Generales del Derecho*, expresiones todas que claman por una concreción material que solo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no colmen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución.

En términos de Carrió:

Pueden ser llamados ‘principios jurídicos’ en cuanto se refieren a aquél (el Derecho) pero no en cuanto partes de él” Y añade: “el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor”, o se incorporen al ordenamiento -agrega la Corte- por disposición del legislador (Carrió, citado en Corte Constitucional, Sentencia C-083 de 1995).

Ahora bien, cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de escoger por una entre diversas interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante papel las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 de la Carta como «criterios auxiliares de la actividad judicial».

Si un juez, en la situación límite antes detallada, acude a la equidad como cimiento de su fallo, no habrá hecho nada diferente de proyectar al caso *sub judice* su pensamiento de lo que es la justicia, edificando a partir de ella un principio que materialmente no hace parte del sistema pero que encuentra en él su fundamento formal. El juez en cuestión deberá entonces esmerarse en revelar que su decisión está justificada por un principio ético o político (en todo caso extrajurídico), al que él adhiere y a cuya invocación lo autoriza expresamente el Derecho positivo. No será, pues, su determinación arbitraria la que informe el fallo, sino las ideas, genéricamente mentadas por el ordenamiento como Derecho natural o equidad, esta última en el

más inflexible sentido aristotélico del término. Una y otra sirven pues al propósito de que el fallo resulte siempre razonable y proporcionado. Los artículos 4° y 5° de la Ley 153 de 1887 resultan, así, corroborados por la nueva Carta.

Es en este punto en el que podría incluirse el objeto de este trabajo al inferirse de remisión que el operador judicial hiciera que los principios contenidos en la Convención de Viena sobre compraventa de mercaderías (Tratado Internacional ratificado por Colombia) y la “*lex mercatoria*” podrían aplicarse a la contratación estatal del principio de confianza legítima en caso de existir conflicto al respecto, siempre que los argumentos sean justos y razonables.

De lo anterior podría en un inicio determinarse que el principio de confianza legítima es aplicable al contrato estatal de compraventa regulado por la Ley 80 de 1993 a partir de la aplicación de los principios generales del derecho (Artículo 23, Ley 80 de 1993) y el artículo 83 de la constitucional.

DE LA *LEX MERCATORIA*

Lex mercatoria, entendida como un conjunto de principios, un ordenamiento jurídico autónomo que en su contenido abarca un conjunto de reglas jurídicas coherentes, entre los que se encuentra el principio de confianza legítima en materia de contratación mercantil, es enunciado por UNIDROIT en su versión 2004, de la siguiente manera:

ARTÍCULO 1.8

(*Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium*).

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

El principio de contratación se ha desarrollado desde la concepción de la *lex mercatoria* como la manifestación del creciente desencanto de la sociedad comercial internacional por los ordenamientos jurídicos nacionales, en el que las compañías mercantiles que operan internacionalmente han ido progresivamente resolviendo sus controversias al margen de la regulación propia de cada Estado demostrando una desconfianza en las jurisdicciones nacionales (costosas y desesperadamente lentas) al ir sometiendo sus litigios a decisiones arbitrales o mediadores internacionales que han ido aplicando un derecho privado de carácter consuetudinario, flexible y eficaz.

Las legislaciones nacionales se están volviendo irrelevantes en lo que se refiere a muchos contratos mercantiles transnacionales para desconcierto de muchos juristas, abogados y la doctrina oficial que contemplan con impotencia el crecimiento e implantación de este derecho privado autónomo y transfronterizo.

La nueva *lex mercatoria* ha surgido de la práctica del derecho comercial internacional actual que ha ido dando cabida a las cláusulas de sometimiento voluntario a cortes arbitrales internacionales para que resuelvan, no conforme a las leyes nacionales, sino conforme a equidad (*ex aequo et bono*) basados en los principios generales de derecho comercial (internacional) y en sus propios conocimientos sobre las costumbres mercantiles. La globalización o internacionalización del comercio ha cambiado muchas cosas, entre ellas, nuestra forma de concebir el derecho.

El actual derecho comercial internacional se está expandiendo de manera espontánea y acelerada. La jurisprudencia arbitral está tomando forma y se están haciendo intentos diversos por compilar o sistematizar sus reglas y principios. La práctica de los comerciantes, las sociedades transnacionales, los abogados de grandes y pequeños despachos (*lawfirms*) de derecho mercantil, los consultores y promotores del comercio exterior, la de los propios árbitros internacionales, atestigua el uso reiterado de un derecho comercial internacional flexible, dinámico, informal y al mismo tiempo con carácter universal al margen del Estado.

El uso permanente en el comercio internacional de los Incoterms, los créditos documentarios, los diversos formatos de contratos tipo internacionales que proporcionan estabilidad y seguridad por su carácter normalizado (*master agreements* multiproductos, de compraventa internacional, de intermediación u otros acuerdos marcos de operaciones financieras tipo ISDA) y el creciente sometimiento a los arbitrajes internacionales en caso de discrepancias son manifestaciones evidentes de estas modernas prácticas comerciales.

La *lex mercatoria* y sus principios son un derecho fruto de las necesidades de las relaciones mercantiles mundiales (globalizadas) creado por la clase empresarial/comercial (*business community*) sin la mediación del poder legislativo de los Estados. Además, no precisa recurrir en su mayor parte de la fuerza coactiva monopolizada por los Estados; se disciplina por las propias reglas uniformes que se generan espontáneamente entre los actores comerciales de los mercados mundiales.

Solo excepcionalmente se recurre a los órganos jurisdiccionales de los Estados nacionales para hacer cumplir ciertos laudos no acatados voluntariamente. Los Estados, además de intervenir en estos casos solo subsidiariamente, ven cómo pierden cada vez más el control y planificación de los flujos de riqueza. Es un engorroso enigma para el positivismo actual.

A pesar de que no exista un código sustantivo que se denomine *Lex Mercatoria*, se identifica como un ordenamiento jurídico autónomo, puesto que tanto el comercio como el arbitraje internacional permite a las partes elegirla como el derecho aplicable o en caso de ausencia de la voluntad expresa de estas partes, y al tribunal de arbitramento aplicarla si considera ser más adecuada para solucionar el litigio.

Para el caso particular de los contratos internacionales con Colombia en general desde la aprobación del tratado internacional de compraventa de mercaderías con la

Ley 518 de 1999 la *lex mercatoria* es aplicable sin que exista controversia al respecto, máxime cuando, como se ha expuesto en este capítulo, se trata de un derecho global aplicable a las relaciones de comercio que va más allá de las regulaciones internas de los Estados en donde las partes contratantes deciden el derecho aplicable o en su defecto el tribunal de arbitramento que resuelva la controversia entre ellos.

CONCLUSIONES

No se trata de inaplicar el principio de confianza legítima que regula el contrato estatal de compraventa para aplicar el principio de confianza legítima de la *lex mercatoria*, de lo que se trata es de correlacionarlos para conseguir una contratación estatal más flexible que garantice el interés general y el fin estatal de la contratación. Toda vez que la concepción del principio de confianza legítima de la *lex mercatoria* y el de la contratación estatal se definen como el principio que permite conciliar las diferencias entre las partes contratantes, en donde ni la administración, ni el particular pueden en sus actuaciones contractuales ejercerlas con arbitrariedad la primera y actuar en contra de las condiciones establecidas los segundos.

Los anteriores son criterios consagrados en la legislación internacional adoptada por nuestro país que permiten la negociación internacional a través de la figura de compraventa internacional de mercaderías, que permite apertura al desarrollo económico, jurídico y social del Estado colombiano. Ello genera la necesidad de crear bases jurídicas sólidas que permitan enfrentar los obstáculos que se presenten en las negociaciones en este sentido, no solo en el ámbito del derecho mercantil internacional sino, incluso, en el derecho público, al hacerse alusión a la tipología enunciativa de contratos establecida en el Régimen de Contratación Estatal, que abre paso a la celebración de contratos de contenido mercantil por parte de las entidades del Estado, lo que debe generar una regulación frente a la aplicación de los principios que reglamentan este tipo de especial de contratación, y a la celebración de contratos estatales de contenido mercantil en el que la parte contratante es el Estado.

Estudio del tema de contratación estatal de compraventa que debe hacerse desde la óptica de la globalización, el pluralismo jurídico y la interlegalidad enunciada por Santos, que permite la adopción de legislación internacional para la solución de controversias que en este sentido se presenten, según las directrices que indique el propio contrato y en los vacíos de la normatividad por las legislaciones internas de los estados parte del contrato, en temas no regulados por la Convención, como capacidad de las partes y requisitos de validez del contrato, entre otros. Desarrollo de seguridad jurídica en contenidos de contratación estatal de compraventa que solo puede lograrse a partir del estudio que de este tema se haga desde la academia.

REFERENCIAS

- Ahrens, H. (2009). La transformación de la juridicidad en los estados Latinoamericanos. En *El Estado de derecho hoy en América Latina* (137-154). Lima: Encuentro GTZ.
- Ariza Higuera, L. (2007). Estudios preliminares. En Merry, S.E., *Pluralismo Jurídico* (pp. 13, 14 y 21). Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Instituto Pensar, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad de los Andes.
- Cadena Afanador, W. (2009). Impacto en Colombia de la Lex Mercatoria. En *Revista científica Civilizar*, 7(12), 1-21.
- Congreso de la República. (1993). *Ley 80 de 1993*. Artículo 23-De los principios de las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Bogotá: Autor.
- Congreso de la República. (1996). *Ley 270 de 1996*. Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Bogotá: Autor.
- Congreso de la República. (1999). *Ley 518 de 1999*. Bogotá: Autor.
- Consejo de Estado. (2000). Sección Tercera. Sentencia N.º 13097, 12 de Octubre de 2000. Perfeccionamiento del Contrato. Acción Contractual. Bogotá: Autor.
- Constitución Política de Colombia. (1991). Artículo 209. Bogotá.
- Convención Internacional de Compraventa de Mercaderías. (1980). Artículo 7, numeral 1 y 2. Viena: Naciones Unidas.
- Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C - 0772 de 1998*. Urgencia Manifiesta. M.P. Fabio Morón Díaz. Bogotá: Autor.
- Galán Becerra, D. (2004). La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. En *Estudios Gerenciales*, 20(91).
- Griffiths, J., Engle, M. S. y Tamanaha, B. (2007). *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Nuevo pensamiento jurídico. Instituto Pensar. Universidad de los Andes.
- Garzanti. (1981). Enciclopedia de Filosofía. Milán.
- Janeisson, F. (1991). *El posmodernismo o la lógica unilateral del capitalismo avanzado*. Barcelona: Paidós.

- Pérez Herranz, F. M. y Santacreu, J.M. (2006). *Las rutas de la humanidad. Fenomenología de las migraciones*. Simat de la Valldigna: Edicions la Xara.
- Pérez Herranz, F. M. (2010). El sujeto expectante y la globalización. En *Eikasia. Revista de Filosofía*, 5(31), 1-47.
- Principios de Unidroit versión 2004. 1.8.
- Saldivia, L. (2010). Estudios preliminares. En Teubner, G., Sassen, S. y Krasner, S. *Estado, soberanía y globalización* (pp. 22-30). Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Nuevo pensamiento jurídico. Instituto Pensar. Pontificia Universidad Javeriana. Universidad de los Andes.
- Santos, B de S. (1987). Law: A Map of Misreading Toward a Postmodern Conception of Law. En *Journal o Law and Society*, (14), 297 - 298.
- Twining, W. (2003). *Derecho y Globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores. Nuevo pensamiento jurídico. Instituto Pensar. Universidad de los Andes. Bogotá.

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.

¿Qué es una bacrim?¹

Augusto Castañeda Díaz²

INTRODUCCIÓN

Las investigaciones penales se orientan, fundamentalmente, a esclarecer delitos reconocidos formalmente como crímenes convencionales (delitos comunes); sin embargo, ante la presencia de grupos armados organizados al margen de la ley y las violaciones sistemáticas al derecho internacional humanitario, la Fiscalía viene enfrentando la necesidad, cada vez más sentida, de reconocer cuándo se está ante la presencia de *autores* de delitos internacionales - colectivos penalmente responsables.

Lo que se ofrece en estas líneas es una conceptualización básica, a partir de legislación internacional, jurisprudencia y doctrina autorizada, que permite advertir elementos de análisis para identificar los crímenes internacionales, con el propósito de orientar al funcionario judicial (investigador, fiscal, juez) sobre la necesidad de identificar cuándo se está ante dicho fenómeno que exige perfiles investigativos específicos.

1 Este artículo hace parte del proyecto de investigación «La represión penal del crimen organizado: pautas metodológicas para judicializar»

2 Abogado de la Universidad Libre de Colombia, Especialista en derecho penal de la Universidad Santo Tomás, Especialista en derecho Administrativo de la Universidad Libre, Magíster en derecho penal de la Universidad Externado de Colombia; se desempeña actualmente como fiscal de la Dirección Nacional de Fiscalía especializada contra el crimen organizado, ha desempeñado los cargos de magistrado auxiliar de la Sala Penal de la Corte, procurador judicial en la Procuraduría delegada en lo penal ante la H. Corte Suprema de Justicia. Correo electrónico: agcasta@hotmail.com

¿QUÉ ES UNA BACRIM?

Uno de los mayores conflictos del derecho, y por excelencia en el derecho penal, es la pretensión de dar conceptos universales, clasificatorios, «unificados» a los objetos de estudio... así se habla de «acción penal», de «bien jurídico», de «tipicidad», y existen verdaderos tratados para lograr determinar el objeto de estudio de cada concepto; ciencias como la botánica, la zoología y la física se estructuran en su objeto sobre conceptos unificados, con pretensión de universalidad; sin embargo, esto no se puede hacer en el derecho (dar conceptos o definiciones precisas), porque en el derecho hay realidades distintas, se entrecruzan muchos puntos de vista, muchos planos extraordinariamente complejos; no se puede recurrir a sistemas axiomáticos, la sociedad evoluciona (y ahí radica el fracaso de la doctrina penal, en querer definir el concepto, estable, a partir de posturas con pretensión de universalidad)... en las ciencias sociales y de la cultura *el concepto* no puede ser más que una directriz normativa que simplemente nos abre el camino para ir determinando en concreto qué es el objeto de estudio. En las ciencias sociales los conceptos teóricos cumplen el papel de orientador del camino hacia algo para que pueda ser valorado como objeto de estudio.

Esto sucede con los denominados *grupos armados organizados al margen de la ley* y con las *bandas criminales*: ahí se tienen dos nociones que la ley y la doctrina han querido definir, catalogar, clasificar, diferenciar, etc., sin que elaboración dogmática alguna cumpla tales cometidos.

El propósito de esta disertación es precisamente dar directrices básicas (no conceptos) para abordar el asunto.

LOS GRUPOS ARMADOS ORGANIZADOS AL MARGEN DE LA LEY (GAOML)

Con ocasión de planos reales del conflicto armado colombiano, juegan importante papel las definiciones dadas, bien por el gobierno ora por el legislador, sobre qué es un grupo armado al margen de la ley.

El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977), en el Título I, artículo 1, marca las pautas para definir qué es un grupo armado organizado al margen de la ley:

El presente Protocolo, que desarrolla y completa el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 [...] se aplicará a todos los conflictos armados [...] que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre

sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

El presente Protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

A partir de allí, el legislador colombiano definió los grupos armados ilegales así:

De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado al margen de la ley aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas (art. 3 de la Ley 782 de 2002).

En la Ley 975 de 2005 (complementaria de la definición anterior) se entiende por *grupo armado organizado al margen de la ley* «el grupo de guerrilla o de autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones, de las que trata la Ley 782 de 2002»³ (énfasis propio). Nótese bien que la definición de grupo armado al margen de la ley no es cerrada, y puede incluir «otras modalidades», siempre y cuando cumplan los elementos en perspectiva del Derecho Internacional Humanitario (DIH): «la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas».

Ante lo limitativa que puede resultar la definición, surge la necesidad de orientarse por *caracterizar* al grupo, en aras de una construcción cualitativa que supere los defectos de una definición.

Para el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), un grupo organizado al margen de la ley, con la potencialidad de plantear un conflicto a los Estados, se caracteriza por:

1. Que la parte en rebelión contra el Gobierno legítimo posea una fuerza militar organizada, una autoridad responsable de sus actos, que actúe sobre un territorio determinado.

3 Corte Constitucional colombiana. Sentencia C – 771 de 13 de octubre 2011. Advierte que se debe tener en cuenta la definición dada en el párrafo 1º del Artículo 3º de la Ley 782 de 2002, según el cual: «De conformidad con las normas del Derecho Internacional Humanitario, y para los efectos de la presente ley, se entiende por grupo armado al margen de la ley, aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas».

2. Que el Gobierno legítimo esté obligado a recurrir a la Fuerza Pública regular para combatir a los insurrectos.
3. a) Que el Gobierno legal haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes; o bien, b) que el grupo haya reivindicado para sí mismo la condición de beligerante; o bien, c) que haya reconocido a los insurrectos la condición de beligerantes exclusivamente con miras a la aplicación del Convenio; o bien, d) que el conflicto se haya incluido en el orden del día del Consejo de Seguridad de la Asamblea General de las Naciones Unidas como constitutivo de una amenaza contra la paz internacional, una ruptura de la paz o un acto de agresión.
4. a) Que los insurrectos tengan un régimen que presente las características de un Estado. b) Que las autoridades civiles de los insurrectos ejerzan el poder de facto sobre la población de una fracción determinada del territorio nacional. c) Que las fuerzas armadas estén a las órdenes de una autoridad organizada y estén dispuestas a conformarse a las leyes y costumbres de la guerra. d) Que las autoridades civiles de los insurrectos reconozcan que están obligadas por las disposiciones del Convenio (CICR, 2014).

En la práctica, los grupos armados organizados ejecutan acciones de gravedad significativa, mayúscula (asesinatos selectivos, torturas, desplazamientos, violaciones, alineación de milicianos⁴, reclutamientos de niños y niñas de comunidades indígenas⁵, etc.), y por ello sus acciones desde la visión del derecho penal y del DIH no siempre resisten el calificativo de delitos políticos.

LAS PANDILLAS, LOS MARAS, LAS BACRIM

La criminología moderna habla de «formas de criminalidad» e identifica a los colectivos por su extensión y por la intervención en ellas de un mayor número de sujetos, por producir una cantidad notable de víctimas; a ello lo denomina *macrocriminalidad*, que se caracteriza por su cualificación, por el número de sujetos

4 En Colombia, los milicianos o combatientes tienen diferentes nominaciones en los grupos ilegales: «patrulleros, guerreros, milicianos, combatientes», etc., y en no pocas ocasiones son niños menores de 15 y de 18 años.

5 Hecho que limita con contextos de genocidio porque de ese modo se extingue la comunidad aborigen (artículo 101 – 5 del Código penal); con crímenes de guerra cuando se utilizan los niños para encarar conflictos en condición de soldados (art. 8 del ER, conc. Art. 162 del C.P.); o en contextos de crímenes de lesa humanidad (artículo 7 lit. k del ER conc. Art. 170 – 1 del C.P.).

que participan en la comisión de delitos y por el número de víctimas (Rodríguez, 2006), y tiene como rasgos comunes:

- a. Una crueldad excepcional.
- b. Una difusa amenaza para el cuerpo social
- c. Producen un profundo desorden e inquietud en la sociedad
- d. Pluralidad de autores y de víctimas, o de ambos a la vez.
- e. Diversidad de móviles, tanto políticos⁶ como económicos o psicopatológicos.
- f. Las víctimas generalmente están indefensas ante estas formas de criminalidad.

Quizá el ejemplo más importante de la macrocriminalidad es el terrorismo, que generalmente se dirige hacia cualquier tipo de víctima y de forma cruel y violenta (Rodríguez, 2006, p. 172).

La macrocriminalidad como fenómeno de las sociedades es un rasgo característico de permanente presencia; la criminalidad se transforma en la medida que transcurre el tiempo, como es un fenómeno evolutivo, cambiante, vivo, que piensa, su forma de manifestarse se acomoda a los permanentes cambios sociales; la criminalidad va adoptando cambios para adecuarse al grupo social, al contexto social; desde esa perspectiva, la criminalidad «se tecnifica», está a la moda con los procesos tecnológicos del mundo, se afecta por los fenómenos de la globalización.

A imagen y semejanza de los grupos armados ilegales, las bandas criminales son grupos de personas que se organizan de forma más o menos coherente; el origen de una banda es espontáneo: personas que se organizan y se arman, signados por la finalidad de cometer actos delictivos; siguen unos patrones delictivos especiales como desapariciones, masacres selectivas, desplazamientos forzados, torturas, reclutamiento de menores de edad y delitos sexuales, entre otros, con motivos disímiles, generalmente orientados por la obtención de riqueza.

Detrás de las organizaciones delictivas (tanto en grupos al margen de la ley como en bandas criminales) existe la necesidad de fuentes de financiación y, aunque no es una regla, donde hay fuentes de financiación se conforman organizaciones delictivas. Al respecto hay que decir que el narcotráfico es hoy el mayor aliado de las organizaciones criminales, pero también lo son, y han sido, otras fuentes de riqueza, como el caucho

6 Recuérdese que cuando se habla de móviles «políticos» no *necesariamente* se refieren a una ideología partidista (derecha, centro izquierda, izquierda), de lo que se habla es de una línea de ataques contra la población civil, que implica la comisión de múltiples actos delictivos, de conformidad con una política de estado (régimen caracterizado por violaciones masivas a los derechos humanos) o de una organización ilegal para cometer esos actos o para promover esa política, art. 7, 2. a) del ER.

en el Amazonas (Rivera, 2009), los diamantes del África, las esmeraldas en Boyacá, la propiedad de la tierra, las extorsiones, el oleoducto en área de influencia, el tesoro público, las conductas contra la administración pública —que eventualmente pueden ser legibles en clave de bandas criminales (se organizan bandas con propósitos de apropiación del Erario, de regalías públicas, etc.)—, el novedoso elemento «coltán»⁷ que ya ha propiciado la organización de bandas emergentes en su contorno⁸, etc.

Al mejor estilo de los grupos ilegales tradicionalmente conformados (guerrillas y paramilitarismo), *algunas* pandillas (bacrim) se organizan siguiendo unos derroteros expansivos más o menos lineales, más o menos homogéneos: hay quienes conforman una *línea de mando*, son los *líderes* del grupo y otros que conforman la *base* de la organización armada; las bandas igualan o inclusive superan en capacidad esas organizaciones; llegan a establecer conexiones con funcionarios, con aportantes; se organizan en «batallones, escuadras, pelotones, bloques, frentes de guerra, compañías, comandos, redes, parches, combos, oficinas, bandas de barrio, etc.»; son verdaderos ejércitos irregulares que tienen asignadas tareas, áreas de

7 Este mineral es una mezcla de columbita y tantalita, de ahí su nombre coltán. Dada su capacidad para almacenar carga eléctrica, se usa en fabricación de condensadores eléctricos, artículos electrónicos como mp3, GPS, satélites artificiales, armas teledirigidas, celulares, partes de trenes de alta velocidad, plantas nucleares. La producción colombiana se estimaría en el 5% de las reservas del mundo.

8 La introducción del concepto *megacriminalidad* es útil para determinar un fenómeno endémico de la destructividad humana que, por su incidencia y efectos y por su potencialidad apocalíptica, trasciende toda noción hasta ahora conocida de criminalidad. La criminología tradicional margina todas las formas macrodimensionales de criminalidad. Sus intereses cognitivos están limitados a los ámbitos de la criminalidad y desviación individual o más precisamente a los ámbitos de la criminalidad personal perseguida por la justicia penal.

Los crímenes realizados en contextos o en correlaciones de guerra o guerrilla, sistemas totalitarios, conflictos religiosos, terrorismo, acciones de servicios secretos, actividades empresariales, etc., ordinariamente no son clasificados por la doctrina penal; en la perspectiva criminológica tradicional, el concepto de criminalidad no abarca la dimensión de la macrocriminalidad, característica de delitos cometidos en los sectores de la política, el Estado, la economía, las relaciones internacionales, entre otras áreas del desarrollo de las sociedades.

El término *megacriminalidad* (o crimen total o sistémico) se ha utilizado para referir las estadísticas de la delincuencia ecológica, lo fundamental es el telón de fondo que evidencia la dimensión colectiva y sistémica del crimen (ocupación y usurpación total de la biosfera para fines humanos), lo cual en términos criminológicos calificamos como el saqueo y la devastación del planeta natural: la madre tierra de la de la humanidad... «comprendemos como megacriminalidad ecológica a todos los actos, manejos, procesos, conductas y disposiciones realizados en el sistema de la moderna civilización tecnológica industrial que contribuyen directa o indirectamente al colapso de ecosistemas y medios ambientales» (Wolf, p. 111).

operaciones, o áreas de responsabilidad geográfica que permite georreferenciarlos y establecer cómo actúan, cómo interactúan con otros actores armados ilegales, con instituciones nacionales, con actores externos (vg. relaciones con paramilitares o con fuerza pública, con funcionarios; con fuentes de financiación o de provisión de armas; con fuentes de promoción ideológica; etc.) (Olásolo, 2010).

Cuando ello sucede —se conforman de manera semejante a los grupos armados al margen de la ley: ejecutan acciones «bajo la dirección de un mando», por propósito tienen el dominio sobre una parte del territorio «un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas» (Protocolo adicional II, art. 1.1.)—, entonces los Estados deben mirar las bandas en el contexto del conflicto armado.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), identificó algunas características de la criminalidad colectiva:

- Está estructurada en forma empresarial, militar, asociativa;
- Su complejidad organizativa es notable,
- Manejan bienes y servicios ilegales,
- Recurre continuamente a la violencia,
- Utiliza sistemáticamente la intimidación, el soborno, la corrupción,
- Busca la internacionalización y la ampliación del territorio,
- Puede ser una empresa flexible y cambiar de giro de actividades, o de territorios, o de nombres,
- Adquiere o funda negocios, compañías, o empresas legales para ocultar sus ganancias y lavar dinero.
- Procura incrementar su influencia en el gobierno, la política y la sociedad en general⁹.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000) señaló la tendencia a establecer enlaces cooperativos entre las diversas redes criminales (ejemplo: los carteles colombianos con los carteles mexicanos; las guerrillas con las bandas criminales; los grupos organizados y los poderes públicos, infiltración en las cúpulas de poder); las autoridades investigativas se enfrentan a verdaderos *rompecabezas* y en tales condiciones los aparatos investigativos de los Estados están ante la imperiosa necesidad de fortalecerse para encarar estos fenómenos delictivos complejos; la cooperación internacional es fundamental para contrarrestar las organizaciones ilegales.

9 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, ver en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

La Convención, asimismo, precisó que el fenómeno de la criminalidad por grupos se refiere a los delitos por el mayor número de sujetos que intervienen en su comisión, y por el mayor número de víctimas que se producen; también por la influencia negativa en la población. Tal fenómeno visible general, pero no exclusivamente, con ocasión del flagelo del narcotráfico en sociedades como Colombia, México, Italia, España, los Estados Unidos, mirado desde la óptica de las estadísticas de criminalidad, permite advertir que dispara de forma dramática y aterradora los delitos en un contexto social, y deja ver una masiva intervención de individuos en la cadena delictiva.

Según afirma Romero Sánchez (2006), el fenómeno referido como «crimen organizado, pandillas o bandas criminales» conlleva otros flagelos como «reclutar personal» para engrosar las filas de las empresas criminales; se conforman en estructuras, organizaciones criminales integradas generalmente por jóvenes (sicarios al servicio de algún grupo delictivo), empresas delictivas que tienden a permanecer en el tiempo con el propósito de continuar con la actividad delictiva que genera dividendos. Existen diversidad de motivos para la conformación de grupos ilegales: originalmente se centraron en intenciones eminentemente de contenido sociopolítico, con trasfondo serio de validez ideológica (estilo original de guerrillas); sin embargo, con el tiempo y la evolución socio económica mundial, el crimen organizado se reorientó hacia fines de obtención de lucro económico a través del comercio de servicios ilegales o de bienes, ya sean prohibidos por la ley u obtenidos de manera ilícita (Romero Sánchez, 2006, p. 9). En relación con las víctimas, se aprecia mayor indefensión ante esas formas de criminalidad.

Las bandas criminales son reconocidas en el lenguaje común como fenómenos de *crimen organizado*, *organizaciones criminales*, *bandas de delincuentes*, *pandillas*, *los maras*, etc., son grupos de personas que se asocian buscando alcanzar sus objetivos (que pueden ser riqueza, poder, etc.); son una realidad mundial, están en todos los continentes, son organizaciones criminales con fuerte disponibilidad de recursos que les permite operar en múltiples países al mismo tiempo, realizan acciones que van en contra de la comunidad local y mundial, atacan principal, pero no exclusivamente al orden financiero mundial, fundamentalmente en actividades de lavado de dinero y financiación del terrorismo, entre otras conductas ilegales (GAFI, 2012).

El fenómeno del crimen organizado (al estilo bandas) también propende por la búsqueda de adeptos, es decir, busca permanentemente acercamientos con personas vinculadas a la política, a la burocracia, funcionarios, etc., como estrategia para evitar ser perseguidos o castigados.

El término de bandas criminales (bacrim) se ha utilizado recientemente¹⁰ para señalar a grupos de personas que se dedican, entre otras actividades, a traficar drogas,

10 Con posterioridad a la desmovilización de los grupos de autodefensa en Colombia (año 2006 en adelante).

personas, combustibles, cometer secuestros, asesinatos, lavar activos, traficar con armas, actividades terroristas, etc.; estas conductas delictivas marcan el objetivo del grupo, el motivo de la asociación (el *fin* de la actividad); sin embargo, recibe otras denominaciones en diferentes lugares: *los maras* en Centroamérica; *pandillas* en Europa y los Estados Unidos, etc.

Desde la perspectiva del derecho penal, no se tiene definida una doctrina de las bandas criminales, los inconvenientes grandes se advierten especialmente en materia de autoría y participación en los delitos; ha de tenerse presente que el mero hecho de *concertarse, complotarse, juntarse* para cometer delitos es, *por sí*, una conducta delictiva común (no altruista, sin trasfondo sociopolítico alguno) que, igualmente, puede tener diferente nombre de conformidad con la tipología penal de los países (en los Estados Unidos se llama *conspiración*, en Colombia *concierto para delinquir*); hasta allí no se advierte dificultad en admitir que son autores de la conspiración quienes integran una pandilla. La complejidad del asunto empieza cuando se trata de determinar la forma de responsabilidad individual del miembro de la organización en las llamadas conductas «no integrales» que ejecuta la organización. La doctrina de la Empresa Criminal Conjunta, elaborada por la jurisprudencia de los TPIY y TPIR, requiere que exista una pluralidad de personas libremente de acuerdo para cometer uno o más delitos, que pertenecen a la empresa criminal, y que deben responder individualmente por sus actos (Olásolo, 2009).

Aunque no se tiene una definición legal de *bandas criminales*, pues la Ley 782 de 2002 definió los grupos armados ilegales al hilo de las directrices propuestas por el Derecho Internacional («aquel que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerza sobre una parte del territorio un control tal que le permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas»), por lo que teóricamente se entenderían excluidas de la definición legal, resulta evidente que algunas bandas criminales sí reúnen los elementos distintivos previstos en el Derecho Internacional, como lo denuncia la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (2000), y desde esa perspectiva no existe una diferenciación radical entre las distintas formas de criminalidad por grupos, o de criminalidad *asociativa*. En suma, una banda criminal es un grupo:

- i) No necesariamente armado (pero existen grupos que se estructuran como ejércitos irregulares)
- ii) Estructurado en forma empresarial, militar o asociativa,
- iii) Actúan bajo una dirección o mando unificada
- iv) Suelen emplear la violencia, la intimidación, el soborno, la corrupción, como métodos
- v) Ejerce control permanente o transitorio sobre áreas de territorio
- vi) Busca la internacionalización, la ampliación del territorio, poder y fuerza,

- vii) Asume diferentes nombres y actividades (empresariales, militares), es “flexible”,
- viii) Oculta su capacidad financiera ilegal
- ix) Procura incrementar su influencia en los poderes públicos y en la sociedad.

Si estas son algunas de las características que permiten identificar el fenómeno de criminalidad asociativa, conocido como bandas criminales, surge entonces el interrogante de saber en qué casos se aplica para estos grupos las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario.

¿QUÉ ES, Y QUÉ NO ES, LO QUE DETERMINA LA APLICACIÓN DE NORMAS DE DIH A UNA BACRIM?

Ante la necesidad de establecer políticas claras de aplicación de normas del DIH a las dos categorías de agrupaciones armadas (grupos armados – bandas criminales), una primera tesis con marcado acento *teórico* se inclina por sostener que no es dable afirmar que un grupo de bandoleros (banda criminal, pandillas, maras) satisfaga las condiciones de ser al mismo tiempo actor del conflicto armado interno (grupo beligerante) y destinatario del DIH, porque son asociaciones ilegales que únicamente tienen la vocación de cometer delitos comunes y violaciones graves a los derechos humanos, que no serían de competencia de instancias internacionales.

Una segunda tesis, de contenido *pragmático-casuista*, se inclina a sostener que las dos formas de criminalidad colectiva, al estilo de grupo armado organizado al margen de la ley (GAOML) y del modelo de bacrim, son destinatarias a plenitud de las disposiciones del DIH cuando sus ejecutorias se enmarcan dentro de las categorías de crímenes internacionales, e indicaría que corresponde al fiscal y al juez penal, en cada caso concreto, identificar los contextos de acciones del grupo, fundamentar y definir si las acciones del colectivo se ejecutaron en el marco de crímenes sistemáticos.

Una y otra tesis deben considerarse académicamente correctas. La respuesta al interrogante no debe construirse a partir, exclusivamente, de argumentos teóricos, dogmáticos, filosóficos o políticos. Lo que determina la aplicación del DIH es la casuística, y el teatro natural donde tal cuestión se dirime es el estrado judicial; así, cuando se detecta mediante elementos probatorios y evidencias físicas (fuentes probatorias primarias) que la línea de conducta del grupo (es decir, como política de la organización) es la comisión múltiple de actos contra la población civil (artículos 6, 7, 8 del E.R.), habrá que colegir que tales ejecutorias son congruentes con las tipologías del DIH, y lo consecuente es predicar la aplicación del derecho internacional.

Los niveles de organización de (algunos) grupos organizados son tan preocupantes que tanto GAOML como pandillas ejercen dominio real sobre los habitantes de un territorio o parte de él, ostentan regímenes de disciplina interna, no existen fronteras limitativas claras entre una y otra formas asociativas, y bastaría con una definición política para hacer las equiparaciones¹¹.

Los Urabeños es una organización reconocida por la cantidad de combatientes que la integran (reportes de inteligencia dan cuenta de que son 2366 integrantes), por las zonas donde hacen presencia y por el gran número de cargamentos de droga que trafican a nivel nacional e internacional; es señalada de pertenecer a las denominadas Organizaciones Integradas al Narcotráfico (ODIN); comparte escenario del narcotráfico con otras bandas (Rastrojos, ERPAC, Águilas Negras, Oficina de Envigado, entre otras); está consolidada como la agrupación criminal más grande del país (Colombia), presentan incluso más integrantes que las guerrillas (FARC, ELN, EPL); entre sus actividades delictivas se encuentran el tráfico de droga, masacres, asesinatos a la población civil y a miembros de la fuerza pública (policía nacional), extorsiones, secuestros, atentados terroristas por medio de bombas, desplazamiento forzoso de la comunidad civil y campesina, reclutamiento de menores; la banda llegó a operar en 181 municipios del territorio colombiano. La agrupación mantiene una fuerte rivalidad con otras bandas emergentes; los enfrentamientos se deben al control del territorio del departamento de Córdoba y al control de rutas de narcotráfico, el grupo mantiene nexos con la guerrilla de las FARC, en el procesamiento y el tráfico de drogas (Unidad Nacional Contra las Bandas Emergentes, Fiscalía General de la Nación, 2008 - 2015).

Según la Policía Nacional y la DEA, Los urabeños exportan cocaína por América Central hacia el resto del mundo; recientemente la bacrim fue incluida en la lista OFAC (Oficina de Control de Activos Extranjeros) de los Estados Unidos por aparecer vinculada a grandes operaciones de lavado de dinero.

11 «El defensor del Pueblo [...] le pidió al Ministerio de Defensa elevar la categoría de bandas criminales a grupos armados ilegales para fortalecer las acciones en contra de estas, aseguró que la petición no es solo de presencia de Fuerza Pública sino de asistencia social» (El Tiempo, 18 de noviembre de 2012).

«Los grupos armados “mal llamados Bacrim” cuentan con mandos jerárquicos, capacidad para reclutar y entrenar, habilidad para coordinar operaciones de tipo militar y ejercer control sobre un territorio. Esos argumentos, señala el defensor del Pueblo [...], son más que suficientes para dejar de considerarlos “simplemente” bandas criminales o redes delincuenciales[...] el Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra describe como características de una parte armada en un conflicto interno [...] el término Bacrim “desconoce la naturaleza de tales organizaciones, su estructura y modus operandi (...) su accionar violento conculca gravemente los derechos fundamentales de los ciudadanos”» (El Espectador, 13 de noviembre de 2012).

En suma, *el contexto de acciones* de ambas formas de criminalidad colectiva es el que demuestra que *algunas* conductas son apreciables en perspectivas de generalidad, sistematicidad, conocimiento, sujeción a cierta política del grupo¹², y desde esa *óptica* unas pandillas pueden ser susceptibles de aplicación, a plenitud, de las normas del ER de la Corte Penal Internacional, porque pueden cometer crímenes contra la población civil y con conocimiento del ataque (asesinatos, exterminación, esclavización, desplazamiento, violaciones, reclutamientos y otros actos inhumanos, persecución por motivos raciales, religiosos, discriminatorios), porque ejecutan acciones que de por sí se enmarcan en contextos de *conflicto armado y de violación generalizada o sistemática contra la población civil*, mientras que otras pandillas, menos organizadas, menos complejas en su estructura, no alcanzan esos niveles de complejidad.

NIVELES ESTRATÉGICOS DE CONFRONTACIÓN

Más allá de las disquisiciones teóricas, lo perceptible es que tanto los GOAML como las bandas tienen órdenes, dispositivos jerárquicos (existe una *línea de mando*, con diferentes grados de poder); así, en el marco de la confrontación a los grupos ilegales, a los Estados corresponde definir formas políticas, militares y jurídicas para contrarrestar la criminalidad organizada, y nada excluye que esas formas sean aplicadas en forma simultánea. Así, los procesos jurídicos, los procesos de diálogo político y la confrontación militar son alternativas democráticas con las que cuentan los Estados para encarar la criminalidad organizada.

Cuando el grupo se identifica con una línea de conducta marcada por ataques sistemáticos contra la población civil, que implica la comisión múltiple de actos, como una política de la organización al margen de la ley, es perceptible concluir que sus actuaciones se enmarcan dentro de los parámetros del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (E.R., párrafo 1, art. 7).

Los ejércitos irregulares propenden por dominar espacios, por el monopolio de zonas geográficas de rendimiento económico (ciudades; municipios; veredas; caminos; vías de acceso terrestre, fluvial, marítimo), proponen confrontaciones armadas con la Fuerza Pública y con otros grupos armados al margen de la ley (enfrentamientos armados entre grupos). Todo ello ha sido aprendido, transmitido, copiado de las bandas famosas que han tenido presencia en diferentes lugares (cabe destacar la batalla entre Al Capone y Bugs Moran que finalizó con la masacre de San

12 Unas pandillas tienen códigos de adiestramiento; regímenes de disciplina interna... códigos de conducta y de disciplina, sistemas de imposición de castigos a sus milicias, estructuras de mando (líneas de mando/líneas operativas); otras no alcanzan tales niveles de organización como grupo.

Valentín en 1929, en la que fueron asesinados los principales gánsteres de Moran a manos de los de Capone; la lucha entre miembros de la mafia colombiana con sistemáticas masacres; las luchas entre mafias mexicanas con sistemáticas masacres son noticia cotidiana).

Las organizaciones delictivas logran coherencia (obediencia interna) a partir de una especie de código de honor: el silencio, el secreto, la *omertá*¹³; de ahí que el crimen organizado haya sido conceptualizado como una sociedad que busca operar fuera del control del pueblo y del gobierno, involucra a cientos y miles de personas que trabajan dentro de sus estructuras complejas, ordenadas y disciplinadas como cualquier corporación, como cualquier empresa, con nóminas de pagos de sueldos, que están sujetas a reglas aplicadas, con responsabilidad, con mando, con resultados; pero como todo ello es clandestino, es harto complicado establecer «con certeza» la conformación jerárquica de los grupos, sobre todo si se tiene en cuenta que la «movilidad permanente de personas» es una característica, y que existen miembros del grupo que no aspiran a figurar de ninguna manera (como los relacionistas públicos, los financieros, los líderes de escritorio, los infiltrados en estamentos oficiales, los miembros de Fuerza Pública que brindan apoyos como el suministro de munición y de armas, etc.).

La expansión de las pandillas a nivel internacional es una estrategia más de estos grupos como producto de su evolución y organización interna. Según el Centro Nacional para la Investigación sobre las Pandillas en EE.UU., más de un millón de pandilleros pertenecientes a más de 20 mil pandillas estuvieron criminalmente activos en Estados Unidos en 2008, lo que representó un aumento de 200 mil de ellos con respecto a 2005. Hasta Febrero de 2009 existen unos 900 mil pandilleros en comunidades locales y 147 mil en cárceles federales, estatales y locales; entre esta gran cantidad de pandillas se incluyen la MS13 y calle 18; según información de inteligencia, la MS13 está enviando miembros a diferentes países del mundo, entre estos España, Argentina, Nicaragua y otros, con el objeto de que estos miembros realicen el reclutamiento de jóvenes, y establecer la pandilla en esos lugares. Específicamente en España donde ya existe la pandilla Latin King o Reyes Latinos.

En Miami, estado de la Florida, se creó precisamente una Unidad anti-Bacrim en la Fiscalía para encarar este fenómeno de criminalidad colectiva¹⁴. En Colombia, las

13 En las mafias italianas la *omertá* es un pacto de grupos que consiste en la imposición —extrajudicial— de la pena de muerte al que hable ante las autoridades, luego la disciplina interna se logra de diferentes maneras, entre ellas la intimidación a los propios miembros del grupo.

14 El Espectador, 11 de octubre 2012: «EE.UU. incluye en lista negra a la pandilla salvadoreña “Mara Salvatrucha”; según las autoridades, se trata de una de las pandillas más peligrosas y de mayor crecimiento en el mundo; El Departamento del Tesoro de Estados Unidos dijo que ha incluido por primera vez en su lista negra a la pandilla

bacrim tienen presencia en 30 de los 32 departamentos del país, en 406 municipios hay presencia de grupos ilegales.

JUDICIALIZACIÓN

En lo referente a la confrontación jurídica a la criminalidad de grupos en los estrados judiciales, el escenario está marcado por la huella de la impotencia en los aparatos estatales encargados de contrarrestar el delito (acción penal), la sociedad reclama que no se hace justicia y se ve la necesidad de fortalecer a los órganos de investigación e imputación, puesto que la confrontación «jurídica» a los grupos ilegales reclama que sus miembros respondan por los delitos.

Las investigaciones se orientan hacia los *máximos líderes*, *máximos responsables*, para referir con ello la preponderancia que deba darse a la captura y procesamiento de cabecillas de las organizaciones armadas ilegales. Sin embargo, dichos conceptos deben manejarse con *sumo cuidado* porque tienen una doble perspectiva: política de una parte, y *jurídica* por la otra.

Desde una visión política es válido decir que *máximos líderes de la organización* son las personas a quienes el grupo encarga la función dialogante en la mesa de concertaciones y algunos comandantes militares que por su actividad en el campo de las confrontaciones bélicas son visibles, reconocibles e identificables con mayor facilidad por su interacción con medios de comunicación y otras formas de reconocimiento por actividades logísticas (órdenes de batalla) o por actividades periodísticas (fuentes secundarias de información).

La perspectiva de la confrontación *jurídica* (penal y del DIH) implica que al funcionario judicial se le exige delicado análisis, en clave de evitar la impunidad *no solo* de los determinadores, porque a los Estados concierne combatir la criminalidad sin hacer excepciones. Lo que se requiere es que la administración de justicia defina perfiles diferentes orientados a perseguir el crimen de organizaciones, que reoriente la lucha jurídica contra el crimen organizado de tal manera que no se deslegitime el Estado judicial en su faceta de lucha contra la criminalidad de grupos, porque en derecho penal

salvadoreña “Mara Salvatrucha”, también conocida como MS-13, por sus vínculos con “graves” actividades delictivas transnacionales como asesinatos, tráfico de drogas y personas y crimen organizado. [...] Cuenta con al menos 30.000 miembros, “es una pandilla extremadamente violenta y peligrosa, responsable de una multitud de crímenes que amenazan directamente el bienestar y la seguridad de los ciudadanos estadounidenses y de países en toda Centroamérica” [...] tan sólo en Estados Unidos, tiene al menos 8.000 miembros en más de 40 estados y en el Distrito de Columbia, donde se encuentra la capital estadounidense».

no pueden existir selectividades (tanto los máximos responsables como los perpetradores deben responder por las conductas punibles *conc.* art. 250 de la C. Pol.).

Los fenómenos de criminalidad de grupos deben ser enfrentados desde el sistema judicial penal con estrategias ordenadas a identificar *los responsables* de crímenes que afectan los derechos humanos; la judicialización de casos de delincuencia masiva tiene características específicas que obligan a los aparatos investigativos de los Estados a perfilarse en clave de grupos, lo que marca un contexto específico en la persecución judicial del delito. Téngase en cuenta, en primer lugar, que para perseguir judicialmente organizaciones delictivas no puede hablarse de «casos cerrados» porque el factor de *permanencia de los grupos* impone hablar de «casos abiertos de manera indefinida», preferiblemente a cargo de un fiscal coordinador que requiere del apoyo permanente de la unidad de fiscales que integran el equipo de trabajo (una perspectiva de trabajo «en línea») que permita la posibilidad de imputaciones individuales en audiencias realizadas con un número plural de personas (las audiencias no tienen límite de personas si se logra unificar, alinear, el discurso argumentativo), con formulación de imputaciones parciales, acusaciones parciales por las conductas probadas, sentencias parciales por determinadas conductas dentro de un proceso indefinidamente abierto, con posibilidad de imputar otras conductas a los ya sentenciados por algunas, en la medida que la investigación y el recaudo probatorio «permanece abierto»; en suma, establecer una estrategia estructurada para persecución de bandas criminales en donde el ciclo de las responsabilidades individuales y el fallo de mérito ha de referirse exclusivamente con las conductas parcialmente demostradas, a la expectativa de imputar lo que se va probando (imputaciones parciales, sentencias parciales).

Al debate jurídico penal lo que le corresponde es identificar *líneas de conducta del grupo* que impliquen la comisión múltiple de actos contra la población civil (identificar contextos de acciones), si se tiene presente que su centro de acción es la responsabilidad individual del complotado, mas no probar ni la existencia ni la dimensión de los conflictos armados (qué tanto poder tiene un grupo irregular, cómo están conformadas sus estructuras, qué tan responsable es el mando, sobre qué parte del territorio ejerce poder, cuándo y en qué medida deben ejecutarse acciones militares, etc.), porque, hoy por hoy, con fuentes de financiación oscuras se promueven marchas, se hacen ostentaciones de fuerza con ataques a la Fuerza Pública, se muestra cohesión de grupos ilegales, se promueven disturbios internos, se hacen paros cívicos para ostentar poderío de grupo, etc.

Al debate *político* y al debate *legislativo* concierne, en clave de Consejo Superior de Política Criminal y de *Comisión asesora de política criminal*, catalogar y dimensionar el conflicto que propone un grupo armado¹⁵, y en esos escenarios definir y promover

15 La formulación de la política criminal recae sobre la Fiscalía General de la Nación (Artículo 251 de la Constitución de 1991) y sobre el Ministerio de Justicia (Decreto 215 de 1992 - Decreto 2897 de 2011). En ambas

salidas dialógicas (políticas) a las confrontaciones armadas; reformas legislativas como métodos de política criminal para la superación del conflicto armado. Entre tanto, el deber de los gobiernos y de la Fuerza Pública es el de mantener el orden público de manera permanente y obligatoria¹⁶, bajo la perspectiva de que la aplicación de los convenios internacionales sobre derechos humanos y la búsqueda de mecanismos alternos a la confrontación armada para superar el conflicto *no confiere protecciones especiales*.

Los responsables de crímenes internacionales no deben aspirar a inmunidad por el camino del consenso político, porque la función judicial de identificar la comisión y los responsables de crímenes internacionales se mantiene inmodificable, como así debe ser, mientras exista un poder judicial autónomo en un Estado democrático que aspire a ser coherente en el tema de la protección al DIH, con observancia de estándares internacionales marcados por la manera como se resuelven los casos de crímenes internacionales ante tribunales internacionales.

Todo acuerdo político, como fórmula para superar los conflictos internos de un Estado, debe ser compatible con el Estatuto de Roma; la Corte Penal Internacional (CPI) está monitoreando los pasos que se dan en los diálogos de paz que se hacen en La Habana entre las “farc” y el Gobierno, porque lo que se acuerde podría tener implicaciones en el estudio preliminar del caso colombiano que hace la Fiscalía de

instituciones se establece la obligación de participar en el diseño de la formulación de la política criminal, que obviamente corresponde direccionar al Gobierno.

16 Tal y como se dicta en la Ley 418 de 1997: «Título I. Instrumentos para la búsqueda de la convivencia: Capítulo I. Disposiciones para facilitar el diálogo y la suscripción de acuerdos con grupos armados organizados al margen de la ley para su desmovilización, reconciliación entre los colombianos y la convivencia pacífica.

ARTÍCULO 8o. Artículo modificado por el artículo 3 de la Ley 1421 de 2010: Los representantes autorizados expresamente por el Gobierno Nacional, con el fin de promover la reconciliación entre los colombianos, la convivencia pacífica y lograr la paz, podrán:

-- Realizar actos tendientes a propiciar acercamientos y adelantar diálogos con los grupos armados organizados al margen de la ley;

-- Adelantar diálogos, negociaciones y firmar acuerdos con los voceros o miembros representantes de los grupos armados organizados al margen de la ley, dirigidos a: obtener soluciones al conflicto armado, lograr la efectiva aplicación del derecho internacional humanitario, el respeto de los derechos humanos, el cese de hostilidades o su disminución, la reincorporación a la vida civil de estos grupos, o lograr su sometimiento a la ley, y enmarcados en la voluntad de crear condiciones que propendan por un orden político, social y económico justo» (Congreso de la República de Colombia).

ese organismo desde el 2005. En ese escenario, el Delegado de la Corte, Sr. Ulmer, dejó en claro que:

Cualquier solución a la que se llegue (en Cuba) podría tener potenciales implicaciones en la actuación complementaria de la CPI, porque lo acordado puede afectar los procedimientos nacionales para atender crímenes en los que tiene jurisdicción la Corte [...] en el mundo se ha aceptado como una regla de justicia internacional que las amnistías no están permitidas para genocidios, crímenes contra la humanidad y de guerra [...] [se está evaluando] si los denominados grupos paramilitares sucesores o nuevos grupos armados ilegales podrían considerarse grupos armados que podrían ser parte del conflicto (*El Tiempo*, 22 de junio de 2013).

Para identificar las estructuras delincuenciales de una bacrim es pertinente aproximarse a los diferentes niveles de mando, teniendo en cuenta que se organiza de manera semejante a una empresa; es poco recomendable identificar más de dos niveles en la organización¹⁷: uno o pocos reconocidos como *líderes* del grupo, líderes

17 En otras regiones a las pandillas se les denomina *maras*, pero en líneas generales el organigrama de la delincuencia es idéntico, y sus líderes actúan inclusive desde las cárceles:

«En una sofisticación jerárquica, las ‘maras’ guatemaltecas modernizaron sus mecanismos de mando y control de núcleos [...] ‘El Consejo de los Nueve’, la Mara Salvatrucha y ‘La Rueda del Barrio’, de la Mara 18, emergieron como estructuras con líderes con gabinete y ramificación en los centros penales, para coordinar sus mortales operativos de extorsión, sicariato, narcomenudeo y otras modalidades de delincuencia.

La añeja imagen de jóvenes rebeldes con rostros, pechos, espaldas y brazos tatuados y de drogados, violentos y ataviados con pantalones anchos apenas sostenidos a la mitad de sus nalgas y con tenis y camisetas negras, quedó en el pasado. Los ‘mareros’ están ahora desprovistos de sus reconocidos y tradicionales símbolos visibles, en una táctica de ocultación, aunque algunos preservan tatuajes escondidos.

“Son grupos criminales con una forma de organizarse muy jerarquizada y en la que hay una sola persona que lleva la palabra, así le llaman, y es la que toma decisiones”, explicó el abogado guatemalteco Juan Pablo Ríos, coordinador de la Fuerza de Tarea Contra el Sicariato del Ministerio de Gobernación de Guatemala.

“Son como el consejo de administración de una sociedad anónima, que se reúne determinada cantidad de veces al mes para tomar decisiones corporativas a nivel de la agrupación o decisiones de ataques, que se conocen como ‘jales’, a miembros de estructuras rivales”, dijo Ríos a ‘El Universal’.... Debajo, en el organigrama, “existen especialistas en algo: el que maneja los fondos, el del sicariato, el que controla la logística e incluso hay quien lleva la relación con otras organizaciones, en una especie de ayuda corporativa, y hay personas para contactar con los abogados”. En una permanente rivalidad y pelea por control de territorios para ejecutar sus actividades criminales, las dos ‘maras’ surgieron esencialmente en las calles de Los Ángeles, California, entre miles de jóvenes centroamericanos que huyeron de las guerras regionales en la década de 1980 y que, al retornar al istmo hace unos 20 años, cayeron

de la organización (aunque entre ellos existan jerarquías internas), y el personal *base* del grupo. Dos claros niveles conforman una bacrim.

La clasificación del grupo se determina por la relevancia típica del delito base en toda organización criminal, que en la criminalidad convencional es el concierto para delinquir (conspiración), mientras que en la criminalidad ideológica puede ser la sedición, sin perder de vista que en el marco de una investigación penal «abierta», el propósito final de la investigación se orienta a determinar las conductas *conexas* asociadas al delito original (homicidios, narcotráfico, lavado de dinero, testaferratos, etc.).

Una pauta básica es la de imputar y acusar por el delito base sobre el que existirán evidencias suficientes en un determinado momento en el que se clarifique el contexto de la acción del grupo, aunque no se tengan evidencias probatorias suficientes para vincular al complotado con una actividad final específica, pues esa labor sigue expectante en un proceso penal abierto. Así se conforma una bacrim:

[illegible]

Línea de mando: a este nivel pertenecen quienes ejercen liderazgo real en el grupo; los números representan a personas conocidas, los cuadros vacíos a personas por identificar progresivamente, en la medida que avance la investigación judicial abierta.

Base: a estos niveles pertenecen quienes no ejercen liderazgo pero conforman la organización y generalmente son reconocidos como combatientes:

[illegible]

Otra visión estructural de una organización (fenómeno de criminalidad colectiva) deja ver tres aristas: i) el ala política del grupo, entendida como el ayuntamiento ilegal con los congresistas, gobernadores, alcaldes, funcionarios públicos, Fuerza Pública, jueces, fiscales, profesores; ii) el ala financiera, entendida como el ayuntamiento vituperable con quienes por una u otra razón subsidiaron económicamente al grupo ilegal (empresarios, narcotraficantes, grandes hacendados, directores de gremios y organizaciones, entre otros); ambos son concertados que se sirven de las actividades

en la marginación y reprodujeron en Guatemala, Honduras y El Salvador un aparato criminal que vive del soborno generalizado y la delincuencia y subsiste a la muerte y la prisión de sus integrantes» (Meléndez, 2012).

del grupo ilegal, que interactúan, que lideran y dan órdenes que son cumplidas por el personal base (instrumento responsable), a pesar de que no sean actores armados; *iii) el ala militar* entendida como el personal de combatientes, ofensiva contra la población civil, contra otros grupos armados o, inclusive, contra los propios integrantes del grupo, etc. El ala militar de la organización también tiene diferentes grados de mando en la organización.

Los aparatos investigativos (Policía Judicial y Fiscalía) tienen que adecuar perfiles (modernizarse) para poder responder de manera adecuada al designio social de investigar los hechos y esclarecer la verdad y sus responsables; los organismos de investigación penal tienen que reacomodarse y evolucionar para contrarrestar los fenómenos de delincuencia organizada donde se advierta la participación de gran número de responsables involucrados.

Con el proceso evolutivo de las sociedades se ha podido detectar que el fenómeno de criminalidad colectiva tiene vocación de permanencia, que es susceptible de referenciar geográficamente, que existe tendencia a alcanzar identidad como grupo, lo que significa que las acciones que ejecuta el grupo, en algunos casos, permiten identificar al colectivo como «un colectivo que piensa de forma más o menos lineal»; los grupos organizados en forma de guerrillas se han caracterizado desde sus inicios por una coherencia ideológica y por el contenido político del discurso (con enfoque socialista o comunista), por la vocación expresada de alcanzar el poder político, de derrocar los gobiernos (las FARC y ELN en Colombia, Sendero Luminoso en Perú, etc.); se los identifica «históricamente» como delincuencia organizada con fines políticos, con vocación de poder aceptada socialmente; no obstante, con los fenómenos de transformación sociocultural de los grupos, estas posturas políticas son fuertemente criticadas y deben ser objeto de revisión en casos concretos (confrontación jurídica), precisamente por la cultura de protección de los derechos humanos.

Dicho en otros términos, y a título ejemplificativo simplemente, no es válido afirmar de manera acrítica que un Grupo Organizado al Margen de la Ley «sólo comete delitos políticos»; habrá que revisar las fuentes primarias (pruebas en concreto) y definir con criterios jurídicos y no necesariamente periodísticos, en clave de protección de los derechos humanos y del DIH, si «el caso» se adecua o no se adecua a un contexto de crímenes políticos; a las fuentes primarias tiene acceso quien ejerce la acción penal en nombre de los Estados (fiscales y jueces); en el entretanto, las fuentes secundarias (noticias, prensa, etc.), podrán decir, por ejemplo, que ese GOAML es una guerrilla y que sus miembros son delincuentes políticos, pero tal concepción no siempre es vinculante para quien ejerce la acción penal en nombre de los Estados.

REFERENCIAS

- Congreso de la República de Colombia. (1997). *Ley 418 de 1997*. Título I, capítulo I, Artículo 80. Bogotá.
- Congreso de la República de Colombia. (2002). *Ley 782 de 2002*. Bogotá: Autor.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. *Convenios de Ginebra*. Recuperado de: www.icrc.org/spa/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/index.jsp
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Viena: Autor.
- Corte Constitucional de Colombia. (2011). *Sentencia C – 771 de 13 de octubre 2011*. Bogotá.
- El Espectador*, 13 de noviembre de 2012
- El Espectador*, 11 de octubre de 2012.
- El Tiempo*, 18 de noviembre de 2012.
- El Tiempo*, 22 de junio de 2013
- El Tiempo*, 31 de diciembre de 2012.
- Grupo de Acción Financiera Internacional GAFI. (2012). *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Las Recomendaciones del GAFI*.
- Naciones Unidas. (2002).
- Olásolo, H. (2009). Reflexiones sobre la doctrina de la empresa criminal común en Derecho Penal Internacional. En *InDret*, (3), 2009, 1-24.
- Olásolo, H. (2010). *Protocolo de presentación de prueba en la audiencia de control de legalidad*. Profesor del Instituto Willem Pompe de Derecho penal y Criminología Universidad de Utrecht.
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977).
- Rivera, José Eustacio. (Bogotá, 2009). *La Vorágine*.
- Rodríguez Manzanera, L. (2006). *Criminología*. México: Editorial Porrúa.

- Romero Sánchez, A. (2006). *Aproximaciones a la problemática de la criminalidad organizada y el delito de asociación ilícita*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Verdad Abierta. (2012). *Especiales: Conflicto armado en Colombia*. Recuperado de: <http://www.verdadabierta.com/>
- Wolf, P. (1995). Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. En *Revista Pena y Estado*, 111.

Esta obra se editó en Ediciones USTA, Departamento
Editorial de la Universidad Santo Tomás. Se usó papel
esmaltado de 300 gramos para la carátula y papel bond beige
de 70 gramos para páginas internas. Tipografía: Minion Pro.
Impreso por Xpress.

2016

En el marco del proceso de investigación de los estudiantes del Doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás, la realización de disertaciones y de artículos resultan necesarios, ya que, gracias a este tipo de actividades, los estudiantes van practicando los adelantos de su indagación de manera lógica y sistemática, y así se evidencian poco a poco las habilidades y destrezas en lo que llamamos un verdadero trabajo de investigación.

De esta manera, se busca que la investigación doctoral se encuentre vinculada a un grupo y a su vez a una línea de investigación, mostrando la articulación que debe existir entre los posgrados y el pregrado en Derecho. Ahora bien, los trabajos que se suscriben son el reflejo no solo de una temática jurídico-filosófica propiamente dicha, los mismos responden también al desarrollo de metodologías tendientes a darle una rigurosidad al escrito en cuanto a su parte científica e investigativa.

De la misma manera, el Doctorado busca que tanto las disertaciones y artículos como el trabajo final de la tesis doctoral, tengan una proyección social, orientada a que sirvan no solamente al reconocimiento académico, sino también que puedan aportar en la práctica en todos los campos de la sociedad.

